Cesare Beccaria

De los delitos y de las penas

Edición 250 años

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Estudio preliminar y notas

Nódier Agudelo Betancur

EDICIONES
NUEVO FORO
NF

SIB-UCE LABORATORIO DE DIGITALIZACIÓN
Campus Central, calle Jerónimo Leyton y Gatto Sobral
+593 2230757 ext: 808 biblioteca.general@uce.edu.ec
©2022-2024

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** "(…) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (…) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones" y **literal vii** "La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad".

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:	**Estante:**	**Bandeja:**
01	06	07

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

P:1
E:06
B:07

De los delitos y de las penas
© Nódier Agudelo Betancur

Primera edición, febrero de 2010
Cuarta edición, enero de 2014
ISBN 978-958-46-3916-5

Ediciones Nuevo Foro
Calle 42 No. 63A-164
Teléfono: (4)235 83 04
Medellín - Colombia

Diseño:
L. Vieco S.A.S.

Impresión:
Extrategia Ecoprint S.A.S

Impreso en Medellín, Colombia

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

345.02
B 388
Ej. 2
I.D. 45943

CESARE BECCARIA

DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS

Edición 250 años
Primera reimpresión, febrero 2015

Estudio Preliminar y Notas

Nódier Agudelo Betancur

Profesor de Derecho Penal
en la Universidad Externado de Colombia

C: 18457

Ediciones Nuevo Foro
2014

Para la presente edición he tomado la traducción de Santiago Sentis Melendo y Mariano Ayerra Redin, de la edición de Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1958; esta edición tiene *Prefacio* y *Notas* de *Piero Calamandrei.*

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

Estudio Preliminar:
La actualidad del pensamiento
de Cesare Beccaria

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Dedico el presente estudio a la memoria de
Luis Fernando Vélez Vélez†

*"Una voz fue acallada, pero el verbo jámas podrá ser extinguido. Como en el fuego de este bronce, de su vida mil chispas han brotado que anidan en mil corazones. No bastará con haber apagado una estrella; necesario será borrar todo el firmamento".**

* Fernando Meza Morales, palabras pronunciadas el 16 de diciembre de 1988 en Medellín, en el acto durante el cual se erigió, en la Universidad de Antioquia, un busto a Luis Fernando Vélez: éste, Profesor de derecho penal en nuestra Alma Mater, en el 17 de diciembre de 1987 fue asesinado... *era defensor de los derechos Humanos.*

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Índice general

Presentación *"De los delitos y de las penas"*, 250 años 11

Estudio preliminar La actualidad del pensamiento de Beccaria 17

I. El sistema de justicia criticado por Beccaria ejemplificado en la ejecución de una sentencia a muerte 17

II. Breve caracterización de la obra: "de los delitos y de las penas" como obra de filosofía penal, crítica y propuesta 22

III. El autor y su obra 25

IV. Breve presentación de sus postulados fundamentales 28

V. ¿Beccaria superado o Beccaria redivivo frente a nuestra realidad actual? 38

VI. Las tareas por realizar: el mensaje beccariano 43

Cesare Beccaria. De los delitos y de las penas, 250 años

Al lector 63

Capítulo I Introducción 71

Capítulo II Origen de las penas y derecho a castigar 80

Capítulo III Consecuencias 84

Capítulo IV Interpretación de las leyes 86

Capítulo V Oscuridad de las leyes 90

Capítulo VI De la captura 93

Capítulo VII Indicios y formas de juicios 100

Capítulo VIII De los testigos 105

Capítulo IX Acusaciones secretas 113

Capítulo X Preguntas sugestivas deposiciones 118

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR FUNDADA EN 1620 QUITO

Capítulo XI	De los juramentos	119
Capítulo XII	De la tortura	121
Capítulo XIII	Procesos y prescripciones	137
Capítulo XIV	Atentados, cómplices, impunidad	141
Capítulo XV	Suavidad de las penas	143
Capítulo XVI	De la pena de muerte	149
Capítulo XVII	Destierro y confiscaciones	173
Capítulo XVIII	Infamia	175
Capítulo XIX	Prontitud de la pena	176
Capítulo XX	Certeza de las penas. Gracias	181
Capítulo XXI	Asilos	184
Capítulo XXII	De la talla	187
Capítulo XXIII	Proporción entre los delitos y las penas	188
Capítulo XXIV	Medida de los delitos	192
Capítulo XXV	División de los delitos	195
Capítulo XXVI	Delitos de lesa majestad	199
Capítulo XXVII	Delitos contra la seguridad de cada uno de los particulares. Violencias. Penas de los nobles	201
Capítulo XXVIII	Injurias al honor	205
Capítulo XXIX	De los duelos	208
Capítulo XXX	Hurtos	210
Capítulo XXXI	Contrabandos	211
Capítulo XXXII	De los deudores	213
Capítulo XXXIII	De la tranquilidad pública	217
Capítulo XXXIV	Del ocio político	220
Capítulo XXXV	Del suicidio y de los emigrantes	221
Capítulo XXXVI	Delitos de prueba difícil	226
Capítulo XXXVII	De un género particular de delitos	231
Capítulo XXXVIII	Falsas ideas de utilidad	233
Capítulo XXXIX	Del espíritu de familia	235
Capítulo XL	Del fisco	240
Capítulo XLI	Cómo se previenen los delitos	242
Capítulo XLII	Conclusión	252

Presentación

"De los delitos y de las penas", 250 años

Cesar Beccaria escribió su obra hace 250 años; *De los Delitos y las penas*, es entonces un libro viejo !!!, se dirá. No, es un libro nuevo, siempre nuevo; es un "libro clásico"; ninguno como él plenifica tal concepto, si entendemos por tal lo que decía *Italo Calvino:* "un libro clásico es un libro que nunca termina de decir lo que tiene que decir"[1].

En efecto, este "pequeño gran libro" sigue siendo tan actual como cuando apareció en Livorno en 1.764, de manera anónima; nos habla a Colombia, a Latinoamérica y al mundo. Que lo digan los presos de nuestras cárceles, desde México, pasando por Centroamérica, nuestra tierra, o la de Venezuela, Ecuador, Perú, Chile, hasta el sur; que lo clamen los sistemas represivos y la inhumanidad de nuestros procesos; que lo clamen las violaciones de derechos humanos en nuestros diferentes países; que lo clamen nuestras comunidades pauperizadas cada día más, por la avalancha del capitalismo neoliberal.

---

1 *Italo Calvino, Por qué leer los clásicos*, Barcelona, Tusquets Editores, Tercera Edición, 1.993, pág. 15.

La cultura de occidente ya no discute que el ejercicio de la función punitiva como instrumento de control social y protectora de valores, debe ser racionalizado y no puede confundirse con la nuda violencia; en la persecución del crimen y en la sanción del violador de la norma, *no todo es válido*: los Estados en la lucha contra el crimen no pueden ellos mismos volverse criminales: *Abu Ghraib* y *Guantánamo*, tumbas de seres vivos, que están por fuera del derecho; esos campos de concentración con sus "detenidos de seguridad" y sus "técnicas de contrarresistencia en la Guerra Contra el terrorismo" (así se llama a ahora a la tortura!!!), siempre serán una afrenta a la conciencia de la civilización.

El fundamento del derecho penal, la sanción, clases y grados; la pena de muerte, la tortura, las formas de juzgamiento, plantean discusiones siempre actuales en el derecho penal. Y estos precisamente fueron los temas abordados por *Beccaria* en la obra que publicamos y siguen en el centro de la discusión: *Luigi Ferrajoli*, cuando postula un derecho penal mínimo y un garantismo que va más allá del mero ámbito penal, es un claro ejemplo de esa pervivencia.

Es precisamente en el Iluminismo cuando se inicia esa reflexión en el derecho penal moderno; la obra de *Beccaria* inicia una nueva era, es un "momento estelar de la humanidad"; por esto merece siempre la atención y ser publicada una y otra vez, para ser de nuevo confrontada con la realidad y reinterpretada; este es un aspecto que resalta *Borges* cuando también da su concepto sobre el libro clásico: "Clásico es aquel libro que una nación o un grupo de naciones o el largo tiempo han decidido leer como si en sus páginas todo fuera deliberado, fatal, profundo como el cosmos y capaz de interpretaciones sin término"[2].

Siempre será importante en toda lectura, hacer una lectura del *texto en su contexto* y una lectura del *texto desde nuestro contexto*. Este es precisamente uno de los cometidos de la presente

2 *Jorge Luís Borges*, *Sobre los clásicos*, en *Prosa Completa*, Editorial Bruguera, Colección Narradores de hoy, sin fecha de edición, t.2, pág.303.

publicación, a pesar de que en el medio podamos tener acceso a otras ediciones[3]. Ahora bien: esta obra, ahora, es material de lectura obligatoria en los cursos de enseñanza básica del derecho penal en el pregrado y posgrado de las Facultades de Derecho; de modo que la presente publicación tiene ante todo una finalidad didáctica: por esto la he precedido de un *Estudio Preliminar* y le he puesto notas al texto, con el fin de clarificar nociones, dilucidar algunos pasajes oscuros, o para mostrar ulteriores de-

3 Señalo las más conocidas en Latinoamérica: la de *Oreste Ciattino*, Editor, Buenos Aires, 1.938; la de Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1.955, con estudio preliminar de *Francisco P. Laplaza*; Editorial José M. Cajicá, jr. s. a., México. 1957, con prólogo y epílogo de *Constancio Bernaldo de Quiros*; Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, Buenos Aires, 1958, con notas de *Piero Calamandrei*, tomada para esta edición; Alianza Editorial, Madrid, 1968, con introducción y notas de *Juan Antonio del Val*; la de Editorial Aguilar, Madrid, 1969, con introducción y notas de *Francisco Tomás y Valiente*; Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978, con estudio previo de *Guillermo Cabanellas*; Editorial Porrúa, México, 1.982, que reproduce la edición facsimilar de la Edición española de 1.822, Imprenta de Alban, 1.822; Editorial Fondo de Cultura Económica, año 2.000, con estudio introductorio de *Sergio García Ramírez*; edición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Biblioteca Nacional y Ministerio de Cultura de España, 1.993, que hace una edición facsimilar de la traducción española de *Juan Antonio de las Casas*, 1.824; entre las ediciones italianas, es conocida la más importante, la de Giulio Einaudi Editore, Torino, 1.965, a cargo de *Franco Venturi*; son conocidas las de editorial Giuffrè, Milano, 1.973, con presentación de *Gian Domenico Pisapia*; Editorial Garzanti, Milano, 1.987, con estudio preliminar de *Giuseppe Armani*; de manera más reciente, la Editorial Trotta ha hecho una muy buena edición, Madrid, año 2.011, con estudio preliminar de *Perfecto Andrés Ibañez*; en Colombia han hecho publicaciones de la obra de *Beccaria*, la Editorial Temis, desde el año 1.987, con Estudio Preliminar mío; en el año 1.992, también con Estudio Preliminar publiqué la Edición Latinoamericana, en Editorial Linotipia Bolivar, Bogotá; también puede verse la publicación de Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, año 2.005, con traducción, notas y estudio de *Jorge Restrepo Fontalvo*.

sarrollos de los conceptos, retomados por diversas corrientes del pensamiento penal.

Mi propuesta sigue siendo la de asomarnos a una obra escrita hace 250 años y preguntarle por nosotros, por la realidad colombiana, por la realidad de toda nuestra América Latina: así como a nuestros pueblos nos une un pasado común y una comunidad de intereses hacia el futuro, también son iguales los problemas que plantea nuestra "realidad penal". Es claro que necesitamos hacer nuestra propia lectura, aun utilizando un discurso europeo, asignándole sentido o connotaciones particulares: y cuando hablamos de libertad, y cuando hablamos de derecho humanos, y de dignidad del hombre, tenemos que referir dichas expresiones lingüísticas a nuestras concretas realidades; y si no podemos determinar el contenido de ellas de manera positiva, tendremos que determinarlo a partir de su ausencia: y entonces diremos que no tenemos aquí libertad cuando se obstaculiza al disidente, cuando no hay tolerancia con el que piensa diferente; que no hay dignidad humana cuando las mujeres tienen que prostituirse para alimentar a sus hijos; y que no hay derechos humanos efectivos cuando los niños mueren de hambre y de frío en las calles. Solo así las palabras dignidad y libertad dejarán de ser palabras huecas y adquirirán un sentido, en orden a que sirvan como instrumento de acción política[4].

El estudio del derecho penal tiene que trascender la mera normatividad e indagar por sus presupuestos filosóficos y políticos; esto es lo que hace la obra de *Beccaria;* y lo hace en una perspectiva garantista de límites al poder, anclada en el respeto a la dignidad de la persona humana, posición bien antípoda de

4 Debemos evitar que las palabras libertad, paz y dignidad sean palabras tû tû: con esto me refiero al bello y profundo trabajo de *Alf Ross,* que lleva por título *Tû Tû,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, en el que enseña la manera como muchas veces son empleadas en el mundo jurídico expresiones lingüísticas sin referencias semánticas pero con importante papel en el discurso como factor ideológico de persuasión.

nociones como "derecho penal de enemigo" o "justicia política", conceptos que siempre han estado explícitos o implícitos en la permanente tensión histórica entre los polos *opresión-libertad*. Los problemas del derecho penal no solo son de ciencia sino también de conciencia.

Nódier Agudelo Betancur

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Estudio preliminar

La actualidad del pensamiento de Beccaria

I. *El sistema de justicia criticado por Beccaria ejemplificado en la ejecución de una sentencia a muerte*

Damiens, un desequilibrado mental fue sentenciado el 27 de marzo de 1757, por haber herido levemente a Luis XV:

Al condenado se obligaría 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 un 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 había sido levantado le debían ser atenaceadas la tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en esta 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 *Gazzette 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 aun esto, fue forzoso para desmembrar los músculos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas...

"Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna, tan sólo 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 sólo 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, y 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 el 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 abundancias 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 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 o esperanza de lograr nada, y le pidió que preguntara a los señores que si no querían que lo hiciera cortar en pedazos. El señor Le Breton acudió de la ciudad y dio 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. Él 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 fue 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 sus 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. Fue 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 fajina, y prendiendo 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 arqueros a modo de destacamento, permanecíamos 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"[5].

---

5 La descripción la he tomado de *Vigilar y castigar*, de *Michel Foucault*, México, Edit. Siglo XXI, segunda edición en español, 1978. págs. 9, 11, 12 y 13.

Con razón había exclamado cuando terminaron la lectura de la sentencia: ¡"La jornada será ruda"!

Mas las cosas que han de destacarse no paran aquí; cuando se trataba de delitos de lesa majestad, como en este caso, la sentencia cobijaba, además, a los familiares del penado, "a fin de causar un más grande horror de este crimen", al decir de *Jousse*, o con el fin "de hacer a los padres más vigilantes en relación con las costumbres y la conducta de sus hijos y parientes" como afirmaba *Muyart de Vouglans*[6]; es decir, existía una responsabilidad vicaria o delegada; así mismo debe decirse que la crueldad se expandía en el ambiente de tal forma que en relación con el caso de *Damiens*, según *Henri Samson*, de quien se dice ser último descendiente de una familia dedicada al oficio de las ejecuciones, algunos particulares se acercaron a quien iba a ejecutar a insinuarle tormentos: "Algunos propusieron que le sacaran los dientes uno a uno; otros, que se le pelaran los músculos y se echara sobre ellos líquido corrosivo, otros, en fin, propusieron que se hicieran pequeñas bolitas de cáñamo y azufre para que fueran introducidas entre las uñas y luego se encendieran"[7].

El panorama era desolador:

— Gran abuso de la pena de muerte;

— Un sistema de justicia cruel, con la tortura como medio de prueba;

— Jueces encapuchados y buzones de acusaciones para que cualquiera pudiera denunciar sin encarar ningún riesgo;

— Un proceso penal con pruebas secretas y con delatores pagados o en alguna forma premiados;

— Unos jueces sometidos al poder del Monarca; una administración de justicia en la que los cargos de juez se compraban y se transmitían como patrimonio de herencia;

---

6 Citas de *René Garraud, Traité théorique et practique de droit pénal française*, t. I, París, Recueil Sirey, págs. 137 y 138.

7 *Henri Samson, Memorias de la familia de verdugos de París*, Santiago de Chile, Edit. Zigzag, 1940, pág. 71.

— Gran abuso de las "*lettres de cachet*", hojas en blanco que se otorgaba a los allegados del Rey pudiendo ser llenados con cualquier nombre a gusto del poseedor para perder a otro;

— Todavía un gran poder de la inquisición con unos criterios que confundían el delito con el vicio o el pecado y por eso la tortura para averiguar la verdad del proceso y la concepción de la pena como sufrimiento o expiación;

— Rezagos de los juicios de Dios[8].

Tal era la situación en el ejercicio de la función punitiva cuando *Cesare Beccaria* se arriesgó en 1764 a publicar la obra *De los delitos y de las penas*, de forma anónima por los peligros que su actitud frente al poder implicaba, de los cuales era consciente; cuando escribía, dice, oía "el ruido de las cadenas que sacude la superstición, y los gritos de fanatismo que ocultan los gemidos de la verdad"[9].

II. *Breve caracterización de la obra: "de los delitos y de las penas" como obra de filosofía penal, crítica y propuesta*

La obra que nos ocupa se caracteriza por dos notas esenciales: por ser una obra de crítica y de propuesta; *crítica* del sis-

8 Entre los más importantes estaban: la *prueba del fuego*: se entregaba al sospechoso un hierro caliente, si se quemaba era culpable y si no se quemaba era inocente; la *prueba del agua hirviendo*: se vaciaba agua hirviendo al sospechoso en sus manos y de inmediato se cubrían sus manos; al los días se descubrían: si estaban despellejadas era culpable y si estaban sanas era inocente; la *prueba del agua fría*: se tiraba al sujeto con la mano izquierda amarrada al pie derecho y la mano derecha al pie izquierdo; si se hundía era inocente y si flotaba era culpable: previamente se había bendecido el agua y, por consiguiente si el agua se lo chupaba, era señal de que el agua bendita lo aceptaba y esto mostraba la inocencia. Puede verse sobre esto a *Ladislao Thot, Historia de las antiguas instituciones de derecho penal (arqueología criminal)*, La Plata, Talleres de Impresiones Oficiales, 1940.

9 La afirmación la hace *Beccaria* en carta de 1766 que dirigió a su traductor al francés, el abate *Morellet*; puede verse la correspondencia cruzada entre ambos en la edición que dirigió *Franco Venturi* de *Dei delitti e delle pene*, cit., págs. 345 a 369; la cita puede verse a pág. 363.

tema existente, y *propuesta* de un nuevo sistema penal basado en una filosofía política, el demoliberalismo con fundamento contractualista.

Para una mejor ubicación del aporte de *Beccaria* demos primero una explicación: la expresión *"derecho penal"* es una expresión lingüística polivalente; se la usa con varios sentidos:

a) *Como función punitiva*: se dice entonces que es el poder (muchos hablan de facultad) del Estado para prohibir o mandar ciertas conductas, imputando la consecuencia de la sanción por la realización de ellas, o su omisión. Por mi parte, creo que la función punitiva es la "potestad" del Estado para ejercer un control social a través de la supresión o limitación de bienes fundamentales, supresión que aparece como consecuencia de la violación de disposiciones dictadas como directivas del comportamiento de los individuos en su contexto social. Y cuando hablo de "bienes fundamentales", hablo de su seriedad y gravedad, de la necesidad de pensarla, de reflexionar sobre ella y de la necesidad de controlarla; con razón dice *Luigi Ferrajoli*, que "el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política"[10].

b) *Como derecho objetivo*: en este sentido se dice que es el conjunto de normas o sector del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho que se considera como delictivo, individualiza al sujeto que lo realiza e imputa una sanción en caso de concretarse.

c) *Como ciencia del derecho penal*: o sea la disciplina o actividad del espíritu que tiene por objeto de estudio el derecho penal. En este sentido, me parece que debe distinguirse la actividad que se detiene en un ordenamiento jurídico concreto para determinar su contenido y alcance, lo que designa con la palabra *Dogmática*, definida así *grosso modo* (pues tal actividad también impli-

10 *Luigi Ferrajoli, Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1.995, pág. 21.

ca conceptos fundamentales, sistematización y crítica teniendo como norte ciertos valores), y la actividad del espíritu que se ocupa de lo que es la función punitiva, sus presupuestos y límites, los principios que deben informar el ejercicio de tal función en determinado ámbito de civilización, las grandes corrientes del pensamiento que han reflexionado sobre el *Jus puniendi*, etc. Aquí hablamos de *Filosofía del derecho penal.*

Adelantemos un poco más: el fin del derecho penal, entendiéndolo como función punitiva, es el del control social; y quien lo ejerce en cada momento de la historia normalmente invoca la conservación de los valores fundamentales para la convivencia social; función del derecho penal objetivo es ser vehículo de expresión de dicho control social, lo que en últimas conduce a una limitación del poder del Estado concretándose así una aparente paradoja: la libertad de los ciudadanos se limita a través de la norma y por ello el derecho penal es represión; sin embargo, la norma es también libertad en la medida que indica cuál es la órbita de actuación del Estado y su injerencia en el ciudadano, señalando así el margen de libertad que le queda a este. Finalmente, si la ciencia del derecho penal tiene por objeto de estudio el conocimiento de un ordenamiento concreto, esto se hace para determinar cuál es el contenido, cuál es la concreta manifestación de la función punitiva. Así mismo, la filosofía penal tiene por misión racionalizar esta función, para que no sea instrumento ciego de venganza: promueve la discusión sobre el ser del derecho penal, le plantea límites materiales, reflexiona sobre la trascendencia de él en relación con los ciudadanos.

La obra de *Beccaria* no es una obra dogmática, no tiene por objeto de estudio una legislación determinada; es una obra de filosofía penal y de política criminal: su objeto de estudio es el "problema penal", entendido este como un complejo de interrogantes entre los cuales se mencionan los siguientes: a) ¿*Existe* en cabeza de alguien un derecho de sancionar, o sea de causar un mal a otro por la realización de una conducta?; b) si tal derecho existe, ¿*a quién pertenece*?; c) ¿*contra quién* se ejercita?; d)

¿qué males pueden ser infligidos a los destinatarios y qué acciones pueden ser sancionadas?; e) ¿existe *una relación natural* entre la acción realizada y el modo de punición?[11].

El autor que abordamos propone las líneas fundamentales de un nuevo sistema; propone el derecho penal que, según él, debía ser, a la luz de la filosofía política de la Ilustración: de ahí la influencia en su obra de autores como *Locke, Montesquieu,* y *Locke,* principalmente.

III. El autor y su obra

Nació el 15 de marzo de 1738 en Milán[12]; estudió primero con los jesuita, de cuya educación habría de lamentarse; años más tarde estudió derecho en Pavía; era amigo de los hijos del senador *Gabriel Verri: Pietro, Carlo, Giovanni* y *Alessandro;* estos, con *Beccaria* y otros nobles hacían parte de la que se conoció con el significativo nombre de la *Academia dei Pugni, "Academia de los puños"*: por el ímpetu que extrovertían en la discusión de las ideas de los autores iluministas que llegaban hasta ellos; se expresaban a través de un periódico que denominaron *Il Caffè.*

Pedro, el mayor, era el motor de todos; fue precisamente quien animó a *Beccaria* para que escribiera la obra *De los delitos y de las penas;* este se sirvió de algunos de los estudios realizados por aquél, sobre diversos temas, en orden a componer la obra que lo haría famoso; así, por ejemplo, en relación con el punto de la tortura: el autor de Milán se sirvió de las investigaciones históricas que *Pedro Veerri* hacía por entonces para su trabajo *La tortura* la que acabó de escribir en el año 1777, pero de las cuales investigaciones mantenía al corriente a sus amigos más cercanos.

---

11 *Giovanni Tarello, Storia della cultura giuridica moderna,* Bologna, Società Editrice il Mulino, 1976, pág. 382.

12 *Rodolfo Mondolfo,* ha hecho una de las mejores biografías del autor y uno de los mejores análisis del libro que nos ocupa: *Cesare Beccaria y su obra,* Buenos Aires, Edic. Depalma, 1946; así mismo puede verse a *Cesare Cantú, Beccaria e il diritto penale,* Firenze, G. Barbèra Editore, 1862.

La obra de *Verri* solo se publicaría en 1.804, siete años después de su muerte[13].

Las argumentaciones del marqués se convirtieron en punto de obligada referencia para los trabajos sobre el tema escritos en su época y en tiempos posteriores[14].

Alejandro había sido nombrado "Protector de presos" y contaba las premuras que se vivía en las prisiones de entonces; fue así como *Beccaria* empezó a escribir el libro en marzo de 1763 y en enero de 1764 terminó: en este mismo año aparecería publicado en Livorno en forma anónima, por los peligros que hubiese corrido de haberlo hecho de otra manera. El libro tuvo tanto éxito en Italia y en el exterior, que muy pronto se hicieron múltiples ediciones de él; entre tanto, *Beccaria* pasaría a ser profesor de Economía Política en Milán e incluso llegó a escribir una obra sobre el tema, como también escribiría sobre la naturaleza del estilo, y otros trabajos[15]. Murió el 28 de noviembre de 1794; tuvo dos hijas, *Julia* y *María*, y un hijo de nombre *Julio*; una de sus hijas, *Julia*, habría de ser la madre de *Alejandro Manzoni*, el autor de *Los novios*, fruto de la relación extramatrimonial con *Juan Verri*, según lo afirma *Donnata Chiomenti Vassalli*[16].

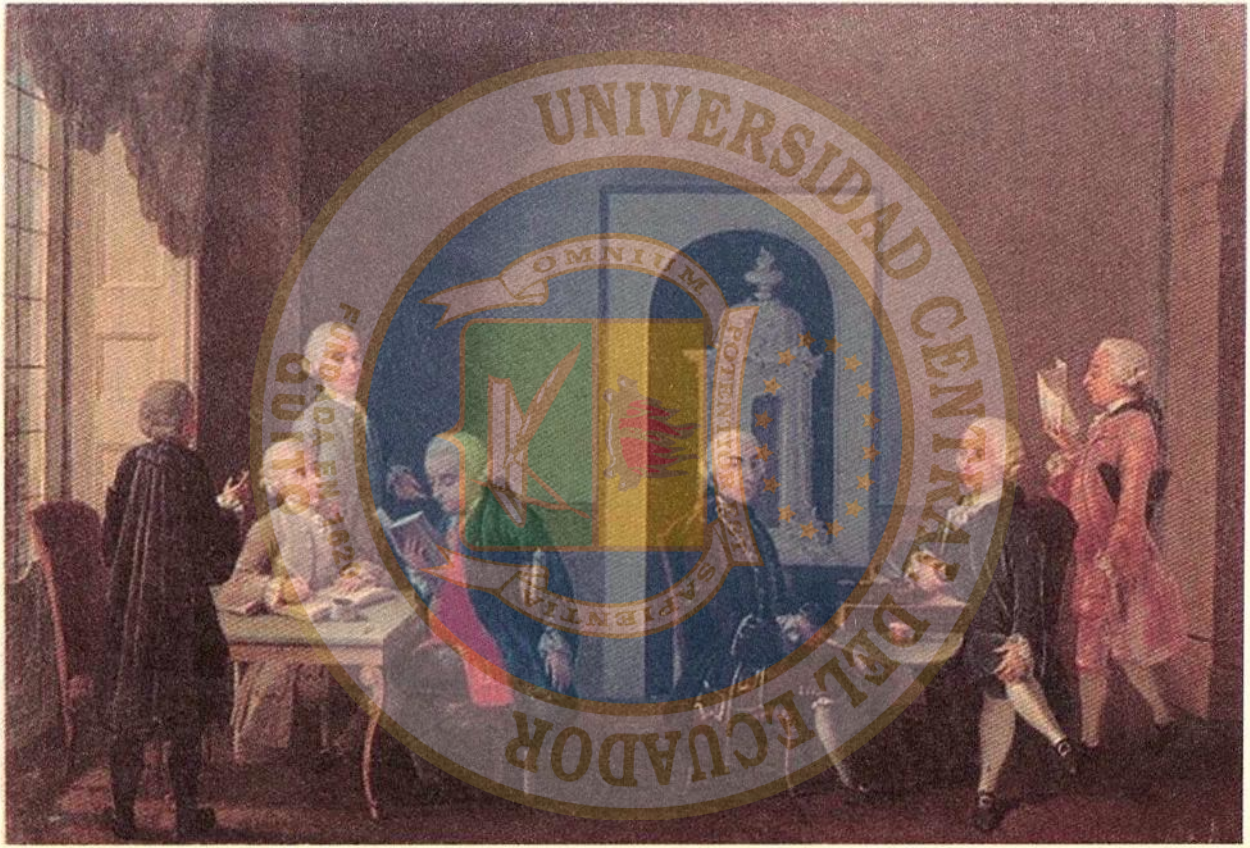
Becaria recibió la influencia de los iluministas; pero él, a su vez, influiría en los autores más próximos a la Revolución france-

13 La obra de *Pietro Verri* ha sido publicada en español con un estudio preliminar a cargo de *Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, con el título *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977.

14 Entre los trabajos un poco posteriores, merece la pena ser mencionado el de *Juan Pablo Forner*, *Discurso sobre la tortura*, publicado en Barcelona, Editorial Crítica, 1990.

15 La obra ha sido traducida al español, como *Principios de economía pública y otros ensayos*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, año 2.003.

16 *Donata Chiomenti Vassalli*, *I fratelli Verri*, Milano, Casa Editrice Geschina, 1.960, página 173; en la página 158 se destaca el matrimonio de la hija de *Beccaria* con *Pedro Manzoni*, un hombre anciano y viudo, "suficientemente modesto para contentarse con una mujer que no apartaba ni dinero ni amor", dice.



Accademia dei Pugni, Antonio Perego.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

sa; la mayoría de estos principios se verían reflejados en la *Declaración de los Derechos del Hombre* y antes que en esta, en *Les cahiers des États Généraux*[17]. En efecto: en la carta al Abate *Morellet*, reconocía: "D'Alembert, Diderot, Helvetius, Buffon, Hume, nombres ilustres y que no se pueden oír pronunciar sin emoción: vuestras obras inmortales son mi lectura continua, y forman mis ocupaciones por el día, y mis meditaciones por la noche. Lleno de las verdades que enseñáis, ¡cómo hubiera yo podido incensar el error adorado, y envilecerme, hasta mentir a la posteridad! ... Ya data de cinco años la época de mi conversión a la filosofía, y la debo a la lectura de las Cartas Persas"[18].

Pero, decía, *De los delitos y de las penas*, habría de influir en los autores inmediatos a la Revolución: en *Servan, Voltaire, Marat, Robespierre, Brissot de Warville, Roederer*, entre otros[19]. De ahí que en los *Cahiers* o "cuadernos de dolencias" se hicieran solicitudes tales como la consagración del principio de la legalidad del delito y de la pena, la supresión de la tortura, el derecho a la defensa, reducción de la pena de muerte y la aplicación "más humana" de esta : "Que en lo sucesivo, no haya otro suplicio distinto a cortársele al sujeto la cabeza", por ejemplo, se pedía por el distrito de Autun[20].

Beccaria compendia bien el ideal del *filósofo* iluminista. En efecto: el filósofo de este período histórico era lo que hoy se suele

17 Durante el proceso de la Revolución francesa se dio oportunidad para que la gente expresar sus reclamos: se redactaron entonces los *Cahiers de doléances*, especie de "memoriales de agravios". En gran medida se referían las quejas al problema de la justicia penal; sobre esto puede verse a *Albert Desjardins*, Les *Cahiers des États Généraux en 1789 et la legislation criminelle*, París, A. Durand et Pedone-Lauriel, Editeurs, 1883.

18 Carta citada, págs. 363 y 364.

19 *Voltaire* mismo habría de hacer un *Comentario* que acompañaría regularmente a las sucesivas ediciones de la obra; en español puede verse en la edición citada de Alianza Editorial, página 126 y siguientes.

20 *Desjardins, Les Cahiers*, cit. pág 20 y siguientes; la cita pidiendo la pena de muerte sin tortura previa, está en la página 54.

denominar con la expresión "intelectual comprometido": no era el *humanista* del siglo XVI, vuelto hacia el pasado antiguo para indagarle qué hacer en su siglo presente; no era el *hombre virtuoso* del siglo XVII, indagando por el ser intemporal y eterno del hombre en los accidentes de la historia. No; el filósofo iluminista, podía no tener grandes tratados escritos y de hecho no permanecía escondido en una biblioteca en abstractas meditaciones: era ante todo un hombre de su mundo social: estaba inmerso en la vida cotidiana y pretendía cambiarla y dirigirla; el filósofo al que me refiero era, ante todo, el hombre que pretendía transformaciones: por esto la *razón*, su principal instrumento, estaba orientada a la reflexión y análisis de las estructuras sociales en las que se desenvolvía; luego pondría su sentimiento, concretamente su sentimiento de humanidad, como motor de acción. Si es posible la comparación, el filósofo de entonces debía ser como en los tiempos más recientes un *Zola*, un *Sartre*, un *Bertrand Russell*, un *Foucault*: es decir, hombres de acción[21].

En relación, con *Beccaria*, tiene entonces razón *Piero Calamandrei*, cuando lo señala como "un hombre de acción que por sí solo, armado únicamente de su pequeño libro, abatió los patíbulos y arrancó las puertas de las prisiones para hacer que penetrara en ellas un rayo de humana piedad"[22].

IV. Breve presentación de sus postulados fundamentales

Unos de estos postulados se explicitan en la obra, otros se deducen de contexto del pensamiento del autor. Vamos a referirnos a ellos indistintamente, de manera breve.

1) *Existe íntima relación entre el modelo de Estado y derecho penal.* Cuando el autor habla del origen del derecho de castigar, se

21 Sobre lo que aquí se dice, puede verse a *Paul Hazard, La crisis de la conciencia europea*, Madrid, Edit. Pegaso, 1975, pág. 219; también a *J. Marie Goulemot – M.Launay*, en *El siglo de las luces*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1969, págs. 27 y ss.

22 *Piero Calamandrei, Prefacio* a *De los delitos y de las penas*, edición de EJEA, cit., pág. 32.

refiere al origen del poder; en su caso, acepta el modelo contractualista, el cual parte de la dicotomía *estado de naturaleza-sociedad civil*: los hombres vivían en un continuo estado de guerra (*Hobbes*) pero resolvieron hacer una convención, celebrar un acuerdo: entregaron parte de sus derechos para gozar del resto con tranquilidad. De este punto de partida saca una serie de consecuencias prácticas para su sistema, lo que indica que de la concepción que tengamos del Estado y de la sociedad civil y del poder, dependerá la forma como concibamos el derecho penal como manifestación del poder mismo: a una concepción autoritaria del Estado, corresponderá una concepción autocrítica del derecho penal.

Beccaria rechaza el *modelo aristotélico* sobre el origen y fundamento del poder: el Estado es una forma evolucionada de organización a partir de formas originarias de asociación, como la familia, la tribu, la reunión de ciudades, etc.[23]; el autor italiano rechaza el modelo aristotélico por la concepción de autoridad que se deriva de dicho modelo y lo va a criticar de manera áspera en el Capítulo XXXIX, *Del espíritu de familia*.

2) *Distinción de diversos órdenes de regulación de la conducta humana y desacralización de la función punitiva*. Así como el poder del Monarca no se deriva de una instancia trascendente, tampoco el juez que administra justicia y aplica el derecho penal es un delegado de la justicia divina; la aplicación de la ley es un asunto de hombres para fines humanos: es un instrumento de control social como otros: la justicia humana, el mismo juez, son hechos sociales y no fenómenos metafísicos. En este sentido es la obra del autor de Milán una obra típica de la Ilustración con una de sus notas características: secularización de la vida y de las instituciones, y de los conceptos[24]; así, por ejemplo, el concepto de

23 Sobre los diversos modelos, puede verse a *Norbeerto Bobbio* y *Michelangelo Bovero*,en *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

24 *Benno von Wiese*, *La cultura de la Ilustración*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979; *Fritz Valjavec*, *Historia de la Ilustración en Occidente*, Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1964; *Paul Ha-*

lo justo viene a ser lo útil, lo conveniente, lo eficaz, y no tiene el sentido kantiano del imperativo categórico.

La desacralización de la justicia penal es el resultado del nuevo modelo asumido sobre el origen y fundamento de la sociedad civil; pero también de la distinción de diversos órdenes de regulación de la conducta humana: la revelación, la ley natural y las convenciones; de aquí deduce que hay tres clases de virtud y de vicio: la religiosa, la natural y la política; refiriéndose a esta última dice que "se puede llamar sin dificultad variable". De aquí deriva la siguiente gran consecuencia: lo justo o injusto en política es equivalente a lo útil o perjudicial. Aquí está el fundamento para la separación entre moral y derecho, entre delito y pecado y para una nueva concepción de la pena.

3) *El ejercicio de la función punitiva tiene límites: el control del ejercicio del poder.* Del punto de partido político, del modelo contractualista asumido, surgen límites en el ejercicio de la función punitiva, en los niveles de la prohibición y en la represión; con quien ha realizado un comportamiento que se considera violatorio de las normas impuestas en una determinada sociedad, no se puede hacer lo que se venga en gana:

a) Limites en el nivel de la prohibición. Si los hombres se unieron en sociedad fue por la necesidad de superar un estado natural que les resultaba nefasto y con miras a un estado de asociación civil mejor que el estado de antes. Por consiguiente: la limitación a la libertad debe ser la mínima posible: "las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son por su naturaleza injustas".

b) Límites en el nivel de la aplicación de la pena. Si el delito no es el pecado, si el delito no es un vicio, la pena no tiene por fun-

---

zard, El pensamiento europeo en el siglo XVIII, Madrid, Ediciones Guadarrama, S.A., 1958. Sobre la obra *De los delitos y de las penas*, como obra del iluminismo, puede verse a *Hugo Spirito, Storia del diritto penale*, t. 1, Roma, C. de Alberti, Editore, 1925, págs. 35 y s.; *Fausto Costa, El delito y la pena en la historia de la filosofía*, México, Uteha, 1953, págs. 101 y ss.

ción la expiación; ella es un "motivo sensible" que solo tiene por misión "desviar el ánimo despótico de cada uno de los hombres de volver a sumergir en el antiguo caos las leyes de la sociedad". De este punto de partida, se deriva la crítica que hace el autor a las penas de su tiempo, las que se aplicaban con fin expiatorio.

4) *Crítica a las penas inhumanas: requisitos de la eficacia de la sanción.* El problema de las penas fue precisamente el punto de partida para la reflexión del autor sobre los demás temas de los que habría de tratar el libro; este es un constante grito de protesta contra la deshumanización de las sanciones en su tiempo; a la vez propone los criterios de eficacia de la pena en el nuevo sistema por él propuesto:

a) La pena debe tener finalidad preventiva: su cometido es evitar que los demás miembros de la sociedad delincan y que el reo reincida en la misma falta: no debe ser retributiva como en *Kant* quien sostiene la Ley del Talión: la pena es un mal que la sociedad inflige al reo por el mal del delito por él ejecutado; de ahí el famoso pasaje en el que afirma que si un pueblo que habitase en una isla fuese a desaparecer, el último ciudadano vivo debería ir a la prisión a ahorcar al último asesino que en ella quedara[25];

b) La pena debe ser proporcionada al delito, antes que exagerada e inhumana; como había dicho *Montesquieu*, "cuando las leyes criminales sacan las penas de la índole particular de cada crimen, eso es el triunfo de la libertad"[26];

c) La pena debe ser pronta y cierta: lo primero, para que se asocie delito y pena entre los hombres y los aparte de la tentación de hacer el mal; lo segundo, para que cada cual sepa que si delinque, de manera inexorable será castigado: "Si examinamos la causa de todos los relajamientos, veremos que proceden siempre

25 *Kant, Principios metafísicos del derecho*, Buenos Aires, Americalee, 1943, pág. 174.

26 *Montesquieu, El espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, año 2.005, Libro XII, Capítulo IV, pág. 210 .

de la impunidad, no de la moderación de las penas", son palabras también del autor francés últimamente citado[27];

d) La pena debe ser igualitaria: mientras en el Antiguo Régimen el mismo delito podía acarrear la horca para el plebeyo y la decapitación para el noble, nuestro autor propone la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la igualdad de las sanciones: "las penas deben ser las mismas para el primero y el último de los ciudadanos", dice.

5) *Principio de la legalidad del delito y de la pena.* El contractualismo es un antecedente decisivo en la concepción demoliberal del poder, que implica el control o abroquelamiento de este a través de normas positivas o derecho objetivo. La exigencia del principio de legalidad surge del punto de partida contractualista: en efecto, son los hombres quienes determinan entregar sus derechos, ellos deciden autolimitarse; por consiguiente, sólo la ley puede decir cuáles son las acciones que no pueden realizarse, qué es delito.

En la concepción iluminista, la ley no es opresión de la libertad sino garantía de ella; así dice *Locke*: "La libertad del hombre sometido a un poder civil consisten en disponer de una regla fija para acomodar a ella su vida, que esa regla sea común a cuantos forman parte de esa sociedad, y que haya sido dictada por el poder legislativo que en ella rige"[28]. Influenciado por este pensamiento del Iluminismo inglés, en la obra de *Beccaria* se dice: "la dependencia de las leyes... es la única igualdad y libertad que pueden los hombres razonables exigir en las presentes condiciones de cosas"; y postula como dogma que "cada ciudadano tiene que poder hacer lo que no es contrario a las leyes, sin tener otro inconveniente que el que pueda surgir de la acción misma".

Entonces sólo la ley puede limitar la libertad y esta potestad sólo está en el legislador "que representa a toda la sociedad agru-

27 *Montesquieu, El espíritu de las leyes*, cit. Libro VI, Capítulo XII, pág. 118.

28 *John Locke, Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Edit. Aguilar, 5ª reimpresión, 1981, pág. 19; así mismo, págs. 100 y ss.

pada por un contrato social": aquí podemos encontrar el origen del clamor de los autores republicanos de hoy cuando se reclama la "representatividad en la prohibición".

6) *Principio de la separación de los poderes.* La experiencia enseña que todo hombre que tiene poder llega a abusar de él, va hasta donde encuentra límites, es un principio de los autores iluministas. De ahí el surgimiento de la necesidad de la separación de poderes como contrabalanceo. Pues bien, este principio se plasma en dos ideas básicamente:

a) *La necesidad de la existencia del juez*: en la concepción demoliberal del Estado, el tránsito de los hombres de la barbarie a la civilización lo señala la aparición del juez: este es un mediador entre los hombres para resolver conflictos entre ellos; uno debe ser quien expida la ley y otro quien decida de su violación o no, confrontando el hecho con el supuesto que prevé la norma.

b) *La prohibición de la interpretación de la ley por parte del juez*: en el Antiguo Régimen el juez podía decidir según la *opinio doctorum*, la opinión de los doctores, no estaba ligado por el mandato de la ley escrita: "... y es tan funesto como corriente en el día de hoy, que una opinión de Carpsovio, un uso antiguo indicado por Claro, un tormento sugerido con iracunda complacencia por Farinacio, sean las leyes a las que con seguridad obedecen quienes temblando debieran regir las vidas y las fortunas de los hombres", dice en su *Advertencia al lector*. Por el contrario, es preciso que el juez en el acto de fallar sólo haga un silogismo: *premisa mayor*, la ley; *premisa menor*, el hecho concreto por el sujeto realizado; y la *consecuencia*, la libertad o la pena.

"Los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma", había dicho *Montesquieu*[29]. Esta idea, seguida por *Beccaria* hay que interpretarla y comprenderla históricamente, en función

29 *Montesquieu, El espíritu de las leyes*, cit., Libro XI, Capítulo VI, pág. 187.

de la garantía que se quería para el ciudadano y como postura antípoda al odioso sistema del Antiguo Régimen. Y no sólo esto: la ley no debía ser interpretada, porque ella debía ser expresa, conocida, clara y no opresiva, debía ser instrumento de beneficio comunitario.

7) *Presunción de inocencia*: este, al igual que el principio de legalidad del delito y de la pena, es uno de los pilares del pensamiento demoliberal en el derecho penal. En varias partes de su obra postula este principio. Así, al estudiar la prueba testimonial manifiesta que "siempre es necesario más de un testigo; porque en tanto que uno afirma y otro niega no hay nada cierto, y prevalece el derecho que cada cual tiene a ser creído inocente"; así mismo, cuando combate la tortura: "Un hombre no puede ser llamada reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los cuales le fue concedida".

8) *Reducción al máximo de la detención preventiva.* Este principio no es sino una derivación del anterior. En efecto: si el hombre se presume inocente, ¿por qué atormentarlo con la detención preventiva hasta constatar su inocencia? En el capítulo que habla *De la prisión* sostiene: "la prisión es más bien un castigo que una seguridad del reo". Pero sobre la base de que la privación de la libertad sea necesaria en orden a evitar, o la fuga, o el ocultamiento de la prueba, dicha privación debe ser la menos posible: "¿cuál contraste más cruel que la indolencia de un juez y las angustias de un reo?".

9) *Rechazo de la pena de muerte y de la tortura.* Es quizá en este punto en donde más se nota la relación entre el punto de partida político, el contractualismo, y las consecuencias concretas para el sistema penal. En efecto: en el modelo contractualista, existe una versión según la cual los hombres entregaron *todos* sus derechos como decía *Rousseau*[30]; otra versión sostiene que los hombres se

30 *Juan Jacobo Rousseau, El contrato social*, en *Obras selectas*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1959, pág. 853.

reservaron *parte* de ellos por no pertenecerle, como el derecho a la vida. Este es el pensamiento de *Locke*: "Nadie puede transferir a otro un poder superior al que él mismo posee, y nadie posee poder arbitrario absoluto sobre sí mismo, ni sobre otra persona; nadie tiene poder para destruir su propia vida ni para arrebatar a otra persona la vida o las propiedades"[31].

Beccaria, siguiendo este pensamiento plantea un sorites, es decir, un sistema de razonamiento en cadena: los hombres no son dueños de sus vidas; al celebrar el contrato social, los hombres no entregaron el derecho a su vida; por consiguiente el Soberano, que sólo es un administrador de la soberanía, no puede aplicar la pena de muerte; si la aplica es injusto y tirano. Como lo destaca *Rodolfo Mondolfo*, el autor imbrica en el razonamiento un principio religioso que le permite negar la entrega del bien de la vida por parte del hombre: la vida pertenece a Dios. Pero, su razonamiento que parece defectuoso, en la medida que introduce una proposición no demostrada como punto de partida, hay que comprenderlo históricamente condicionado[32].

En *De los delitos y de las penas*, se propone la esclavitud para reemplazar la pena de muerte, lo que también hay que entender en la perspectiva del tiempo, pues entonces la servidumbre no repugnaba al sentimiento en la medida de ahora: no le resta, pues, humanitarismo a la posición del autor, pues de lo que se trataba era de combatir la pena de muerte, aunque se le sustituyera por otra pena para nosotros, hoy por hoy, exageradamente inhumana.

Así mismo hay que comprender su posición en relación con la aceptación de la pena de muerte para la situación en la que un hombre aun privado de libertad pusiese en peligro la estabilidad del Estado: este, como institución no presentaba la fortaleza que presenta hoy; la burguesía en ascenso perfilaba una centralización de la fuerza y de ahí la importancia de proteger la existencia del Estado. Esto, sin embargo, debe ser sopesado con cuidado,

31 *John Locke, Ensayo sobre el gobierno civil*, págs. 101 y 102.
32 *Rodolfo Mondolfo, Beccaria y su obra*, cit., págs. 35 y siguientes.

para no llegar a la posición de los fascistas de los años 30 en Italia, cuando no se tuvo ningún recato en citar a *Beccaria* en apoyo de la pena de muerte para los delitos políticos, actitud que, con razón, de manera rotunda denunció *Calamandrei*[33].

Me refiero muy brevemente a su pensamiento sobre la tortura. Esta era practicada: a) como medio de prueba; b) como paso hacia la muerte. El autor da entonces su principal argumento contra tal barbarie: ella es inconveniente, porque entonces *el culpable, aunque culpable, si es fuerte saldrá inocente; y el inocente, aunque inocente, si es débil saldrá culpable.* Este es el mismo argumento inexpugnable que desde entonces se esgrime contra tal forma de proceder. Aquí es cuando *Beccaria* evoca los denominados juicios de Dios: una persona es tan poco libre de decir la verdad, sometida a la violencia física o moral, como estaban en imposibilidad los reos de antes de impedir, sin fraudes, que el fuego o el agua hirviendo los quemasen.

10) *Rechazo de las acusaciones y pruebas secretas; publicidad de los procesos.* El autor se colocaba en una situación antípoda a la del sistema inquisitorial, es decir, pregonaba la publicidad, como uno de los principales instrumentos de control del poder del Estado en el ejercicio de la función punitiva: "sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos".

El autor sabía que la justicia escondida propicia la justicia corrompida; sabía de delaciones secretas, de pruebas practicadas en la oscuridad de la noche, de la no exhibición de las pruebas, de los testigos premiados y negociados, en fin, todas estas prácticas opuestas a la forma de administrar justicia en un Estado republicano y, por el contrario, prístinas manifestaciones de tiranía:

33 *Piero Calamandrei*, en la nota 2 al capítulo sobre la pena de muerte, en la edición de EJEA citada, págs. 154 y ss.

"¿Quién puede defenderse de la calumnia cuando está armada del secreto, el más fuerte escudo de la tiranía?".

11) *Participación de los ciudadanos en la elaboración de las leyes y en las decisiones de justicia.* El autor mira a su alrededor y ve que las leyes "que debieran ser pactos de hombres libres, no han sido por lo común más que el instrumento de las pasiones de unos pocos..."; observa que interponen una enorme brecha entre el rico y el pobre; se percata que son "vínculos fatales para la mayor parte y provechosos para unos pocos e indolentes tiranos...".

Por lo anterior, reclamaba una participación, ciudadana en la elaboración de la ley: "Las leyes son las condiciones bajo las cuales los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad...", se insiste aquí; frente al modelo aristotélico sobre el origen y fundamento del poder, *Beccaria* acepta el modelo contractualista: este implica una dicotomía entre el estado de naturaleza antes de la celebración del pacto y el estado de sociedad civil que resulta de la convención, según se ha visto ya; es cierto que (históricamente condicionado como está su pensamiento), todavía habla del Soberano como administrador de las porciones de libertad entregadas en el acuerdo; sin embargo, como dice *Tomás y Valiente*, aquí "el poder real pende de un hilo"[34]. Pero más allá de todo esto, lo importante es el mensaje: para *Beccaria* el tipo de sociedad, de Estado y de gobierno, debe depender de lo que los hombres desean postular para ellos como manera de vivir: se asoma así la idea de una autoridad horizontal, que surge del acuerdo o la concertación, del diálogo, y del rechazo de una concepción de autoridad vertical. De ahí que no vacila en criticar la noción de autoridad que surge del modelo aristotélico: aquí la autoridad viene de arriba, es impuesta y se opone a lo que él denomina "asociación de hombres" derivada del contrato: la primera concepción de autoridad "inspira sujeción y temor; la segunda libertad y valor", dice.

34 *Francisco Tomas y Valiente*, en la nota 4 de la edición de *De los delitos y de las penas*, de Aguilar, cit., pág. 192.

Precisamente, cuando el autor se oponía a la interpretación de la ley por parte del juez, partía de la base de que la ley sería clara y serviría de protección a los intereses de la comunidad y no sería la extroversión del interés de una clase privilegiada: "Haced que las leyes favorezcan menos a las clases de los hombres que a los hombres mismos".

Finalmente, la participación de los ciudadanos se reclama cuando habla de la intervención de los jurados en la administración de justicia; como se sabe, es esta una institución de raigambre liberal mediante la cual se da injerencia a la comunidad en relación con hechos que le atañen.

12) *Lucha contra las causas de los delitos como medio de prevenirlos.* "Mejor es prevenir los delitos que castigarlos", es su pensamiento contundente. Con este fin propone reformas en las leyes, para que estas no sean el trasunto de privilegios, para que no sean el "tributo que pagan todos a la comodidad de algunos"; reformas en la administración de justicia, procurar la educación, etc. En este punto, los autores positivistas se reclamarían, más tarde, herederos del autor de Milán, cuando propusieron, particularmente por boca de *Enrico Ferri*, los denominados "sustitutivos penales"[35].

V. *¿Beccaria superado o Beccaria redivivo frente a nuestra realidad actual?*

Hemos hecho una breve presentación de los postulados fundamentales de la obra de *Beccaria*; y bien, escrita en 1764, o sea hace ya 250 años, 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

35 *Enrico Ferri, Principios de derecho criminal*, Madrid, Ed. Reus, 1933, págs. 697 y ss.

a nuestra dura realidad, dolorosamente hemos de reconocer que muy poco o nada se ha logrado avanzar en 250 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[36]. Y en este sentido abruma nuestra realidad: la pena de muerte es ejecutada a diario, ora como manifestación de la violencia institucionalizada desde el mismo Estado, ora por grupos políticos de tendencias diversas en teoría pero iguales o semejantes en la práctica de la barbarie; también la practica la delincuencia común organizada: secuestradores, extorsionistas, delincuencia de narcotráfico; aquí se particulariza a veces una gran sevicia en el crimen: no son raros los homicidios ejecutados con centenares de impactos de arma de fuego de costosísima munición; ¡¡¡es la opulencia del crimen!!!; es la actuación del dolo reconcentrado, obstinado y feroz, ¡¡¡como cuando se perturbó la tristeza de un entierro disparando ráfagas de metralleta contra el ataúd que contenía a un recién asesinado!!!

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 a veces son ejecuciones que normalmente recaen sobre indigentes, personas con antecedentes penales o "fichados" políticos), que el propietario de un predio semirrupreste colocó en su heredad una gran valla con la significativa (y macabra) advertencia: ¡¡¡"se prohíbe botar cadáveres aquí"!!!; pero a veces, en Colombia se ha preferido evitar el olor nauseabundo de la carne humana podrida sobre la tierra y entonces se han visto nuestras quebradas y grandes corrientes convertidos en "ríos de muerte", o mejor, de muertos.

36 En relación con la pena de muerte en parte de nuestro continente, puede verse a *Carlos Enrique Muñoz Pope, La pena capital en Centroamérica*, Panamá, Ediciones Panamá Viejo, 1978.

En nuestro medio hay gente (vaya paradoja) ¡¡¡que va a un banco de sangre a vender la suya para poder comprar pan!!!; y qué decir del robo de nuestros niños para ser exportados, o para sacarles órganos y efectuar trasplantes. Ah, si recibimos *golpes tan duros como odio de Dios*, como exclamar *César Vallejo*.

¿Y qué decir de la tortura? También ella, con inusitada frecuencia, es sólo 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 diversas tendencias políticas que consuman la pena de muerte, siendo con frecuencia la inflicción del dolor, la tortura con sangre, sólo un paso progresivo hacia la ejecución o el desaparecimiento forzado de las personas maltratadas. 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, la aplicación de "tábanos" eléctricos; la privación del sueño o el brusco despertar varias horas en la noche; el no dar de comer o de 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 para la venta e incluso la adopción de la criatura (oh monstruosidad), ¡¡¡por los propios torturadores y asesinos de sus padres!!!; a veces, la elaboración de fotomontajes en los que el hombre o la mujer (según el caso) del reo aparece "jugándosela" a éste, a juzgar por sus poses desnudas, o saliendo de tal o cual casa de prostitución, todo ello a fin de desvalorizar ante sus ojos al ser amado e introducirlo a dóciles confesiones e imputaciones contra él; es la tortura moral: para qué atormentar "unas desdichadas cáscaras humanas, si puede actuarse directamente cobre

las conciencias"?[37] Sería interminable enumerar 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 estos tiempos en nuestra Colombia. Como se ve, la tortura se utiliza todavía para martirizar la carne o, lo que es quizás peor aún, para vilipendiar el espíritu y la dignidad del hombre.

Y qué opinar del sistema penal en lo que a procedimiento se refiere? Un procedimiento penal absurdo y a veces secreto; la falta de controversia de la prueba, los testigos secretos y pagados, los jueces ocultos en la oscuridad, un sistema judicial inoperante o no acorde con las necesidades del medio que convierte en meses o años lo que en la ley dura apenas pocos días; las etapas sumariales indefinidas; 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 qué 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, de acuerdo con 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 violación de los jóvenes presidiarios; también la violación de las hermanas, o de las esposas, o de las hijas que llegan el día de visita a ver a sus seres queridos, so pena de muerte en el transcurso de la semana para quien no se aguante y "cante" la ignominia; la corrupción del personal de vigilancia, reflejada en el tráfico de drogas y de

37 J.C.Lauret y R.Lasierra, *La tortura sin sangre*, Barcelona, Editorial Dopesa, 1.976, página 12.

armas que se da en el interior de los centros penitenciarios; el celestinaje en la prostitución heterosexual y homosexual; 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 disposición de la voluntad omnímoda 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 psiquiátricos o clínicas adecuadas" para cumplir las medidas de seguridad!

¿Y qué hay de la pretendida igualdad de los ciudadanos ante la ley? Esta dice, con gran rimbombancia, que es igual para todos y que se aplicará sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en sus normas. Pero es que precisamente la ley contempla las desigualdades: no es igual el tratamiento que recibe según la ley, la gran delincuencia de "cuello blanco", la criminalidad económica, la de las grandes corporaciones financieras, la administrativa, la de los "padres de la patria", la de los acaparadores o de los que atentan contra el sistema ecológico, no se trata de igual manera a estas nocivas formas de delincuencia y al "raponero", para dar un ejemplo. En este caso y en otros semejantes, 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.

Pero no es solamente lo anterior. 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 pertenezca o el color político que se ostente, en particular su 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: la Defensoría del Pueblo debe ser reforzada en el tema de la defensa dentro de los procesos, para que la defensa no sea simplemente un desempeño formal.

VI. Las tareas por realizar: el mensaje beccariano

Lo anterior es sólo un pálido reflejo de la realidad latinoamericana y en particular de Colombia. Y entonces nos preguntamos si las cosas han cambiado en 250 años, desde cuando *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, termina por no percibírsele 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 como el del debido proceso o el 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 parecen útiles (o "bonitos", dicen otros), no nos preocupamos por replantearlos frente a la realidad. Y de su historia no sabemos sino que surgieron en tiempos de la Revolución francesa, sin indagar por su origen, por si 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![38].

38 Dice con razón *Sergio García Ramírez* que a pesar de lo mucho que se ha escrito sobre la Revolución francesa, "esto no implica que se haya cumplido, puntualmente, las exigencias revolucionarias, y mucho menos sus esperanzas: las manifiestas o las retraídas en cada pliegue de aquellas exigencias. En la libertad se ha caminado un largo trecho, tropezando. En la igualdad, menos. En la fraternidad, algo o nada": *Cesare Beccaria y la declaración de derechos de 1789*, en Bicentenario de la Revolución francesa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pág. 95.

Hoy es válido que recordemos a *Paul Hazard* cuando en su obra fundamental, *La crisis de la conciencia europea*, sostiene que las ideas sobre las que se discutía en la Revolución francesa, en el año de 1680 y siguientes habían sido ya planteadas por los filósofos de entonces[39]. Pero si son las mismas por las que hoy todavía hay que luchar, esto quiere decir que estamos en el siglo XXI, pero en realidad, en muchos aspectos, varios siglos atrás. Parece increíble que en estos tiempos tengamos que luchar por la instauración y efectiva aplicación de principios que hace 250 años ya se reclamaban.

En la historia del derecho penal, los atropellos se repiten pero las ideas libertarias opuestas siempre aflorarán: en los mismos tiempos de *Beccaria*, tenemos la voz clamante de *John Howard*, describiéndonos el estado de las prisiones de entonces[40]; después de estos autores encontramos a *Carrara*, quien denuncia iniquidades mil en el proceso penal; y por esto es más radical que el milanés: así, cuando rechaza siempre la pena de muerte, en contraposición al otro que la acepta en algunas circunstancia; cuando plantea de manera más reflexiva los grandes postulados del derecho penal; hoy, para nuestras circunstancias necesitamos muchos Beccarias y muchos Carraras, con capacidad de vergüenza, para que denuncien.

Para entender la actualidad del pensamiento iniciado por *Beccaria*, y como escritas también para nuestro entorno, basa recordar las protestas de *Carrara* "contra el empleo inútil e insensato de la detención preventiva, contra la mala fe y contra el fanatismo de los investigadores; contra las viles artes policíacas, disfrazadas de formalidades procesales y saludadas como prodigios de crítica judicial; contra los testigos anónimos u ocultos entre bambalinas, o contra los testimonios pagados o recogidos sin suficientes precauciones; contra las confesiones arrancadas

39 *Paul Hazard, La crisis de la conciencia europea*, cit., pág. XIII.

40 Ver, *John Howard, Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, año 2.003, con un excelente *Estudio Introductorio* de *Sergio García Ramírez*.

mediante engaño o felonía, o mediante torturas malignamente prolongadas en los calabozos; contra los obstáculos puestos a la defensa, o contra una defensa mutilada, atormentada, perseguida, o tardíamente concedida; contra las infamias de los confidentes y de los delatores premiados; contra la infidelidad de las actas; contra la falta de control de la investigación y la falta de sanciones suficientes que protejan la observancia sacramental del procedimiento; en una palabra, contra toda esa selva de vejámenes y de sistemas tiránicos, que sin hacer más cierto el castigo de los delincuentes, exponen a los hombres de bien a perennes molestias y a tremendos peligros"[41]: *Carrara* nos señala con su dedo acusador!

Si estudiamos la obra de los pensadores demoliberales en el derecho penal y miramos nuestra realidad latinoamericana, de seguro sacaremos lecciones útiles en nuestros días. Así, por ejemplo, si reparamos en una idea recurrente: la idea de control del poder punitivo del Estado. Esto es algo patente en los puntos ya tratados en relación con la obra de *Beccaria*: la teoría contractualista explica la "soberanía de la nación" como fruto de un acuerdo entre los hombres; dicho acuerdo es fundamento del poder pero también un límite del mismo: fue la necesidad la que originó el pacto, de donde se deduce que todo aquello que exceda la necesidad se convierte en tiránico. El poder, pues, ya no es ilimitado sino que tiene sus cortapisas; se controla el poder mediante el principio de legalidad: la función punitiva, la actividad del Estado en este sentido, ya no es ilimitada sino que previamente debe estar abroquelada por normas, o sea por el derecho objetivo; se controla el ejercicio de la actividad punitiva a través de la separación de poderes, pues ya nadie puede ejercerlo solo de manera ilimitada; de ahí la necesidad de la magistratura y la prohibición de la interpretación por parte del juez, lo que era razonable en su tiempo, dado que en "Antiguo Régimen", el juez no estaba sujeto a normas y podía resolver según la "opinión de los doctores";

41 *Francesco Carrara, Opúsculos de derecho criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1977, t. 4, págs. 17 y 18.

control del poder impidiéndole el abuso de la tortura y de la pena de muerte, con la publicidad de las pruebas y de los juicios, en fin, con la exigencia de la proporción entre la pena y el daño causado por el delito.

Esta preocupación por el control del poder fue el principio político fundamental de la Escuela Clásica, como herederos que eran sus autores del demoliberalismo penal iniciado por *Beccaria*; así, cuando *Francisco Carrara* en su *Programa de derecho criminal* dice que misión de la ciencia del derecho criminal es moderar los abusos de la autoridad en el desarrollo de tres grandes temas, "en la prohibición, en la represión y en el juicio"[42].

Muchísimos años más tarde vemos la misma preocupación por el control del poder en un pensador de la talla de *Welzel*, quien contribuye a la secular polémica entre positivismo jurídico y jusnaturalismo, con su teoría de las "estructuras lógico-objetivas" diciendo de manera contundente: "El legislador no es en manera alguna omnipotente y está ligado a determinados límites, dados en la materia del derecho. Encontrar y llevar al conocimiento estos límites, es la misión científica del derecho penal"[43].

¿Qué significa lo anterior? Si el derecho penal, entendido como función punitiva es un instrumento de control social (al lado de otros como la educación, la cultura, la religión, etc.), el derecho penal como derecho objetivo, la norma positiva, debe servir de dique o control que señale las órbitas de intervención del Estado; como nos lo ha dicho *Alessandro Baratta* de viva voz: *siempre será preferible la pena con ley a la pena sin ley*; empero, esto no basta, como lo destaca la constante preocupación de este autor, porque también la ley puede ser oprobiosa.

---

42 *Francesco Carrara, Programa de derecho criminal*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 3; en relación con este autor puede verse mi trabajo *El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara*, Bogotá, Edit. Temis, 1988; luego se ha venido publicando como *Grandes corrientes del derecho pena, Escuela Clásica.*

43 *Hans Welzel, Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1956, págs. VII y ss.

De lo anterior se sigue que no podemos parificar Estado republicano o Estado de Derecho con Estado de leyes; de aquí la necesidad de ir más allá de la ley como *límite formal*, y buscar el establecimiento de *límites materiales* que el legislador no debe traspasar:

— el concepto del derecho penal como último instrumento al cual se acuda y en la menor medida posible, *ultima ratio*;

— el principio de que el derecho penal es protector de bienes jurídicos comunitarios y no de una clase o casta en particular;

— el principio de la dignidad de la persona humana;

— límites derivados de los estados culturales actuantes en cada ámbito de civilización;

— límites surgidos de los tratados internacionales sobre derechos humanos, estos tomados como barrera de contención del poder, para que el Estado al sancionar el crimen, no sea él mismo criminal.

Lo anterior, para que no se quiera utilizar el derecho penal como instrumento de solución de conflictos sociales que no puede solucionar;

— para que no tengamos un derecho penal focal o coyuntural dictado al calor de la exacerbación de algún grave pero circunstancial acontecimiento;

— para que el Estado en el uso del derecho penal no sea débil con los fuertes y tirano con los débiles.

Es también tarea de la ciencia del derecho penal encontrar, proyectar y promover tales límites, tómese el concepto de ciencia criminal en sentido amplio (filosofía del derecho penal), o en sentido restringido (dogmática penal). En un estado republicano y democrático, corresponde a ella luchar por una correcta utilización del derecho penal; la ciencia del derecho criminal debe ser un *control del control punitivo*, como contribución para que la democracia sea posible, para que ésta acreciente la libertad y la libertad retroalimente la democracia.

La idea de un derecho penal limitado, controlado, se inscribe dentro del marco más amplio del control del poder en general[44]; y bien, en este contexto, pienso, por ejemplo, en hechos dolorosos nunca olvidan como los sucedidos en Bogotá el 6 y 7 de noviembre de 1985, cuando como producto de la confrontación de dos fuerzas en oposición, de ataque la una, de reacción la otra, al arder nuestro Palacio de Justicia quedaron reducidos a cenizas y a guiñapos (algunos irreconocibles) los más importantes representantes de nuestro poder judicial, siendo sus víctimas preclaros defensores de los principios que esta obra pregona: ¿deberé aquí invocar el recuerdo de *Alfonso Reyes Echandía, Fabio Calderón Botero, Darío Velásquez Gaviria, Pedro Elías Serrano Abadía* y de *Emiro Sandoval Huertas?*. Como dijo el poeta latino: *ningunas lágrimas son suficientes para llorar la pérdida de seres tan queridos!!!*.

Pero con esta perspectiva, el papel del penalista tiene que trascender el estudio del derecho penal como un problema de mera lógica jurídica y tiene que pasar a desempeñar un papel político, en el mejor de los sentidos; sólo ejerciendo la función política que como juristas nos compete, nuestra actividad rebasará la mera consideración de la norma desde el punto de vista formal, para reflexionar sobre lo que ella significa, sobre el papel mismo del derecho en la sociedad como instrumento de promoción social; sólo así el credo demoliberal superará la lucha por el simple reconocimiento formal de las garantías en la ley y se convertirá en instrumento de acción en orden a que se den las circunstancias

44 Ha destacado *Eugenio Raúl Zaffaroni* cómo llegó *Beccaria* a Latinoamérica: fue a través de la importación de algunos códigos europeos importantes que tenían la influencia del autor, sólo que una vez parapetadas en el poder nuestras élites criollas, el autor resultó incómodo por lo que pregonaba sobre el control o límites a ese poder; véase su artículo "*La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo*", en *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, obra que recoge las ponencias y trabajos presentados durante el Congreso Internacional celebrado en Milán en diciembre de 1988 para conmemorar los 250 años del nacimiento de *Beccaria*, Milano, Giuffrè. El trabajo del autor argentino, puede leerse en las págs. 422 a 445.

políticas, sociales y materiales para que el ejercicio de las garantías sea realmente posible.

Todo lo anterior, con la conciencia de que el derecho penal implica normas jurídicas, pero es más que normas jurídicas: es también un instrumento de control social, que depende de unos valores, defiende unos valores y también los promueve. Si esto no se concibe así, entonces nos quedamos en meras palabras; pero las expresiones lingüísticas hay que trascenderlas: una vez dijo *Víctor Hugo*, que no basta con la palabra *Democracia*, se necesita la *humanidad*; no basta con la palabra *República*, se necesita la *libertad*.

Sólo así también al jurista le competerá estar vigilante para cuestionar de manera constante los proyectos y los procesos políticos: así entonces también nosotros preguntaremos si ante el replanteamiento de la opción socialista en el mundo, será cierto que la mejor vía para nuestra angustiosa realidad socioeconómica sea un capitalismo desenfrenado que deja a "los de abajo" a merced de las grandes concentraciones de poder. *Gabriel García Márquez* en *Cien años de soledad* pone en boca de uno de sus personajes la expresión de que en esos tiempos (se refiere a la Guerra de los mil Días), la gente se hacía matar por cosas que no se veían. Pues bien esas cosas que no se ven, son las *ideologías*; no se ven pero son patéticas, actuantes, se reflejan en la realidad: digan si no se ve la ideología del neoliberalismo en las puertas de los hospitales cuando la gente muere por falta de asistencia; que lo digan los que tiritan al sol y al agua, por falta de techo; que lo digan los que no pueden estudiar; todo esto porque ese inhumano sistema económico y político dice que esas no son obligaciones del Estado y que el criterio es la explotación del hombre por el hombre y que la norma es "sálvese quien pueda".

Esta es una concepción dinámica del derecho penal que lo piensa como un elemento inmerso en la problemática social general; pensarlo de otra forma es pervertirlo y reducir la ideología garantista a vana palabrería; si se le concibe como una mera decla-

mación de principios, sin ningún contenido real, en nada contribuirá a la construcción de una sociedad más democrática; entonces, cuando se hable de sociedad pluralista, de una ampliación de la base popular que sustente el poder democrático, de una amplia participación comunitaria en las decisiones del Estado, de la concertación, etcétera, se tratará sólo de meros discursos poéticos; y cuando esto sucede, se desemboca en el totalitarismo; entonces la *discusión* será reemplazada por la *decisión* sin más, y el *debate* se reemplazará por la *orden*, según el pensamiento de *Carl Schmitt*. Entonces vendrá la tiranía y la persecución: se satanizarán las ideas distintas a las nuestras y se demonizará al contrario para legitimar su exterminio. Y esto es cualquier cosa, menos democracia.

Ojalá no ocurra lo anterior pues, a pesar de sus riesgos, la democracia es, en el actual estado de cosas, la mejor opción cuando se trata de defender la dignidad de la persona: y es desde esta perspectiva que queremos hablar de derecho penal.

Hablo aquí de principios demoliberales que no son lo mismo que cohonestación con la delincuencia como piensan quienes tildan de alcahuetas a quienes los sostienen, pero que predican que el procesado no puede ser sancionado más allá de lo que la ley dice ni sometido a procesos sin garantías:

— sólo pedimos que a los hombres no les maceren los testículos y que a las mujeres no les muerdan, arañen o quemen los senos en los interrogatorios;

— tan sólo pedimos que el reo y su abogado puedan conocer y confrontar las pruebas que lo acusan;

— que se pueda conocer y controlar al testigo que acusa y al juez que juzga;

— que se esté alerta frente a los testigos pagados, premiados, o en cualesquiera forma recompensados; traficantes de la libertad de los demás, profesionales del falso testimonio;

— se pide que haya publicidad para que la oscuridad y el secreto no favorezcan la corrupción, la mediocridad, el abuso y el pisoteo de los principios del debido proceso.

Donde las cosas sucedan así, como vengo de decir, podrá haber ley, pero ley tiránica y entonces no hay Estado de derecho. Recordemos a *Elías Díaz*, leamos su amonestación: "Cuando faltan garantías procesales, cuando los detenidos y procesados no son respetados, cuando hay amplias zonas de la actividad pública a las que injustificadamente no llegan los recursos jurídicos, cuando el poder político se inmiscuye bajo formas diferentes en la actuación de los tribunales, cuando las jurisdicciones especiales actúan con demasiada frecuencia en sustitución de la jurisdicción ordinaria, etc., puede decirse que no existe en modo alguno Estado de Derecho"[45].

Entonces hablo aquí de la necesidad de una administración de justicia digna; independiente de los poderes legislativo y ejecutivo, pero tampoco enemiga de ellos; independiente de los grupos de presión económica y de la "opinión pública" que generalmente es sólo la opinión de los que tienen la posibilidad económica para poseer medios de comunicación con capacidad para influenciarla;

— hablo de jueces que no sólo constaten la *legalidad* de la ley que aplican sino que también reflexionen en la *legitimidad* del mandato legal y en la legitimidad de su quehacer profesional como un eslabón en el proceso del poder;

— hablo de una justicia actuante y eficaz, para que no tengan razón los que piensan que nuestra justicia es una "justicia de 3 ps": plata, prensa y plomo;

— hablo de una justicia que concrete la manifestación del Estado como monopolio exclusivo y excluyente de la fuerza y deslegitime la "justicia" privada;

Hablo aquí, de principios demoliberales con sensibilidad social, que se inquietan cuando existen caballos que se alimentan a base de huevos con zanahoria, mientras a los humanos les corroe las entrañas la hambruna; que no acepten que existan clínicas y salones de belleza para perros cuando hay ancianos

45 *Elías Díaz, Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Ed. Taurus, 1.988, pág. 35.

desvalidos; que no soporten que existan guarderías para perros mientras muchas madres deben dejar a los hijos encerrados en sus ranchos para ir a ganar el pan, para regresar en la noche, a veces sólo a encontrar cenizas; o cuando los niños duermen en las calles, tiritando de frío, en noches eternas: sólo a la aurora, al despuntar el día, los besa el tibio sol, él sí compasivo, que se asoma entre los cerros, ilusionándolos con que este día será mejor ... Y ya es mucho si amanecen vivos, porque la inhumanidad ha llegado a tal extremo que en nuestras calles y extramuros han quedado tendidos, asesinados, centenares de indigentes; a otros se les mató ¡para que los estudiantes de medicina aprendieran en ellos anatomía!; ¡qué "práctica" manera de acabar con la pobreza!; porque (ah!, los peligros del lenguaje), se les comenzó a llamar "desechables", para anestesiar y mejor exterminar, para mancillar su dignidad, ¡violando mínimos derechos humanos! Bellacos: ¡debieran saber que también los animales parecen tener sensibilidad instintiva y que el sentimiento y la piedad reflexiva y con sentido caracterizan al hombre!

Hablo aquí de derechos humanos y de dignidad; hablo de una concepción de la persona en la que el Hombre sea fin y nunca medio; como lo sostuvo primero *Beccaria* y luego *Kant*[46].

Hablo de rechazar que el Hombre pueda ser tomado sólo por el aspecto funcional; ¡pero en nuestro medio se mata a un indigente, a un comerciante, a un soldado o a un policía y nada pasa!: sólo se tiene en cuenta, su rol, su función; y entonces se engancha otra unidad humana para que reemplace al muerto y no importa ya la viuda que añora, ni los huérfanos que quedan sin pan y, sobre todo, sin besos y caricias; ¡pero el mundo sigue su curso...!

46 De *Beccaria*, puede leerse en esta obra: "no hay libertad allí donde las leyes permiten que en determinadas circunstancias el hombre deje de ser *persona* y se convierta en *cosa*"; *Kant*, en *Principios metafísicos del derecho*, cit., pág. 171, sentenció: "Jamás un hombre puede ser tomado como instrumento de los designios de otro, ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real".

Hablo aquí de una democracia real para que la intolerancia no prevalezca entre nosotros: porque aquí se nos enseña a amar a los amigos, pero no se nos enseña a respetar al que no lo es; y entonces, ¿dónde está la gracia? No es mayor mérito que amemos y consideremos a nuestros amigos, precisamente por eso, porque son nuestros amigos: de lo que se trata es de respetar al otro, a quien no piensa como nosotros. Qué cosas tan raras predicó *Jesús de Galilea:* perdonar, amar a los enemigos; bienaventurados los pobres, y los justos, y los perseguidos...!!!

Hablo de una democracia que se identifique con la tolerancia; que nos enseñe a no amar demasiado la verdad, ¡vaya paradoja!; amar demasiado la verdad puede ser peligroso, en la medida que nos obstinemos en pensar que fuera de nuestra posición "no hay salvación"; en la medida que nos volvemos sectarios con el contrario: nadie nos garantiza que tengamos la verdad; a veces tan sólo tenemos *nuestra* pobre verdad.

Hablo entonces de principios demoliberales que admitan las opciones pluralistas en materia política sin rígidos abroquelamientos en posiciones hegemónicas y mesiánicas, propias de los totalitarismos de izquierda y de derecha que excluyen cualquier tipo de disenso así sea el de la mera expresión de ideas contrarias a las de quienes dominan, muchas veces sólo parapetados en la fuerza y en el terror.

Reclamamos la construcción de una sociedad democrática y más justa, que combata las causas objetivas que generan la agresividad para que no tengan razón los que piensan que nuestra violencia no se acaba porque es una violencia productiva: para los que trafican con armas, para los que hacen de la guerra una profesión o género de vida, para los que engordan con el sufrimiento de los desposeídos de las tierras que las abandonan cansados del fragor de dos fuegos cruzados: el oficial y el particular.

Cuando miramos la doliente realidad de nuestros países latinoamericanos; nos convencemos de lo mucho que hay para cambiar y de la gran responsabilidad social del jurista.

Desde luego, aquí es necesario ir con pies de plomo: digo que un tal derecho penal, así entendido, es instrumento de cambio social progresista, pero tampoco hay que creer que sea él el sólo instrumento para transformar la realidad: no debe creerse que una tal concepción sea la caja mágica de donde surjan las soluciones a todos los males que desgarran las entrañas del noble pueblo de Colombia y de Latinoamérica; quienes por falta de claridad teórica o por mala intención le pretendan achacar semejante tarea, encontrarán más frustraciones aún.

Y una observación adicional: habrá que tener conciencia de que la lucha es dura y larga; y por esto no hay que pecar tampoco de ingenuidad para creer que las cosas se van a dar de la noche a la mañana; tenemos que aceptar que la realización de los modelos o paradigmas, en nuestro caso el republicano, democrático y social, será siempre relativa: nunca se darán en forma absoluta; precisamente de lo que se trata es de luchar de manera cotidiana por su realización: tal es el papel que desempeña la utopía: señalar programas de acción.

En la anterior perspectiva, nadie que acepte que el problema no es sólo de *ciencia* sino también de *conciencia*, nadie que acepte esto, puede excusarse de cumplir su función, tóquele en el lugar que le tocare; como en la "oración del ladrillo" de *Michel Quoist*; el mundo ve los ladrillos de arriba que brillan con el sol, pero nadie piensa en los ladrillos de abajo que lamosos y en la oscuridad, sostienen a los otros desde su lugar; y sin embargo, son los que hacen posible la edificación. O sea: la idea de la construcción de una sociedad más democrática, debe ser una idea de acción permanente y cotidiana; también en la vida personal en la que no puede haber actitudes autoritarias que pugnen con la tolerancia que se predica para la coexistencia social; también en el campo del trabajo y en el decurso normal de la existencia, de profesor o de estudiante por ejemplo; así, si el profesor no admite el disenso y la confrontación de ideas, si es autoritario en la exposición del pensamiento, aupa el autoritarismo y aplasta la democracia; y si acepta una revisión de exámenes y dialoga sobre la forma de

evaluación, contribuye a que la vida de las personas con las que se relaciona, los estudiantes, se desenvuelva en un ambiente participativo y democrático.

Sólo aquel que comienza el cambio por sí mismo en su ser interior antes que exigirlo de los demás, podrá ser también humilde en el ejercicio del poder para ejercerlo en relación con los otros; y entonces quien ejerza autoridad tratará a los demás como quisiera que los demás la ejercieran en relación con sus bienes y con su familia; entonces ejercer el poder será cuestión de servicio y no medio de figuración o de enriquecimiento ilícito; y el poder poco o mucho que se tenga, no envanecerá y no se ejercerá con soberbia sino pensando que hoy es y mañana no, que es veleidoso, frágil y pasajero...

En pocas palabras, la construcción de una sociedad mejor comienza por el replanteamiento y la reconstrucción de nuestras propias actitudes existenciales y por el cambio en nuestros propios corazones...

Sólo así, como dijera el cantor contribuiremos a construir un

"puente interminable hacia la dignidad,
para que pasen,
uno por uno,
los hombres humillados de la Tierra" (*R. Sossa*).

Y bien: hablo del porqué de una edición de esta obra con referencia a Latinoamericana; entonces ahora quizá comprendemos mejor su sentido:

Es necesario dar un contenido concreto y actuante a las expresiones lingüísticas que aluden a la libertad, a la dignidad, a los derechos humanos; porque aquí no nos podemos engañar: debemos saber que la armazón argumentativa intelectual de otros contextos culturales, el europeo por ejemplo, tenemos que replantearla para nuestra distinta y punzante realidad.

Nuestro mundo lo tenemos que comprender desde nuestra historia latinoamericana y con la mira del futuro por construir;

por tal razón los textos foráneos, si llegaren a ser necesarios, hay que referirlos a las situaciones de aquí, social y físicamente diferentes: nuestro contexto es "macondiano":

— nosotros tenemos árboles fastuosos sin hojas pero plenos de flores multicolores: lo llamamos Guayacán...

— otros combinan el verde intenso y el múrice;

— nuestros llanos al caer el sol en el horizonte parecen arder en llamas;

— a veces en nuestras praderas, hay árboles que semejan bolas de nieve, bajo un sol calcinante: son las garzas que se posan por millares;

— aquí tenemos ríos que en ocasiones ¡corren hacia arriba!

Así como no podemos decir que sea superior una manzana que una guayaba, sino que ambas son como tales hermosas, así decimos que no somos menos que los europeos; sólo que nuestros problemas son específicos a nuestras circunstancias: ¡Latinoamérica transita por el camino de la esperanza!, ¡nosotros transitamos por el camino de la esperanza!

Este es el mensaje que creo encontrar en *Beccaria*: el rechazo de la tiranía contra el individuo y la opción por una perspectiva garantista y humanitaria en el derecho penal; la fraternidad, la igualdad y la solidaridad; precisamente, la persona a la que transidos de pesar recordamos con la dedicatoria, *Luis Fernando Vélez Vélez*, había hecho de las ideas demoliberales un credo y de su vida toda, un programa de lucha por la existencia humana digna, a pesar de los riesgos que a la postre se hicieron efectivos y de los cuales era consciente; sin embargo, no le importó, porque había hecho suyo el siguiente pensamiento:

"Si sosteniendo los derechos de los hombres y los de la invencible verdad, contribuyese a arrancar de los espasmos y de las angustias de la muerte a alguna víctima infortunada de la tiranía o de la ignorancia, igualmente fatales, las bendiciones y las lágrimas de un solo inocente,

en los transportes de su alegría, me consolarán del desprecio de los hombres".

Sí, ¡son palabras de este áureo libro! El amigo que partió para "el viaje de donde no se vuelve", insisto, las hizo suyas porque había hecho de la solidaridad la virtud que dirigía todos los pasos de su vida, digo mal, de su existencia. Y es que sólo el amor a la humanidad, salvará a la humanidad misma:

Si la solidaridad no existe, seremos indolentes ante el dolor de los demás, y se acaba la confrontación y la vigilancia del poder; y la indiferencia frente a los problemas de la libertad, nos llevará al descuido; y tarde o temprano tendremos que decir parodiando a *Brecht*:

— Primero vinieron por los guerrilleros y nada dije, porque yo no era guerrillero;

— Luego vinieron por los "narcos" y yo nada dije porque yo no era "narco";

— Y luego, por los comunistas, y nada dije porque yo no era comunista;

— Y luego vinieron por los liberales, y por los disidentes, y por los contestatarios, y por los defensores de derechos humanos, y por los conservadores, y así sucesivamente;

— Yo me quedé en silencio: yo no pertenecía a esos grupos.

— Luego vinieron por mí y ya no había nadie para que protestara.

Sólo la solidaridad nos llevará a pensar que el sufrimiento del más humilde de los seres humanos, en cualesquiera parte del mundo donde él se produjere, nos lastima también a nosotros: hacemos parte del continente humano. Como en el pensamiento de *John Donne*:

> *Cuando repiquen las campanas, no preguntes por quién doblan las campanas: lloran por otro y también lloran por ti.*

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CESARE BECCARIA

DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS

250 AÑOS

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

"En las cosas difíciles, cualesquiera que sean, no hay que esperar que uno mismo siembre y coseche, sino que se necesita la preparación para que los frutos lleguen a madurar por grados". Bacon

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

Nota a las notas. Reitero, he puesto notas al texto de *Beccaria*, algunas veces para clarificar el pensamiento del autor, a menudo oscuro, como él mismo lo reconocía a su traductor al francés, abate *Morellet;* otras para señalar los derroteros trazados por él y retomados por la discusión penal y procesal posterior; al fin y al cabo, como ocurre con los "Textos Clásicos", diversas corrientes del derecho penal se reclaman sus herederos; las acompaño de una breve bibliografía para que el lector pueda profundizar en el contexto histórico o doctrinario de las tesis expuestas en *De los delitos y de las penas.*

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Al lector[1]

Unos cuantos restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador, hechos compilar por un Príncipe que hace doce

1 Estas palabras aparecen a partir de la segunda edición y se explican así: apareció el libro en julio de 1764 en Livorno, de manera anónima; y ya en agosto había suscitado la reacción de los Inquisidores de Estado de Venecia, quienes lo fulminaron de inmediato; esto, sobre todo por los párrafos de la obra a propósito de las denuncias secretas, Capítulo IX; el 15 de enero de 1765, el monje *Angelo Fachinei*, escribió un libelo, *Note ed osservazioni sul libro "Dei delitti e delle pene"*, acusando al autor de blasfemo y sedicioso; así lo ataca: "Este libro, de tan pequeñas dimensiones abunda, pese a ello, en largas e inútiles invectivas contra los legisladores y contra los principios, tanto eclesiásticos como seculares, especialmente contra el Sagrado Tribunal de la Inquisición, y contiene todos los errores más enormes y más sediciosos blasfemados hasta ahora contra las soberanías y contra la religión cristiana por todos los herejes más impíos y por todos los irreligiosos antiguos y modernos". En el fondo, lo que chocaba al monje eran las ideas *igualitarias* y *utilitarias* de las que partía *Beccaria*, al cual llamaba de manera sarcástica *"el Rousseau de los italianos"*. A este escrito alude nuestro autor cuando poco más adelante habla de las "mal dirigidas críticas contra este libro". Conocida la crítica de *Facchinei*, de inmediato, en escasos cinco o seis días, los hermanos *Pietro* y *Alessandro Verri*, redactaron un escrito, *"Risposta ad un scrito che s'intitola Note ed ossevazioni sul libro Dei delitti e delle pené"*; había que apurarse, pues la Inquisición de Venecia era temible: no descartaba ningún medio, ni el veneno, ni los sicarios. Por esto ahora *Beccaria* se apresta a reiterar su fidelidad a su soberana, que lo era *María Teresa de Austria:* su libro, dice, "lejos de menoscabar la autoridad legítima, servirá para acrecentarla": entonces no era sedicioso; de otra parte, veremos que distinguiendo distintos órdenes de regulación de la conducta, la revelación, la ley natural y las convenciones, clarificaba que él se circunscribía al ámbito de lo social (o sea al delito), dejando lo relacionado con el vicio y la virtud a otros órdenes: así se escapaba de la acusación de blasfemo. Ver: *Ferdinando Facchinei, Notas y observaciones sobre el libro titulado De los delitos y de las penas*, en *De los delitos y de las penas*, edición de Bruguera, cit., pág. 217 y siguientes; la cita concreta, en página 229; *César Cantú*, en *Becaria e il diritto penale*, Firense, G.Barbéra, Editore, 1862, página 53 y siguientes; *Gianfranco Torcellan*, en *Cesare Beccaria a Venezia*, en *Rivista storica italiana*, 1965, III, pág. 720 y siguientes.

siglos reinaba en Constantinopla[2], entremezclados luego con

2 Se refiere a *Justiniano:* a la muerte de su tío *Justino,* en las calendas de agosto de 527 después de Cristo, quedó como emperador de oriente; el imperio romano de occidente estaba en manos de los bárbaros: vándalos y godos, en España; francos, borgoñones y visigodos en las Galias; Italia en poder de los ostrogodos: sólo subsistía el imperio de Constantinopla, conocida también como Bizancio; aquí había luchas internas, los contrincantes se distinguían por los colores blanco, rojo, azul y verde; *Justiniano* era de los azules y masacró a los verdes que atentaron contra él: más de treinta mil murieron en 532.Según *Ortolán,* la obra de Justiniano fue importante en los ámbitos de la guerra, de la arquitectura ("Salomón, te he vencido", habría exclamado cuando construyó la basílica de Santa Sofía), y en el campo jurídico. Aquí se propuso superar el caos: estaban los plebiscitos, los senado-consultos, los edictos de los pretores, los libros de los profesores de derecho, etc.; se trataba de hacer orden y recopilar: aunque sólo fuese por esta empresa, merece un puesto importante en la historia: la obra general se conoce como *Corpus Juris Civilis;* el *Codex* y el *Digesto* o *Pandectas* son resultados de esa obra de recopilación; luego vinieron las *Instituciones,* una especie de manual, con las materias más importantes, sobre todo para uso de los estudiantes de derecho. Lo que hace el emperador es poner orden en el mare mágnum del derecho existente desde la fundación de Roma; también se destaca la organización de la enseñanza del derecho. *Justiniano* murió en el año 565 a los 84 años; reinó 39; su obra tuvo decisiva influencia en la civilización europea; por esto no parece acertado el juicio de *Filangieri:* refiriéndose a lo que se denominaba legislación de Europa, decía que "estaba compuesta de las leyes de un pueblo antes libre y después esclavo, compiladas por un jurista perverso en tiempo de un Emperador imbécil..."; en el juicio del autor napolitano, parece haber influido el concepto que sobre *Justiniano* emitió *Montesquieu:* "Su mala conducta, sus prodigalidades, sus vejaciones, sus rapiñas, su furor de destruir, de alterar, de reformar; su inconstancia en propósitos, un reinado duro y débil, que llegó a ser más molesto por una prolongada vejez, fueron desgracias reales, mezcladas con ventajas inútiles y una gloria". Todavía más, le reprocha que hubiera tomado por esposa a una mujer "que se había prostituido por mucho tiempo", la que sería la emperatriz *Teodora,* y haber cogobernado con ella; ver: *Instituciones de Justiniano,* Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1976, con nota previa sobre *Justiniano* y las *Institutas,* por *M. Ortolán;* también de este au-

ritos longobardos y recogidos en farragosos volúmenes por unos particulares y oscuros intérpretes, forman la tradición de opiniones que una gran parte de Europa llama todavía leyes; y es tan funesto como corriente en el día de hoy, que una opinión de *Carpsovio*, un uso antiguo indicado por *Claro*, un tormento sugerido con iracunda complacencia por *Farinaccio*, sean las leyes a las que con seguridad obedecen quienes temblando debieran regir las vidas y las fortunas de los hombres[3]. Esas leyes, que son

tor, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, precedida de La historiad de la legislación romana*, Madrid, Hijos de Leocadio López, 1912, página 415 y siguientes; *Percy Neville Ure*, en el libro *Justiniano y su época*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, especialmente el capítulo VII; *Filangieri*, en *Ciencia de la legislación*, París, Librería Española de Lecointe, Tercera Edición, 1856, t. 2, pág. 157; *Montesquieu*, en *Considérations sur les causes de la grandeur des romains et de leur décadence*, en *Oeuvres complétes de Montesquieu*, París, Chez Firmin Didot Frères, Libraires, 1838, pág. 177.

3 *Carpzovio*, jurisconsulto de Alemania, nació en 1595 y murió 1666; *Claro*, jurista italiano, del Piamonte, nació en año 1525 y murió en 1575; *Farinaccio*, de Roma , nació en 1544 y murió en 1618; notemos el concepto negativo que de ellos tenía *Beccaria*. Anota, sin embargo, *Constancio Bernaldo de Quiros*, que el verdaderamente cruel fue *Carpzovio* de quien se cuenta que se jactaba de haber pronunciado más de 20.000 condenas a muerte y de haber leído todas las Sagradas Escrituras más de 50 veces !!!; por el contrario, *Farinaccio*, con su tesis del delito continuado, habría salvado otras tantas vidas: el tercer hurto acarreaba la pena de muerte; según él, los varios hurtos, con unidad de designio (y otras condiciones que no es del caso explicar ahora), se consideraba uno solo; *Carrara*, destaca la importancia de la labor de los llamados *Prácticos*, pues ellos marcaron progresos en su tiempo; no se alzaron contra la ley pero trataron de morigerarla, "probaron hábilmente a eludirla y a despuntar las garras de la fiera que no tenían esperanza de matar"; favorable a tales *Prácticos*, también se muestra *Jean Graven;* según éste, ellos describían esos tormentos en la convicción , entonces general, de que el principio de la intimidación así lo reclamaba, "y porque precisando sus formas se impedía, precisamente, que los jueces, de manera arbitraria, pudieran sobrepasarlas y hacerlas más atroces todavía". En relación con el texto de *Beccaria*, expre-

un vertedero de los siglos más bárbaros, se examinan en este libro en la parte de ellas que atañe al sistema criminal; y sus desórdenes nos atreveremos a exponer a los directores de la felicidad pública en un estilo que aleja al vulgo no ilustrado e impaciente. La ingenua investigación de la verdad, la independencia respecto de las opiniones vulgares con que se ha escrito esta obra, es un efecto del suave e ilustrado gobierno bajo el que vive el autor. Los grandes monarcas, los benefactores de la humanidad que nos rigen, gustan de las verdades expuestas por el oscuro filósofo con un vigor sin fanatismo, suscitado sólo por quien sirve a la fuerza o al engaño, y rechazados por la religión; y los desórdenes presentes, para quien examine bien todas las circunstancias, son la sátira y la reprobación de las edades pasadas, no ya de este siglo ni de sus legisladores actuales.

Quien quiera honrarme con sus críticas, comience, pues, por comprender bien el fin a que esta obra se dirige; fin que, lejos de menoscabar la autoridad legítima, serviría para acrecentarla[4],

---

sa *Calamandrei* que al parecer el autor italiano no tenía profundo conocimiento textual de estos juristas, "ni tuviese idea de la profunda renovación de todo el sistema jurídico que había sido operado por la doctrina del derecho común". Ver: *Bernaldo de Quiros*, su estudio preliminar a la edición de *De los delitos y de las penas*, citado, págs 22 y 23; *Jean Graven*, en *Le libre "Des délits e des peines" et son influence en Suisse*, en *Secondo centenario della publicazione dell'opera "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1965, nota 11, página 87; *Calamandrei*, *De los delitos y de las penas*, edición de EJEA, cit., nota 3, pág. 84.

4 Notemos de nuevo las manifestaciones de respeto que *Beccaria* expresa por la autoridad; él de manera sincera expresa sus condicionamientos a su traductor al francés, el abate *Morellet*, en carta de respuesta de 26 de mayo de 1766; reconoce que cuando escribía la obra en comento, escuchaba las cadenas que aprisionaron a *Maquiavelo*, a *Galileo* y a *Giannone*. También *Helvetius* en su obra *Del Espíritu*, que tanto habría de influir en *Beccaria*, expresaba sus temores: "No garantizo de mi obra más que la pureza y la rectitud de mis intenciones. Sin embargo, por seguro que se esté de las propias intenciones, los gritos de la envidia son tan favorablemente escuchados y sus frecuentes declamaciones son tan apropiadas para seducir

pues más que la fuerza puede en los hombres la opinión, y la suavidad y humanidad la justifican a los ojos de todos. Las mal dirigidas críticas publicadas contra este libro se fundan en nociones confusa, y me obligan a interrumpir por un instante mis razonamientos a los ilustrados lectores, a fin de cerrar de una vez para siempre el paso a los errores de un celo timorato o a las calumnias de la maligna envidia.

Tres son las fuentes de donde derivan los principios morales y políticos, reguladores de los hombres: la revelación, la ley natural y las convenciones que forman la sociedad[5]. No hay parangón entre la primera de ellas y las otras dos en orden al principal de sus fines; pero se asemejan en que todas ellas conducen a la felicidad de esta vida mortal. Considerar las relaciones de la última no es excluir las relaciones de las dos primeras; antes bien, puesto

a las almas más honradas que esclarecidas, que no se puede escribir, por así decirlo, más que temblando. El desaliento en el cual imputaciones a menudo calumniosas han arrojado a los hombres de genio parece ya presagiar el retorno de los siglos de ignorancia". Ver, *Del Espíritu*, Madrid, Editora Nacional, 1983, pág.86. Este autor fue muy importante en la formación de *Beccaria;* en efecto, en la carta ya mencionada al abate *Morellet*, después de hablarle de la influencia que en su pensamiento tuvo *Montesquieu*, le expresa: "La segunda obra, que dio la última mano a la revolución operada en mi entendimiento, es la de M. Helvetius. Él es el que me ha indicado el camino de la verdad, y que ha despertado el primero mi atención sobre la ceguedad y las desgracias de la humanidad. La mayor parte de mis ideas, son debidas a la lectura del *Esprit*". Ver: la carta de *Beccaria* a *Morellet*, en la edición de *De los delitos y de las penas*, de editorial Heliasta citada, página 229 a 231.

5 Esta distinción, fue trazada por los grandes autores del jusnaturalismo racionalista, *Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Christian Thomatius, Hobbes, Locke*, etc.; y será la base de la defensa de *Beccaria* frente a las acusaciones de blasfemia: él se ocupa de las relaciones de los hombres entre sí, de las violaciones al pacto; de las relaciones del hombre con Dios, del pecado y su castigo, se ocupan otros órdenes de regulación. La consideración de los diversos órdenes de regulación de la conducta humana, tendrá máxima aplicación en el Capítulo XXXVII, *De un género particular de delitos*, cuando el autor va a hablar veladamente de la Inquisición.

que aquéllas, aunque divinas e inmutables, fueron por culpa de los hombres alteradas de mil modos en la mentes depravadas por las falsas religiones y las arbitrarias nociones de vicio y de virtud, parece necesario examinar, al margen de toda otra consideración, lo que nace de las meras convenciones humanas, expresas o supuestas por la necesidad y utilidad común; idea ésta en que toda secta y todo sistema de moral debe convenir necesariamente; y será siempre laudable empresa la que mueve también a los más perspicaces e incrédulos a conformarse con los principios que inducen a los hombres a vivir en sociedad. Hay, pues, tres clases distintas de virtud y de vicio: la religiosa, la natural y la política. Estas tres clases no deben estar nunca en contradicción entre sí; pero no todas las consecuencias y los deberes que resultan de una de ellas, resultan también de las otras. No todo lo que exige la revelación, lo exige la ley natural; ni todo lo que exige ésta, lo exige la mera ley social; pero es importantísimo separar lo que resulta de esta convención, es decir, de los pactos expresos o tácitos de los hombres, puesto que tal es el límite de la fuerza que legítimamente se puede ejercer de hombre a hombre, sin una misión especial del Ser Supremo. Por consiguiente, la idea de la virtud política se puede llamar sin dificultad variable; la de la virtud natural sería siempre límpida y manifiesta si la imbecilidad o las pasiones de los hombres no la oscureciesen; la de la virtud religiosa es siempre una y constante, como revelada que ha sido inmediatamente por Dios y conservada que es por él.

Sería, pues, un error el atribuir a quien habla de convenciones sociales o de las consecuencias de ellas, principios contrarios a la ley natural o a la revelación, toda vez que no habla de ellas. Sería un error atribuir a quien, hablando del estado de guerra anterior al estado de sociedad, lo tomase en el sentido hobbesiano, esto es, en el de ningún deber y de ninguna obligación, en vez de tomarlo por un hecho nacido de la corrupción de la naturaleza humana y de la falta de una sanción expresa. Sería un error imputar delito en un escritor que considera las desviaciones del pacto social, que no las admitiera con anterioridad a ese mismo pacto.

La justicia divina y la justicia natural son, por su esencia, inmutables y constantes, pues la relación entre dos mismos objetos es siempre la misma; pero la justicia humana, o sea, la política, al no ser más que una relación entre la acción y el estado variable de la sociedad, puede variar a medida que viene a ser necesaria o útil a la sociedad aquella acción, lo cual sólo comprenderá bien quien analice las complicadas y mutabilísimas relaciones de las combinaciones civiles. Tan pronto como se confundan estos principios, esencialmente distintos, no habrá ya esperanza de razonar bien en las materias públicas. 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 los justo y de los injusto en política, es decir, de lo útil y de lo perjudicial a la sociedad, corresponde al publicista: sin que un objeto pueda nunca perjudicar al otro, pues cualquiera puede ver hasta qué punto debe la virtud puramente política supeditarse a la inmutable virtud emanada de Dios.

Quien quiera, repito, 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 ésos mis principios; y en vez de suponerme incrédulo o sedicioso, procure encontrarme ilógico o mal político; no tiemble a cada proposición que sostenga los intereses de la humanidad; convénzame de la inutilidad o del daño político que pudiera nacer de mis principios; hágame ver la ventaja de las prácticas tradicionales. He dado testimonio público de mi religión y de mi sumisión al soberano con la respuesta a las Notas y observaciones, y el responder a ulteriores escritos de la misma índole, sería superfluo. Pero quien escriba con el decoro que condice a hombres honestos y con las luces que me dispensen de probar los primeros principios del carácter que fueren, encontrará en mí, no tanto a un hombre dispuesto a responder, cuanto a un pacífico enamorado de la verdad[6].

6 Estas manifestaciones de sumisión al poder civil y de respeto a la religión, no fueron obstáculo para que la Congregación del Índice lo incluyera en el *Index librorum prohibitorum;* el 3 de febrero de

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

1766 se decretó la "condena eclesiástica", aunque todavía figuraba con autor anónimo; aunque al principio sólo se le incluyó en los suplementos del *Index*, apareció ya en la lista general en 1786, edición promovida por *Pío VI;* ver, *Mario Pisani, Cesar Beccaria y el index librorum prohibitorum,* en la revista *Eguzkilore,* número 25, San Sebastián, diciembre del año 2.011, pág. 135 a 145, especialmente, página 139.

Capítulo I—Introducción

Los hombres abandonan de ordinario sus más importantes asuntos a la prudencia cotidiana, o a la discreción de aquellos cuyo interés está en oponerse a la leyes más previsoras, que por naturaleza hacen universales las ventajas, y resisten al esfuerzo, por lo que tienden a condensarse en pocos, poniendo a una parte la suma del poder y de la felicidad, y a otra toda la debilidad y la miseria. Por eso, sólo después de haber pasado a través de mil errores en las cosas más esenciales para la vida y la libertad, tras la molestia de sufrir los males llegados al extremo, se ven inducidos a remediar los desórdenes que les oprimen y a reconocer las más palmarias verdades; las cuales precisamente escapan por su simplicidad a las mentes vulgares, no habituadas a analizar los objetos, sino a recibir sus impresiones de golpe más por tradición que por examen.

Abramos las historias, y veremos que las leyes, que son, o debieran ser, pactos de hombres libres, no han sido por lo común más que el instrumento de las pasiones de unos pocos o nacieron de una fortuita y pasajera necesidad[7];

7 A lo largo de la obra, insistirá *Beccaria* en que la ley no puede estar al servicio de una minoría en contra de la generalidad de la comunidad; particularmente, en el Capítulo XVI, *De la pena de muerte*: "Quién ha hecho esas leyes?. Hombres ricos y poderosos...";

no fueron dictadas por un frío examinador de la naturaleza humana que concentrase en un punto las acciones de una multitud de hombres y las considerase desde ese punto de vista: la máxima felicidad compartida por el mayor número[8]. Felices aquellas poquísimas naciones que no aguardaron a que el lento movimiento de los azares y de las vicisitudes humanas llevasen las cosas al extremo del mal, para encauzarlas después al bien, sino que aceleraron con buenas leyes las fases intermedias; y merece la gratitud de los hombres el filósofo que tuvo el valor de lanzar a la multitud, desde su oscuro y despreciado gabinete, las primeras semillas, largo tiempo infructuosas, de las útiles verdades.

Se han conocido las verdaderas relaciones entre el soberano y los súbditos, así como entre las diversas naciones; el comercio se ha animado a la vista de las verdades filosóficas divulgadas por la prensa; y se ha declarado entre las naciones una guerra tácita de industria, la más humana y la más digna de hombres razonables. Estos son los frutos que se deben a la luz de este siglo. Pero poquísimos han exami-

---

al contrario, la ley debe buscar un equilibrio entre los distintos intereses sociales. Debemos recordar que *Santo Tomás de Aquino*, definía la ley como "cierta ordenación al bien común promulgada por aquel que tiene a su cargo una comunidad": *Tratado de la ley*, México, Editorial Porrúa, 1975, pág.7; en la página 5 dice: "es necesario que la ley propiamente se dirija a la felicidad común".

8 Dice *Calamandrei* en la nota 1, página 92 de la edición de EJEA citada, que *Beccaria* "fue el primero en formular en estos términos este principio"; *Rodolfo Mondolfo* afirma que con esta fórmula, *Beccaria* se adelanta a *Bentham*. Hay en el autor italiano una fusión de las tesis contractualistas de *Locke* y de *Rousseau*, con el utilitarismo de *Helvetius*. Éste dice en la obra *L´esprit* citada: "El público no es más que el conjunto de todos los individuos particulares; por consiguiente, nunca puede tomar más que su utilidad como regla de sus juicios": cit. pág. 131; *Rodolfo Mondolfo*, en *Cesare Beccaria y su obra*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1946, página 27.

nado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, parte de legislación tan principal, y tan descuidada en casi toda Europa; poquísimos los que, remontándose a los principios generales, deshicieron los errores acumulados de varios siglos, frenando por lo menos, con la sola fuerza que tienen las verdades conocidas, el excesivamente libre curso de la mal dirigida potencia, que ha dado hasta ahora un amplio y autorizado ejemplo de fría atrocidad[9]. Y, sin embargo, los gemidos de los débiles, sacrificados a la cruel ignorancia y a la rica indolencia, los bárbaros tormentos multiplicados con pródiga e inútil severidad, por delitos o no probados o quiméricos; la sordidez

9 Crítica y propuesta, son notas esenciales de la obra de *Beccaria*: *crítica* del sistema de justicia real entonces existente, crítica del Sistema Inquisitorial en el procedimiento, crítica de los rezagos de los Juicios de Dios; *propuesta* de un nuevo sistema penal basado en el contractualismo. Se extraña el autor que un tema tan importante desde el punto de vista social, haya sido tan descuidado; por esto menciona la fría atrocidad, el gemido de los débiles, el sufrimiento por delitos sin prueba o quiméricos; las mazmorras que eran las prisiones; la detención preventiva, a pesar de que la persona es inocente mientras no se le venza en juicio. Hasta *Beccaria*, la doctrina se dedicaba a describir las torturas en sus más mínimos detalles; la ciencia penal era la "ciencia de atormentar a otros hombres, con la misma tranquilidad con la que se describe el arte de remediar los males del cuerpo humano", dice *Pietro Verri*; o como dijo *Carrara* (resaltando los logros de la Escuela Racionalista, que superaba las fases teológica y metafísica del derecho penal), por mucho tiempo, la ciencia del derecho criminal era un sucio arte, "cuya función consistía en enseñar las disposiciones concretas de legisladores autócratas y crueles, en idear las maneras de enredar a un acusado y las medidas para indicar las clases de látigo o de soga o la amplitud de las tenazas"; los jueces seguían con exactitud las indicaciones de las crueldades descritas en las obras de doctrina. Ver: *Pietro Verri, Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1977, pág. 109; *Francesco Carrara, Vicisitudes del fundamento del derecho de castigar*, en *Opúsculos de derecho criminal*, Bogotá, Editorial Temis, 1976, t.1, págs.143 y 139;

y los horrores de una prisión, aumentados por el más cruel verdugo de los desdichados, la incertidumbre[10], debían sacudir a la casta de magistrados que orientan las opiniones de las mentes humanas[11].

10 Tal incertidumbre aumentaba si se considera que en el sistema procesal del Antiguo Régimen no había un tiempo fijo de duración de la instrucción o investigación; en el procedimiento inquisitorial en general, y en particular en el de la Inquisición, se presumía la culpabilidad del reo; precisamente, el derecho penal de la Ilustración, y concretamente la obra de *Beccaria*, va a proponer lo contrario: la presunción de inocencia: el Estado debe vencer esta presunción; ver: *Ramiro J. García Falconí, El derecho a ser presumido inocente o principio de inocencia, desde una aproximación histórica*, en *Temas fundamentales del Derecho Procesal Penal*, Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas, Quito, Cevallos, Editora Jurídica, año 2.011, página 181 y siguientes; a página 189, el procedimiento en cuanto a la valoración de los testimonios !!!.

11 Al contrario, los magistrados eran crueles y buscaban más sofisticadas formas de tortura; narra *Pietro Verri* que *Zigler*, alemán, en 1702, se refería a la práctica de algunos jueces: "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 fuego; o bien se le pone a caballo sobre un toro o un asno de bronce vacío, dentro el cual se echan carbones encendidos, y, al calentarse el metal, sufre acerbamente y con increíble dolor". Por su parte, uno de los principales *Prácticos* italianos, *Farinaccio*, autor de la *Praxis et theorica criminalis*, obra publicada en 1616, dice que los jueces, por el deleite que sentían en atormentar, inventaban nuevas especies de tortura; sin embargo, aconseja que no sea el mismo juez quien haga las cosas con sus propias manos, y dice que vio a un juez instructor que cogía al procesado por los cabellos y las orejas y lo golpeaba con fuerza contra una columna, diciéndole, "Confiesa, bellaco". Y el célebre *Bártolo de Sassoferrato*, Postglosador (1313 o 1314–1357), cuenta que se le murió un joven robusto mientras lo torturaba, de donde deduce que no se debe imputar al juez un accidente así. La deslealtad está permitida, lo mismo que el comportamiento inmoral; así, *Bossi*, enseña que el juez puede prometer al acusado que declarándose reo, no le ocurrirá ningún mal, y así confiesa; la confesión es válida, pero la promesa del juez no lo obli-

El inmortal *Montesquieu* ha discurrido rápidamente sobre esta materia[12]. La indivisible verdad me ha esforzado a seguir las huellas luminosas de ese grande hombre, pero los pensadores para quienes escribo sabrán distinguir mis

ga; *Julio Claro*, uno de los primeros y más importantes *Prácticos*, autor de *Practica civilis et criminalis*, decía que con simples indicios se podía atormentar; la sola fama podría fundar la tortura; es más, llegó a decir: "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 la libertad, con el fin de inducirla a acusarse del delito; y con tal medio cierto regente indujo a una joven a cargar con un homicidio y la condujo a perder la cabeza". Ver a *Pietro Verri*, en *Observaciones sobre la tortura*, cit. página 73 y siguientes.

12 *Beccaria* de manera expresa menciona a *Montesquieu*; aunque la influencia de otros autores ilustrados, es clara; en la carta de fecha mayo 26 de 1766, en respuesta a su traductor al francés, abate *Morellet*, reconoce la influencia de los pensadores ilustrados: "Yo mismo debo todo cuanto se a los libros franceses... D'Alembert, Diderot, Helvetius, Buffon, Hume, nombres ilustres y que no se pueden oír pronunciar sin emoción: vuestras obras inmortales son mi lectura continua, y forman mis ocupaciones por el día, y mis meditaciones por la noche... Ya data de cinco años la época de mi conversión a la filosofía, y la debo a la lectura de las Cartas Persas". Como sabemos, las *Cartas Persas*, es obra de *Montesquieu*; sin embargo, a lo largo de estos comentarios, veremos que más influencia tuvo sobre su pensamiento *El espíritu de las leyes*. La misiva puede verse en la edición de Editorial Heliasta S.R.L., citada, pág. 229 y siguientes; de manera concreta, pág. 231. Para la influencia de *Montesquieu*, puede verse a *Jean Graven, Montesquieu et le droit pénal*, en *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de l'Esprit des lois*, París, Recueil Sirey, 1950, pág. 209 y siguientes; *Robert Derathé, Le droit de punir chez Montesquieu, Beccaria et Voltaire*, en *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria*, Congreso realizado en Turín del 4 al 6 de octubre de 1964, Torino, Accademia delle Science, 1966, pág. 85 y siguientes; *Mario Cattaneo, Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli, Edizioni Scientifice Italiane, año 2.000; *Givanni Tarello, Storia della cultura giuridica moderna*, cit. pág. 415 y siguientes. Ante todo, debemos consultar *El espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, año 2.005,

pasos de los suyos. Dichoso de mí si consigo obtener, como él, los secretos agradecimientos de los oscuros y pacíficos seguidores de la razón, y consigo inspirar aquel dulce temblor con que las almas sensibles responden a quien sostiene los intereses de la humanidad[13].

13 Esta última frase fue motivo de sorna por parte de *Muyart de Vouglans*, máximo contradictor de *Beccaria* en Francia; *De Vouglans*, con *Jousse*, era el más importante comentarista de la Ordenanza Francesa de 1680 y se afirma que "fue posiblemente la mente más esclarecida entre los criminalistas del siglo XVIII"; tal es la opinión del historiador del derecho francés, *Esmein*. En 1767 publicó en Laussanne su obra *Letre concernant la réfutation de quelques principes hasardés dans le Traité des delits et des Peines*, trabajo que se publicó luego como apéndice de su obra principal, *Les lois criminelles de France, dans leur ordre natural*. Está convencido de la perfección de la legislación francesa, la Ordenanza de 1680: esta es modelo para otras naciones; y como *Morellet* en el prefacio de la traducción francesa en letra bastardilla aludía al *douce frébrisement par lequel les ames sensibles répondent à la voix du défenseur de l'humanité*, el autor francés manda el sablazo diciendo: "Yo me jacto de tener sensibilidad como cualquiera; pero sin duda que de ninguna manera tengo yo la organización de las fibras tan sutiles como las de nuestros criminalistas modernos, porque en ningún momento sentí ese dulce estremecimiento del que ellos hablan". En lugar de ese "estremecimiento", dice, "el sentimiento que más me afectó después de haber leído algunas páginas de esta obra, fue el de la sorpresa, por no decir más nada". Y agrega: "Yo no esperaba, en efecto, encontrar bajo el nombre de un *Tratado de los delitos*, una apología de la humanidad, o mejor, un *defensor* de esa desgraciada parte del género humano, que es su azote, que aún algunas veces lo destruye". Finaliza previniendo contra los peligros del libro: "Nosotros no creemos poder terminar sino por reflexiones generales que están fundadas sobre principios inquebrantables, justificados por la experiencia más constante, y contra la cual vendrán siempre a fracasar los sistemas paridos por espíritus de contradicción y de novedad". En fin, digamos que a lo largo del escrito invita a que se ejerza la autoridad para "contener el contagio" de *De los delitos y de las penas*. Ver: *A.Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France et spécialment de la procédure inquisitoriale depuis le XIII siècle jusqu'a nos jours*, París, L.Larose et Forcel, Libraires-

Ahora el orden nos llevaría a examinar y distinguir las diferentes clases de delitos y la manera de castigarlos, si su naturaleza variable según las diversas circunstancias de los tiempos y de los lugares, no nos obligase a una minuciosidad inmensa y enojosa. Básteme indicar los principios más generales y los errores más funestos y comunes, para desengañar a quienes, por un mal entendido amor de libertad, quisieran introducir la anarquía, así como a quienes gustarían de reducir los hombres a la regularidad de un claustro[14].

Éditeurs, 1882, pág. 372; *Morellet, Preface* a *Traité des délits et des peines*, cit. pág. X; *Muyart de Vouglans, Les loix criminelles de France, dans leur ordre natural*, París, Société Typográphique, 1781, t. 2; en esta edición, a partir de la página 305, aparece *Réfutation du Traité des délits et peines;* las citas del autor francés, pueden verse a páginas 305 y 306. Es claro que la obra de *Beccaria* no podía gustar a un máximo representante de la jurisprudencia del Antiguo Régimen; basta con recordar que este autor era partidario de la responsabilidad vicaria: así los padres de un reo de delito de lesa majestad, también debían ser declarados culpables: su hijo demostraba mala educación !!!; y según cita de *Eduardo Bonnier*, entre los indicios de responsabilidad tenía "la mala fisonomía del acusado o el mal nombre que llevaba": *Tratado de las pruebas*, Bogotá, Editorial Leyer, año 2.007, página 679.

14 Se trata de buscar un adecuado equilibrio entre los intereses del individuo y los intereses de la sociedad, ambos respetables. *Beccaria* platea un derecho penal limitado, partiendo del contrato social, que es una forma de buscar límites al poder en general, a partir de los valores de igualdad y libertad. Ver *Francesco Corpaci, Ideologie e política in Cesare Beccaria*, Milano, Dott.A. Giuffré, Editore, 1965, en especial pág. 69. En verdad, la reflexión sobre la naturaleza y los límites de la función punitiva tiene sentido en la perspectiva de un derecho penal que tenga en cuenta al reo como persona y no como un bulto de carne que se pueda volver informe por el maltrato, como en el sistema inquisitorial. El derecho penal concebido como un derecho de límites, un derecho penal liberal, no implica alcahuetería con la delincuencia, sino un manejo de la fuerza bajo reglas. En poca palabras: no todo es válido para el Estado en la persecución de los delitos; "¿Acaso de quien ha cometido un delito

Pero, ¿cuáles serán las penas convenientes a esos delitos. ¿Es verdaderamente la muerte una pena *útil* y *necesaria* para la seguridad y el buen orden de la sociedad? ¿Son *justos* los tormentos y la tortura, y obtienen el *fin* que con ellos se proponen las leyes? ¿Cuál es la mejor manera de prevenir los de-

puede la autoridad hacer lo que le venga en gana?.¿Por ventura era legítima la barbarie de los tiempos de los Médicis, cuando por rescripto soberano los condenados eran *entregados para la anatomía*, esto es, se entregaban a los hospitales para que fueran seccionados vivos a fin de incrementar los estudios de medicina?.No, un delito, por más grave que sea, o una serie de delitos, aunque sean repetidos y atroces, no despojan al desgraciado que se manchó con ellos de ninguno de los derechos inherentes a la personalidad humana; no lo transforman en una cosa de la cual la autoridad social pueda hacer, sin medida, un *instrumento pasivo* para servir a sus fines, en la misma forma que lo hacía el *civis romanus* con sus esclavos". No, el Estado al perseguir el crimen, no puede volverse criminal, e igualarse por lo bajo con el delincuente; éste no ha respetado los derechos humanos y entonces hay la tentación de decir, "que sufra". Esto traería como resultado la deslegitimación del Estado como organización social que supera la ley de la selva, y también la deslegitimación del derecho penal mismo como instrumento. Por esto dice también el último autor citado, que quien se dedique al "sacerdocio de la justicia", sea que enseñe, que defienda, que acuse, que juzgue, sea que dicte leyes, debe tener "fija la mente en los derechos de la personalidad humana propios de todo individuo". Por otra parte, abundando en garantías, el ciudadano inocente corre menos riesgos; esto, porque el derecho penal protege contra el delito, pero también protege al ciudadano frente al mismo Estado: "el derecho penal protege contra el mal del delito con el mal de la pena criminal y el ciudadano necesita tutela contra ambos males", dice claro *Juan Fernández Carrasquilla;* en verdad, el derecho penal crea barreras de protección frente al Estado en su función de dispensar y administrar la pena criminal: protege al malhechor, pero también al ciudadano honesto para que no sea víctima del error judicial.Ver *Francesco Carrara, Derecho Penal y procedimiento penal,* en *Opúsculos de derecho criminal,* Bogotá, Editorial Temis, 1977, t. 5, páginas 21 y 22; *Juan Fernández Carrasquilla, Concepto y límites del derecho penal,* Bogotá, Editorial Temis, 1992, pág.3.

litos? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos los tiempos? ¿Qué influencia tienen ellas sobre las costumbres?[15] He aquí los problemas que merecen ser estudiados y resueltos con la precisión geométrica a que ni la confusión de los sofismas, ni la seductora elocuencia, ni la cortedad de la duda, puedan resistir. Si yo no tuviese otro mérito que el de ser el primero en presentar en Italia con alguna mayor evidencia lo que otras naciones han tenido el valor de escribir y comienzan a practicar, me sentiría dichoso; pero si, sosteniendo los derechos de los hombres y los de la invencible verdad, contribuyese a arrancar de los espasmos y de las angustias de la muerte a alguna víctima desafortunada de la tiranía o de la ignorancia, igualmente fatales, las bendiciones y las lágrimas de un solo inocente, en los transportes de su alegría, me consolarán del desprecio de los hombres.

15 Los que nos ocupamos en el derecho penal hacemos parte de una máquina que aplica dolor a los seres humanos; de aquí la inmensa responsabilidad ética que nos concierne. Pues bien, las preguntas que hace *Beccaria*, hacen parte de lo que se ha denominado la *Cuestión Penal* o el *Problema Penal;* en la Ilustración hubo asombro o inquietud sobre esa manifestación del poder, que es la pena; éstas fueron las esenciales preguntas formuladas: a).*Existe en cabeza de algún sujeto un derecho de punir*, esto es, de infligir un mal a otro sujeto por una acción realizada, o por el modo de ser de este sujeto?.b).*Quién tiene ese derecho*, admitido que él exista?.c).*Contra quién se ejerce*, admitido a quién pertenece? d).*Qué puniciones son lícitas, es decir, qué tipo de males* se pueden aplicar a un sujeto por las acciones cometidas, o por su modo de ser?.e).*Existe una relación natural* entre el tipo de punición y la acción, o el modo de ser del sujeto?. Si sí, qué clase de relación y si se llega a la punición, cuál es la medida?. Todavía esas preguntas son palpitantes y deben seguir siéndolo, como una actitud ética: el problema no solo es de ciencia, sino también de conciencia. Ver: *Giovanni Tarello*, en *Storia de la cultura giuridica moderna*, cit. pág. 383; *Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, Teoría general del garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, pág. 21.

Capítulo II — Origen de las penas y derecho a castigar[16]

No es de esperar ventaja alguna duradera de la política moral, si no se funda en los sentimientos indelebles del hombre. Toda ley que se aparte de ellos, encontrará siempre una resistencia en contra, que vence a la postre; de igual manera que una fuerza, aunque mínima, si es continuamente aplicada, vence cualquier violento movimiento comunicado a un cuerpo.

Consultemos al corazón humano, y en él encontraremos los principios fundamentales del verdadero derecho del soberano a castigar los delitos.

Ningún hombre ha hecho el don gratuito de parte de la propia libertad en aras del bien público; esta quimera sólo existe en las novelas. De ser posible, cada uno de nosotros quisiera que los pactos que vinculan a los demás, no nos

16 Está uno tentado a encontrar en este capítulo un recuento de las formas históricas de punición: la venganza privada, *faída*, venganza sin proporción ni límites, el *abandono noxal*, la tribu entrega al ofensor: es el origen de la extradición; el *talión*, "ojo por ojo y diente por diente" (lo que implica ya una cierta idea de proporcionalidad); la *composición*, "cuánto vale tu ojo y cuánto vale tu diente", hasta llegar a la forma presente (en términos generales) del ejercicio de la punición por parte del Estado. Empero, no es así; por el contrario, es como si asistiésemos a un curso de introducción a la ciencia política; el autor trata de la relación entre el poder político y el derecho penal, su íntima conexión. Puede verse a *Paul Falconet*, en *La responsabilité , Étude de Sociologie*, París, Librairie Félix Alcan, 1920, especialmente, capítulo I de la primera parte; *Ladislao Thot, Historia de las antiguas instituciones de derecho penal (arqueología criminal)*, La Plata, Talleres de Impresiones Oficiales, 1940; *Vicente Manzini, Paleontología Criminal*, Madrid, Casa Editorial Viuda de Rodríguez Serra, sin fecha.

vinculasen a nosotros; todo hombre se constituye en centro de todas las combinaciones del mundo.

La multiplicación del género humano, pequeña en sí misma, pero muy superior a los medios que la estéril y abandonada naturaleza ofrecía para satisfacer las necesidades que cada día se complicaban, agrupó a los primeros salvajes. Los primeros grupos formaron necesariamente otros para resistir a aquéllos; y así el estado de guerra se transportó del individuo a las naciones.

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. Pero no bastaba con formar ese depósito, sino que había que defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, que trata siempre, no sólo de sustraer del depósito su porción personal, sino de apoderarse también de la de los demás. Se necesitaban motivos sensibles, que bastasen para desviar el ánimo despótico de cada uno de los hombres de volver a sumergir en el antiguo caos las leyes de la sociedad. Esos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes[17].

17 Recordemos dos modelos sobre el origen y fundamento del poder: *Modelo Aristotélico*: el Estado es una asociación a partir de formas más primitivas y naturales de asociación: la familia, la tribu, el villorrio, la ciudad, la reunión de ciudades: el Estado tiene un origen natural; *Modelo Contractualista:* la sociedad civil y el Estado tienen un origen artificial en el siguiente sentido: los hombres vivían en un estado de naturaleza y resolvieron hacer un pacto, cediendo

Digo *motivos sensibles*, pues la experiencia ha demostrado que la multitud no adopta principios permanentes de conducta, ni se aleja del principio universal de disolución que se observa tanto en el universo físico como en el moral, sino por motivos que inmediatamente hieren los sentidos y que continuamente se ofrecen a la mente para contrabalancear las fuertes impresiones de las pasiones parciales que se oponen al bien universal; ni la elocuencia, ni las declamaciones, ni las más sublimes verdades, son suficientes para refrenar por mucho tiempo las pasiones excitadas por las vivas impresiones de los objetos presentes.

Fue, pues, la necesidad lo que constriñó a los hombres a ceder parte de la propia libertad; es cierto, por consiguiente,

---

derechos y conformando la soberanía; las leyes son la expresión de esa voluntad general que resulta de las libertades renunciadas, para ser más libres dentro del marco de las leyes. Se conoce este modelo también como "modelo jusnaturalista", y se enuncian entre sus diseñadores a los ya mencionados, *Hugo Grocio, S. Pufendorf, Christian Thomatius, Hobbes*, así como *J. Locke, Rousseau, Spinoza* y *Kant*. Según *Norberto Bobbio*, los conceptos del modelo serían: *estado de naturaleza*, concebido de distinta manera, según los autores: estado de paz (*Rousseau*), estado de guerra (*Hobbes*), o de paz relativa (*Locke*); *pacto*, según el cual, los hombres ceden todos los derechos (*Rousseau*), o sólo parte de ellos (*Locke*). El pacto sería la forma de sujetar la libertad natural pero para ganar más libertad en la protección de las leyes: hay una renuncia de derechos pero ellos revierten convertidos en derechos civiles respaldados por la fuerza del Estado entonces conformado. Es evidente la afiliación de *Beccaria* al contractualismo, más al de *Locke* que al de *Rousseau*, pues también en el italiano los hombres sacrificaron apenas "una parte" de la libertad; de aquí sacaría consecuencias, por ejemplo, para negar la pena de muerte, ya que la vida no se entregó en el depósito. Ver: *Norberto Bobbio*, en *Sociedad y estado en la filosofía moderna, El modelo Jusnaturalista y el modelo Hegeliano-Marxiano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, página 15 y siguientes; él denomina "Modelo Jusnaturalista", lo que aquí denomino, *grosso modo*, "modelo contractualista".

que nadie quiere poner de ella en el fondo público más que la mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás a que los defiendan a él[18]. La suma de esas mínimas porciones posibles constituye el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho[19].

Las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son por su naturaleza injustas; y tanto más justas son las penas, cuanto más sagrada e in-

18 En la Ilustración (aunque con antecedentes), se perfila la idea republicana según la cual, a los hombres se les debe dejar el máximo de libertad. El contractualismo pretendió explicar el andamiaje social y político resultante de él, orientado por las ideas de *igualdad* y *libertad*. En relación con la idea de libertad, me parece que en el párrafo que motiva esta nota, está inscrito el principio de mínima intervención estatal, con el cual cualquier mente libre está de acuerdo; *Beccaria* lo plantea de manera clara, como destaca bien *Javier LLobet Rodríguez* en *Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy*, San José Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, año 2.005, pág. 170. Esta es una perspectiva garantista del derecho penal: son tan graves los instrumentos de los que se vale, que sólo deben esgrimirse, cuando se hayan agotado otros remedios. Se entiende que soy partidario de un mínimo de intervención estatal en el ejercicio de la función punitiva, no en los ámbitos sociales para la promoción de la persona humana, removiendo los obstáculos materiales que impiden que los integrantes de la sociedad tengan las necesidades básicas satisfechas.

19 Nota de *Beccaria*: Obsérvese que la palabra *derecho* no es contradictoria de la palabra fuerza, sino que aquélla es más bien una modificación de ésta, es decir, la modificación más provechosa al mayor número. Y por *justicia*, no entiendo yo más que el vínculo necesario para mantener unidos los intereses particulares, que sin él se disolverían en el antiguo estado de insociabilidad. Hay que cuidarse de atribuir a esta palabra, *justicia*, la idea de algo real, a modo de una fuerza física y de un ser existente: es una simple manera de concebir de los hombres, manera que influye infinitamente sobre la felicidad de cada uno: tampoco entiendo aquella otra suerte de justicia emanada de Dios, que tiene sus inmediatas relaciones con las penas y recompensas de la vida futura.

violable sea la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserve a sus súbditos.

Capítulo III — Consecuencias

La primera consecuencia de estos principios es que 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[20]. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede, con justicia, infligir penas contra otro miembro de la misma sociedad. Pero una pena aumentada más allá del límite fijado por las leyes, es la pena justa más la adición de otra pena; por consiguiente, no puede un magistrado, bajo ningún pretexto de celo o de bien público, aumentar la pena establecida a un delincuente ciudadano.

La segunda consecuencia es que el soberano, que representa a la sociedad misma, no puede promulgar más que

20 Principio de legalidad del delito y de la pena; *Feuerbach* enunciaría el brocardo latino: *Nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege.* Fue consagrado en el artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Un hombre solo puede ser acusado, arrestado o detenido en los casos determinados por la ley y según las formas que se han prescrito en ellas". Este es uno de los axiomas del Estado de Derecho, si bien este concepto es más amplio: distribución de poderes, prensa libre, libertad para los disidentes, oposición organizada, poder judicial independiente, proceso democrático participativo en la elaboración de las leyes, etc.: de todos estos postulados, es prístino el afirma que el poder tiene que obrar abroquelado por normas; dice *Montesquieu:* "Cuanto más se acerca la forma de gobierno a la república, más fija ha de ser la manera de juzgar": *El espíritu de las leyes,* Libro VI, Capítulo III, edición de Heliasta cit., pág. 110.

leyes generales, que obliguen a todos los miembros, pero no ya juzgar si alguien ha violado o no el contrato social; 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[21].

La tercera consecuencia es que, si se llegara a probar que la atrocidad de las penas, si no inmediatamente opuesta al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, era por lo menos inútil, también en tal caso sería, no sólo contraria a las virtudes benéficas, que son el efecto de una razón ilustrada que prefiere mandar a hombres felices antes que conducir una manda de esclavos en la cual se haga circular perpetuamente una corriente de temor y crueldad, sino que lo sería también contra la justicia y la naturaleza misma del contrato social.

21 El tránsito de la barbarie a la civilización está signado por la aparición del juez; para *Locke* el "estado de naturaleza" es un concepto: existe tal estado donde no hay un juez como árbitro a quién acudir: "Siempre que encontremos a cierto número de hombres asociados entre sí, pero sin disponer de ese poder decisivo a quien apelar, podemos decir que siguen viviendo en el estado de Naturaleza": *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Editorial Aguilar, Quinta Reimpresión de la Primera Edición, 1981, pág. 66. De aquí la importancia social del juez y su responsabilidad: los jueces no ejercen una función divina, no están señalados *ab aeternum* para administrar justicia porque sean buenos; también el zapatero y el arriero, y el comerciante son importantes en la interacción social; pero sin duda, la función de juzgar es prominente. De aquí la dignidad y decoro que se exige al Juez: no basta con ser un técnico de la ley.

Capítulo IV — Interpretación de las leyes

Cuarta consecuencia. Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales, por la misma razón de que no son legisladores[22]. Los jueces no han recibido las leyes de nuestros remotos antepasados como una tradición de familia o como un testamento que no dejase a los sucesores más que el cuidado de obedecer; sino que las reciben de la sociedad viviente, o del soberano representador de ella, como legítimo depositario del resultado actual de las voluntades de todos; las reciben, no como obligaciones de un antiguo juramento[23], nulo porque ligaba voluntades inexistentes, inicuo porque reducía los hom-

22 *Montesquieu* había dicho: "En los estados republicanos, es de rigor ajustarse al texto de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano". Probado que se haya el hecho, el juez sólo debe limitarse a "pronunciar la pena correspondiente según la ley; para eso con tener ojos le basta": *El espíritu de las leyes*, cit., Libro VI, Capítulo III, pág. 111. El juez debe limitarse a leer la ley: "los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma": *El espíritu de las leyes*, cit., Libro XI, Capítulo VI, pág. 187. Hay que entender la posición de *Montesquieu* y de *Beccaria* como históricamente condicionadas: se trataba de reaccionar contra la arbitrariedad de los jueces en el Antiguo Régimen, cuando los jueces no tenían norma escrita previa y podían resolver conforme a la *opiniones doctorum*. En la Ilustración y luego, de manera concreta, en la Revolución Francesa, la preeminencia la tenía el legislativo, por la representación que implicaba: la palpación más inmediata de la soberanía constituida por el acuerdo de voluntades.

23 Nota de *Beccaria:* Si cada miembro particular está ligado a la sociedad, también la sociedad está ligada igualmente con todo miembro particular por un contrato que por su naturaleza obliga a las dos partes. Esta obligación, que desciende del trono hasta la aldea, que vincula por igual al más elevado y al más miserable de los

bres del estado de sociedad al estado de manada; sino como efectos de un juramento tácito o expreso que las voluntades agrupadas de los súbditos han hecho ante el soberano, como vínculos necesarios para refrenar y dirigir el fermento intestino de los intereses particulares. Esta es la autoridad física y real de las leyes. ¿Quién será, pues, el legítimo intérprete de la ley? ¿El soberano, es decir, el depositario de las voluntades actuales de todos, o el juez, cuyo oficio es sólo el de examinar si este o el otro hombre ha cometido o no una acción contraria a las leyes?

En todo delito debe hacerse el juez un silogismo perfecto; la mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez se vea constreñido, o quiera hacer, aunque no sea más que dos silogismos, se abre la puerta de la incertidumbre.

No hay nada más peligroso que el axioma común de que es necesario consultar al espíritu de la ley. Esto es un dique roto ante el torrente de las opiniones. Esta verdad, que parece una paradoja a las mentes vulgares, más impresionadas por un pequeño desorden actual que por las funestas pero remotas consecuencias que nacen de un falso principio arraigado en una nación, me parece demostrada. Nuestros conocimientos y todas nuestras ideas tienen una conexión recíproca; cuanto más complicados son, tanto más numerosos son los caminos que a ellos conducen y de ellos parten.

---

hombres, no significa otra cosa sino que es en interés de todos que se observen los pactos provechosos para la mayoría.

La voz *obligación* es una de aquellas más frecuentes en moral que en cualquier otra ciencia, que son un signo abreviado de un raciocinio, y no expresión de una idea. Buscadle una idea a la palabra obligación y no la encontraréis; haced un raciocinio, y entenderéis para vosotros mismos y os haréis entender de los demás.

Cada uno de los hombres tiene su punto de vista, y cada uno de ellos, en diferentes épocas, tiene uno distinto. El espíritu de la ley sería, pues, el resultado de una buena o mala lógica de un juez, de una buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la enfermedad que padece, de sus relaciones con el ofendido, y de todas aquellas minúsculas fuerzas que transforman las apariencias de cada objeto en el ánimo siempre fluctuante del hombre. Veríamos, por consiguiente, la suerte de un ciudadano cambiar muchas veces según fuera pasando por diversos tribunales, y las vidas de los desdichados ser víctima de los falsos raciocinios o del fermento actual de los humores de un juez, que tomaría por interpretación legítima el vago resultado de toda aquella confusa serie de nociones que le agitaban la mente. Veríamos, pues, los mismos delitos castigados en diversa forma por un mismo tribunal en diversas oportunidades, por haber consultado, no a la voz constante y fija de la ley, sino a la errabunda inestabilidad de las interpretaciones.

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. Un tal momentáneo inconveniente induce a hacer la fácil y necesaria corrección sobre las palabras de la ley que son la ocasión de la incertidumbre; pero impide, en cambio, la fatal licencia de razonar, que es de donde nacen la arbitrarias y venales controversias. Cuando un código fijo de leyes que deben observarse a la letra no deja al juez otra incumbencia que la de examinar las acciones de los ciudadanos y juzgarlas conformes o disconformes a la ley escrita; cuando la norma de lo justo o de lo injusto, que debe dirigir las acciones tanto del ciudadano ignorante como del filósofo, no es asunto de controversia, sino de hechos; entonces los súbditos no están

sujetos a las pequeñas tiranías de muchos, tanto más crueles cuanto menor es la distancia entre quien sufre y quien hace sufrir; más fatales que las de uno solo, porque el despotismo de muchos sólo puede subsanarse por el despotismo de uno solo; y la crueldad de un déspota es proporcionada, no a la fuerza, sino a los obstáculos. Así adquieren los ciudadanos la seguridad de sí mismos, que es la justa, porque es el fin para el cual los hombres se hallan en sociedad; que es la útil, porque los pone en el trance de calcular exactamente los inconvenientes de un delito. Es verdad también que adquirirán un espíritu de independencia, pero no ya discutidor de las leyes ni recalcitrante contra los magistrados supremos, sino contra aquellos que osaron denominar con el sagrado nombre de virtud la debilidad de ceder a sus interesadas o caprichosas opiniones[24].

Estos principios desagradarán a quienes se atribuyan el derecho de trasmitir a sus descendientes los golpes de la tiranía que recibieron ellos de sus antepasados. Habría que temerlo todo si el espíritu de tiranía fuese compatible con el espíritu de lectura[25].

24 La ley en la que piensa *Beccaria* que no debe ser interpretada es una ley clara, expresa, dada a conocer, y para el bien común. En el optimismo propio de la época sobre el poder de la razón se pensaba que la mente humana podía crear códigos tan perfectos, que para el reconocimiento de los derechos naturales de las personas bastaba con saber leerlos. En el capítulo V, *Oscuridad de las leyes*, hará la exigencia de la claridad.

25 Este es uno de los muchos pasajes oscuros que hay en la obra de *Beccaria;* esa oscuridad se la impuso a veces, por el peligro que corría tanto frente al poder como súbdito de Austria (a la cual pertenecía la Lombardía), como frente al poder de la Inquisición civil y eclesiástica. Reitero: en carta que le dirigió a su traductor al francés, abate *Morellet*, el 26 de mayo de 1766, le decía que cuando escribía el libro *De los delitos y de las penas*, "tenía a la vista los ejemplos de Maquiavelo, de Galileo y de Giannone. He oído

Capítulo V — Oscuridad de las leyes

Si la interpretación de las leyes es un mal, es evidente que lo es también la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y lo será grandísimo, si las leyes se escriben en un lenguajes extraño al pueblo, que lo pongan en dependencia de unos pocos, sin poder juzgar por sí mismo en qué pueden venir a parar su libertad o sus miembros; en una lengua que haga de un libro solemne y público algo particular y doméstico. Cuanto mayor sea el número de los que entiendan y manejen el Código sagrado de las leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos, pues no hay duda de que la ignorancia y la falta de certeza respecto de las penas favorecen la elocuencia de las pasiones. ¿Qué podremos pensar los hombres si reflexionamos que ésa es la inveterada costumbre de una gran parte de la cultura e ilustrada Europa?

Una consecuencia de esas últimas reflexiones es que, sin la escritura, una sociedad no adoptará nunca una norma fija de gobierno en que la fuerza sea un efecto del todo y no

---

el ruido de las cadenas que sacude la superstición, y los gritos del fanatismo que ocultan los gemidos de la verdad. La vista de estos espectáculos horrorosos me ha determinado a envolver la luz algunas veces en nubes algo oscuras. He querido defender la humanidad sin ser su mártir. Esta idea de que tenía que ser oscuro, me ha hecho serlo algunas veces sin necesidad". Su traductor no solo reorganizó los capítulos del libro, sino que a veces expresaba en francés lo que creía que *Beccaria* había querido decir; paradójicamente, había más libertad en Francia !!!; veamos: en la traducción al francés, termina el párrafo: "J´ai tout à craindre, s´ils me lisent et m´entendent; mais les tyrans ne lisent point"; esto es, "Yo lo temo todo, si ellos me leen y me entienden; pero los tiranos no leen". Ver: *Traité des délits e des peines*, traducción de *Morellet*, Amsterdam, Chez E. van Harrevelt, 1771, pág. 18.

de las partes, y en que las leyes, inalterables a no ser por voluntad general, no se corrompan al pasar por el tamiz de los intereses particulares. La experiencia y la razón nos han hecho ver que la probabilidad y la certeza de las tradiciones humanas disminuyen a medida que se alejan de su fuente. Y si no hay un monumento estable del pacto social, ¿cómo resistirán las leyes a la acción inevitable del tiempo y de las pasiones?

De ahí vemos cuán útil sea la prensa, que hace al público, y no a unos pocos, depositarios de las santas leyes, y a qué punto ha disipado ella el espíritu tenebroso de cábala y de intriga, que desaparece ante las luces y las ciencias, aparentemente desdeñadas, pero realmente temidas por quienes lo siguen[26]. Esta es la causa de que veamos disminuida

26 Este es otro pasaje, a mi manera de ver, un poco oscuro; creo que se trata de lo siguiente: la Ilustración se caracteriza por la *desacralización* de la vida social y de las instituciones, por el *enciclopedismo*, y por la *prominencia de la razón*. Estas eran ideas que venían luchando por imponerse desde el Renacimiento; indudablemente, la difusión del saber por las publicaciones, tuvo en ello decisiva trascendencia; esa influencia se veía venir desde el momento en que apareció la imprenta con *Gutenberg* hacia 1450; entonces la ciencia y la verdad dejaron de estar en manos de unos pocos depositarios eclesiásticos, o de minorías intelectuales; y a media que la gente comenzó a leer, también comenzó a pensar más; el criterio de verdad cambió: ya no serían la religión, la biblia, la teología, la Iglesia. *Víctor Hugo* en *Nuestra Señora de París*, ubicada en la edad media, hace una disquisición sobre el vaticinio de uno de sus personajes: *el libro matará al edificio*, como un pico derriba una mole, como el ratón del Nilo mata al cocodrilo; antes de la imprenta, se hablaba mediante la arquitectura, mediante las construcciones; las catedrales, las iglesias significaban poder, el poder del sacerdote, el poder de la religión, el poder de la teología; entonces dice el autor francés: "En nuestra opinión, su pensamiento tenía dos fases: hacía patente el sobresalto del sacerdote ante un agente nuevo, ante la imprenta; el terror del hombre de iglesia ante la luminosa prensa de Gutenberg; la cátedra y el manuscrito, la palabra habla-

en Europa la atrocidad de los delitos, que hacían estremecer a nuestros antepasados, los cuales se convertían alternativamente en tiranos y esclavos. Quien conozca la historia de dos o tres siglos aquí y nuestra propia historia, podrá ver cómo del lujo y de la molicie han nacido las más suaves virtudes, la humanidad, la beneficencia y la tolerancia de los errores humanos. Verá cuáles fueron los efectos de la que sin razón llaman antigua simplicidad y buena fe: la humanidad gimiendo bajo la implacable superstición, la avaricia, la ambición, de unos pocos, tiñendo de sangre humana las arcas de oro y los tronos de los reyes; las traiciones secretas, las calamidades públicas; cada noble, tirano de la plebe; los ministros de la verdad evangélica, tintas en sangre las manos que cada día tocaban al Dios de mansedumbre; todo esto, no es ciertamente creación de este siglo ilustrado, que algunos llaman corrompido[27].

da y la palabra escrita, la voz del profeta que oye ya hormiguear y hacer ruido a la humanidad emancipada, que ve en lontananza la inteligencia minando la fe, el argumento derrocando a la creencia y al mundo sacudir el yugo de Roma; profecía del filósofo que ve el pensamiento humano volatilizado por la prensa, evaporarse del recipiente teocrático; terror de guerrero que contempla el ariete de bronce, y dice: 'La torre caerá'. El pensamiento da a entender que un poder sucederá a otro poder, esto es, que la prensa matará a la Iglesia". Ver: *Nuestra Señora de París*, Barcelona, Ediciones Orbis, S.A., 1988, t.1, páginas 135 y 136.

27 Cuando habla de los "ministros de la verdad evangélica, tintas en sangre las manos que cada día tocaban al Dios de mansedumbre", a mi manera de ver, se refiere a los excesos de la Inquisición en la persecución de herejes, magia, hechicería; el pasaje será tomado por *Voltaire* más tarde, cuando en carta de 30 de mayo de 1768, le escribe a *Beccaria* a propósito del caso del *Caballero de la Barre:* a este joven lo acusan de haber ensuciado un crucifico ubicado en un puente a la salida del pueblo; indicios en su contra: no se quitó el sombrero cuando pasaba una procesión del Santísimo, a media cuadra de distancia; y contaba chistes verdes; además, cuando se le capturó se le halló en su casa un *Diccionario Filosófico*

Capítulo VI — De la captura

Un error no menos común que contrario al fin social, que es la opinión de la propia seguridad, es el dejar árbitro al magistrado ejecutor de las leyes para aprisionar a un ciudadano, quitar la libertad a un enemigo por frívolos pretextos, y dejar impune a un amigo pese a los más fuertes indicios de culpabilidad. La prisión es una pena que necesariamente debe preceder, a diferencia de todas las demás, a la declaración del delito; pero este carácter diferencial no le quita el otro esencial, a saber, que sólo la ley determine los casos en que un hombre es digno de pena. La ley, pues, determinará

---

de *Voltaire*; en cumplimiento de la sentencia le arrancan la lengua con unas tenazas, le queman la mano agarrando un ejemplar del *Diccionario*, lo ahorcan y lo consumen en la hoguera; en dicha carta, amargado, dice *Voltaire*: "!!!Qué abominable jurisprudencia la de sostener la religión por medio de verdugos!!! !Hé aquí lo que se llama una religión de dulzura y caridad!!!" Ver la carta en *Dei delitti e delle pene*, edición de INAUDI, cit., pág. 451. *Voltaire*, tiene una posición distinta a *Beccaria* en la crítica: el francés es expreso, agresivo, atrevido; *Beccaria* es velado, usa circunloquios, es prudente. El francés la emprende contra el fanatismo, católico o protestante: "fanáticos papistas" y "fanáticos calvinistas", todos iguales, "modelados con la misma mierda, remojada con sangre corrupta, decía; ver, *Jacques Van den Heuvel*, en el *Prefacio* que hace a *Voltaire, L´affaire Calas*, París, Editorial Gallimard, 1975, pág. 8. Insisto, con prudencia, *Beccaria* hace una crítica a los dos fundamentos del Antiguo Régimen: el Trono y el Altar, los pilares del sistema social entonces imperante; este fue el combate que libró la Ilustración, este fue el combate de la Revolución Francesa. En efecto, decía *Bossuet*: "Ho reyes, vosotros sois dioses". En la capilla de Versalles, *Luis XIV* torna su mirada hacia el altar, hacia Dios; y los grandes señores la dirigen hacia *Luis XIV*; consecuencia: una obediencia mística; resultado: un rey podía vender a sus súbditos como vendiendo carneros. Ver, *Daniel Mornet, Les origines intellectuelles de la Révlution française*, París, Librairie Armand Colin, 1933, página 10 y siguientes.

los indicios de un delito que merezcan la custodia del reo, que lo sometan a un examen o a una pena[28]. La fama pública, la fuga, las amenazas[29], la confesión extrajudicial, la

28 La regla general es la libertad; la detención preventiva, debe ser la excepción. El artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, estatuyó: "Debiendo todo hombre presumirse inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo todo rigor innecesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley". Se me viene a la memoria la costumbre de algunos funcionarios que, frente a un ciudadano con limpia trayectoria, en vez de citarlo, silbando emiten una orden de captura y montan un show, una parafernalia de fuerza y publicitaria para llevarla a cabo: imparten "justicia" frente a los medios de comunicación, dicen y se contradicen: *vanidad de vanidades... (Eclesiastés)*.Cuando al cabo de los años se declara la inocencia cómo se restablecerá la honra mancillada?. Evoco a *Voltaire:* "En Francia el inocente que ha sido sumergido en un calabozo, que ha sufrido el tormento, no tiene que esperar ningún consuelo, ni puede exigir contra nadie, y queda deshonrado para siempre en la sociedad. ¡El inocente deshonrado! ¿Y por qué? ¡Porque ha sido dislocado": Ver, *Comentarios sobre el libro 'De los delitos y de las penas' por un abogado de provincias*, en la edición de Alianza Editorial, cit. pág. 168.

29 En tiempos más modernos, ni la fama o "voz pública", ni las amenazas, ni la fuga son tomados como indicios por sí solos; sobre la denominada "voz pública", es importante tener en cuenta lo que dice *Domingo Giuriati:* "Pero, y ¿qué es la voz pública?.Un soplo, el brillo de un relámpago necesitan más tiempo del que emplea en formarse. Es más fácil encontrar una gota pura en una laguna palúdica y fangosa que el origen de la notoriedad prepotente... Lejos de fundarse sobre la voz pública, debe el investigador saber explorarla, resistirla, confinarla a su causa natural, dominándola". En este contexto, la expresión "fama pública", "voz pública", es equivalente a rumor; los profesores *Gordon W. Allport* y *Leo Postman*, de la Universidad de Harvard, insisten en una característica del rumor: en él no hay pruebas, aunque el interlocutor acuda a la manida frase "lo sé de buena fuente": "Un rumor, dicen, en la acepción con la que todos nosotros emplearemos el vocablo, es una proposición específica para crear, que se pasa de persona a persona, por lo general oralmente, sin medios probatorios seguros para demostrarla"; y también expresan: "La característica

de un compañero del delito[30], las amenazas y la constante enemistad del ofendido, el cuerpo del delito y otros indicios similares, son pruebas suficientes para capturar a un ciuda-

---

focal de nuestra definición es la insistencia con que el rumor prolifera en ausencia de pruebas indubitables": Ver: *Domingo Giuriati*, en *Los errores judiciales*, Madrid, La España Moderna, sin fecha, paginas 95, 96 y 110; *Gordon W. Allport* y *Leo Postman*, *Psicología del rumor*, Buenos Aires, Editorial Psique, 1973, páginas 11 y 12. La fuga, por sí misma tampoco puede tomarse como indicio; el dicho popular "el que nada debe, nada debe temer", no es de recibo; escuchemos a *Pietro Ellero*, sobre la fuga y el ocultamiento:"Pero en cuanto se piensa en los móviles ciegos del miedo o en los razonables temores que produce el enojoso procedimiento, el oprobio, las sentencias inicuas, todo lo cual justifica el hecho de ocultarse y la rebeldía, pronto se ve la posibilidad de que el inocente se decida a correr los peligros que supone la no presentación en juicio"; ver: *De la certidumbre en los juicios criminales*, Madrid, Editorial Reus, 1953, págs. 127 128. Las amenazas sin respaldo en comprobaciones objetivas, que hagan ver que el sujeto pasó de las palabras a los hechos, no valen como indicio; en esto está de acuerdo la doctrina: *Françoise Gorphe*, en *La apreciación judicial de las pruebas*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1967, págs.345 y 346; *Nicolás Framarino Dei Malatesta*, en *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Bogotá, Editorial Temis, 1973, T.1, pág. 270; *C.A. Mittermaier*, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Ed. Reus, 1969, págs. 309 y 310. También, negativamente, *Pietro Ellero*, en *De la certidumbre en los juicios criminales*, cit. págs. 118 y 120.

30 Aquí se debe exigir la máxima prudencia, porque las delaciones son generalmente interesadas, aunque se invoque el "amor a la verdad y a la justicia"; la piedra de toque debe ser las comprobaciones objetivas independientes de la declaración misma del supuesto coautor o cómplice. *Carrara* ponía en alerta "contra los testigos anónimos u ocultos entre bambalinas, o contra los testigos pagados o recogidos sin suficientes precauciones; contra las confesiones arrancadas mediante engaño o felonía, o mediante torturas malignamente prolongadas en los calabozos; contra las coartaciones de la defensa, o contra una defensa mutilada, atormentada, perseguida, o tardíamente concedida; contra las infamias de los confidentes y de los delatores premiados....". Ver, *Derecho penal y procedimiento penal*, en *Opúsculos de Derecho Criminal*, t.5, cit. pág. 18.

dano. Pero esas pruebas deben ser establecidas por la ley, y no por los jueces, cuyos decretos son siempre opuestos a la libertad política, cuando no código público. A medida que se moderen las penas, que se supriman la sordidez y el hambre de las cárceles, que la compasión y la humanidad traspongan las puertas con cerrojos e inspiren a los inexorables y empedernidos ministros de la justicia, las leyes podrán contentarse con indicios cada vez más débiles para capturar[31].

31 El autor alude a la "sordidez y el hambre en las cárceles"; en verdad, en algunos aspectos las cárceles no han cambiado mucho: desgraciadamente, en los hechos (no en la teoría), la humanidad no ha sido capaz de superar la función retributiva de la pena. Fuera del hambre, la desnudez, las enfermedades, la miseria en general, la fealdad de las prisiones se agravaba porque el preso tenía que pagar el "derecho de carcelaje": una especie de alquiler que debía cubrir al dueño del local en el que permanecía, o a los carceleros, o guardianes. Se debe a *John Howard*, contemporáneo de *Beccaria*, la denuncia más radical contra la inhumanidad de las prisiones; nació en la década de 1720 a 1730: se mencionan las ciudades de Enfield, Middlesex y Lower Clapton en Inglaterra, como posibles lugares de nacimiento; en el año 1756 viajaba a Lisboa para conocer los estragos del famoso terremoto que destruyó tal ciudad; tuvo la nefasta experiencia de caer preso en manos de un barco corsario francés: sufrió hambre, padeció sed, conoció las amarguras de la prisión; luego fue nombrado *high sheriff* de Berdorshire, y se comprometió seriamente con sus funciones; se dedicó a conocer, describir y denunciar la calamitosa situación de las prisiones en Inglaterra y en la Europa continental: él hizo un recorrido por la "geografía del dolor", según la expresión de *Constancio Bernaldo de Quirós;* murió el 20 de enero de 1790 a mil quinientas millas de distancia de su patria, en Kherson, Crimea, víctima del tifo entonces enfermedad común en las cárceles: "*Quien quiera que seas, estás ante la tumba de un amigo*", se leía en una placa en ese lejano lugar. Ver, *Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, de *John Howard*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, año 2.003, con un excelente *Estudio Introductorio* de *Sergio García Ramírez*, especialmente, página 44 y siguientes. Esta obra apareció después de la de *Beccaria;* sin embargo, el estado de las prisiones en Milán, le era conocido por las narraciones que le hacía *Alejandro Verri*, quien

Un hombre acusado de un delito, encarcelado y después absuelto, no bebiera llevar consigo nota alguna de infamia[32]. ¡Cuántos romanos acusados de gravísimos delitos y

tenía el cargo de *Visitador de Presos*. Otro contemporáneo de *Beccaria, Servan*, en el discurso de iniciación de labores del Tribunal de Grenoble en el año 1766, describe el estado de las prisiones en el tiempo de *De los delitos y de las penas*: "Echad una mirada sobre esas tristes murallas, donde la libertad humana está encerrada y cargada de hierros, donde algunas veces la inocencia se confunde con el crimen, y donde se hace el ensayo de todos los suplicios antes del último; aproximaos y, si el ruido horrible de los grilletes, si las espantosas tinieblas, los gemidos sordos y lejanos, que nos hielan el corazón, no os hacen retroceder de espanto, entrad a esa mansión del dolor; atreveos a descender un momento a esos oscuros calabozos donde la luz del día no penetra jamás; y bajo rasgos desfigurados contemplad vuestros semejantes, magullados por sus grilletes, medio cubiertos por algunos harapos, infectados por un aire que no se renueva jamás y que parece impregnado de la ponzoña del crimen, roídos vivos por los mismos insectos que devoran los cadáveres en sus tumbas, escasamente nutridos con cualquier comida ordinaria distribuida avaramente, continuamente entristecido por las quejas de sus infelices compañeros y las amenazas de un despiadado guardián, menos asustados por el suplicio que atormentados por su espera; en este largo martirio de todos sus sentidos, piden en su auxilio una muerte, más dulce que su infortunada vida. Si estos hombres son culpables, son aún dignos de piedad, y el magistrado que difiere su juzgamiento es manifiestamente injusto por esto. La ley ha pronunciado un castigo público que debe bastar a la reparación de su crimen y a la satisfacción de la sociedad: el gran tormento de una prisión cruel es una pena adicional que sobrecarga al culpable, y perjudica a la vez al culpable y al público, y todos los momentos consumidos en la prisión son perdidos para el ejemplo de las costumbres. Y si estos hombres son inocentes, Oh dolor !!!, Oh piedad"!!!.Ver, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, en *Oeuvres édites et inédites de Servan*, París, Chez les Éditeurs, 1825, t.2, pág. 25 a 27.

32 La infamia era la disminución de la honra del ciudadano; desafortunadamente, quien pasa por una prisión queda con un INRI o marca difícil de borrar; lo mismo la familia; por esto, en el tiempo de la Revolución Francesa, *Guillotin* propuso, el 9 de octubre de 1789, en la Constituyente, el principio de la personalidad de la

encontrados luego inocentes, no fueron reverenciados por el pueblo y honrados con magistratura! ¿Por qué, pues, es tan distinto en nuestros tiempos el desenlace final de un inocente? Porque parece que en el presente sistema criminal, según la opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia sobre la de la justicia; porque se arrojan confundidos en la misma mazmorra a los meramente acusados y a los convictos[33]; porque la prisión es más bien un suplicio que una custodia del reo, y porque la fuerza

pena: "Siendo el crimen personal, la ejecución de un culpable no imprimirá ninguna deshonra para su familia. El honor de aquellos que pertenecen a ella no se considerará en absoluto manchado y podrán ser admitidos a todo tipo de profesiones, empleos o dignidades". En otro artículo proponía: "Cualquiera que reproche a un ciudadano la ejecución de uno de sus parientes será castigado"; ver: *Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela* y *Pierre Lenoël*, en, *Au nom de l'ordre, Une histoire politique du Code Pénal*, París, Edit. Hachette, 1989, pág. 94.

33 En su obra *Consulte Criminali*, recalca que sería un gran desorden que permanecieran confundidos en un mismo lugar "reos de diversa especie de delitos, y condenados a diversos grados de pena". En los sistemas de tratamiento penitenciario se insistirá en la necesidad de diferenciar las personas que están en detención preventiva, de los reos condenados, o "rematados", según el lenguaje a veces en uso. Ese es el primer paso, al que debe seguir la creación de "grupos regulares de detenidos", en orden a la individualización. La Escuela Positivista también reclamaría aquí a *Beccaria* como precursor. Ver: *Consulte Criminali*, en *Dei delitti e delle pene*, edición de Garzanti, citada, pág. 141; *Elías Neuman, Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*, Buenos Aires, Ediciones Panedille, 1971, pág.103 y siguientes. Por su parte, *Voltaire*, seguidor de *Beccaria*, expresa: "La detención preventiva es ya una pena por sí misma: ella entonces debe ser proporcionada a la gravedad del delito por el que se acusa al detenido. Hay que meter en el fondo del mismo calabozo un desgraciado deudor, y un asesino gravemente inculpado de parricidio?. Hay grados siempre, distinciones a hacer en cada género": *Le prix de la justice et l'humanité*, en *Oeuvres complètes de Voltaire*, París, Garnier Frères, Libraires- Éditeurs, 1880, t. IX, pág. 583.

interna protectora de las leyes está separada de la externa, defensora del trono y de la nación, cuando debieran ir unidas. Así, la primera estaría, mediante el común apoyo de las leyes, combinada con la facultad juzgadora, pero no dependería de ella con potestad inmediata; y la gloria que acompaña a la pompa y al fausto de un cuerpo militar, quitaría la infamia, la cual afecta más al modo que a la cosa, como todos los sentimientos populares; y se prueba por el hecho de que las prisiones militares son, en la opinión común, tan infamantes como las forenses. Persisten todavía en el pueblo, en las costumbres y en las leyes, con más de un siglo de retraso, inferiores en bondad a las luces actuales de una nación, las bárbaras impresiones y las feroces ideas de los septentrionales salteadores que tuvimos como antepasados[34].

34 El autor habla de "los septentrionales salteadores que tuvimos como antepasados"; esto lo debemos relacionar con lo que dijo en *Al Lector*: "Unos cuantos restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador, hechos compilar por un Príncipe que hace doce siglos reinaba Constantinopla, *entremezclados luego con ritos longobardos...*".Se refiere a las formas de juzgamiento de los Lombardos, bárbaros invasores de Italia; en efecto, ya he dicho que el imperio romano no pudo aguantar la presión de las hordas bárbaras que venían del norte; esto sucedió a fines de los años trescientos y durante el siglo V después de Cristo: Visigodos, Alanos, Vándalos, Burgundios, los Hérulos, Ostrogodos ; los Anglos y Sajones, quienes se ubicaron en Inglaterra; los Germanos, que se precipitaron sobre el imperio romano, ante la presión de los Hunos; estos, con *Atila* como jefe; se hacía llamar el "azote de Dios"; "donde mi caballo pisa no vuelve a crecer la hierba", decía. Todos ellos formaron reinos que fueron cayendo con el correr de los años; así, los Burgundios quedaron en manos de los francos; los Ostrogodos y Vándalos fueron vencidos por Justiniano, o sea por el Imperio Romano de Oriente; los Visigodos estuvieron hasta principios del siglo VIII, cuando en el 711 se dio la invasión árabe. En el siglo XI, los Anglos y Sajones fueron dominados por los normandos. Pues bien, del norte vinieron los llamados Lombardos, adjetivados "lobos rapaces", y entraron a Italia en el año 568, destruyendo todo

Capítulo VII — Indicios y formas de juicios

Hay un teorema general muy útil para calcular la certeza de un hecho, por ejemplo, la fuerza de los indicios de un delito. Cuando las pruebas de un hecho son dependientes la una de la otra, es decir, cuando los indicios no se prueban más que recíprocamente, cuantas más pruebas se aduzcan, tanto menor será la probabilidad del hecho, pues lo que haría que fallasen las pruebas antecedentes, hace que fallen las subsiguientes. Cuando las pruebas de un hecho dependen todas ellas por igual de una sola, el número de las pruebas no aumenta, ni disminuye la probabilidad del hecho, puesto que todo su valor se resuelve en el de la única de que dependen. Cuando las pruebas son independientes la una de la otra, es decir, cuando los indicios se prueban por otra razón que por sí mismos, cuantas más pruebas se aducen, tanto mayor es la probabilidad del hecho, pues la falacia de una prueba no

---

a su paso; lo poco que quedaba de romano, fue arrasado. A esto se sumó una peste entre 569 y 570: "toda Italia fue conquistada y esclavizada por los lombardos". Con los Romanos de Italia, no tuvieron sino la relación de vencedor a vencido, de amos a esclavos; "los italianos no son considerados como sujetos de derechos, sino como cosas divisibles", dice *Gabriele Pepe;* es más, en algunas regiones los obligaban a vestir como los invasores, para que se olvidara cualquier signo del pueblo autóctono. En materia penal se regían por el *Wehrgeld,* o sea la composición; era el precio de la sangre: se pagaban las ofensas, en especial el homicidio, con cierto número de carneros o de bueyes. De nuevo cito al último autor: en un sistema penal basado en tal institución, "no puede haber lugar para el sistema romano". Ver: *Gabriele Pepe, Le moyen age barbare en Italie,* París, Edit. Payot, 1956, página 85 y siguientes; 233 y siguientes. También reclamaban el combate como forma de resolver los conflictos, en lugar del juramento, que en cierto modo, "era la prueba de los cobardes", según lo referencia *Eduardo Bonnier, Tratado de las pruebas,* cit. pág. 694.

influye sobre la otra[35]. Yo hablo de probabilidad en materia de delitos, que para merecer pena deben ser ciertos. Pero desaparecerá la paradoja para quien considere que, en rigor, la certeza moral no es más que una probabilidad, pero probabilidad tal, que se la llama certeza, porque todo hombre de buen sentido consiente necesariamente en ella por una costumbre nacida de la necesidad de obrar y anterior a toda especulación. La certeza que se exige para declarar a un hombre reo, es, pues, la que determina a todo hombre en las operaciones más importantes de la vida[36]. Las pruebas

35 En materia de indicios, para determinar la fuerza probatoria del hecho mismo, hay que establecer la relación entre el hecho indicador y el indicado; siempre será una regla de oro la que daba *Mario Pagano*: "Cuando un efecto puede ser producido sólo por una causa, configura un indicio necesario. Inversamente, pudiendo ser producido el efecto por varias causas, surge el indicio probable, en que es menester hallar la verdadera causa entre las tantas que son posibles": *Principios del Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, año 2.002, pág. 90.

36 Pienso que ningún Juez o Tribunal puede condenar a una persona, si no tiene una convicción tal, que si viviese en tiempos más primitivos, aceptase el Juicio de Dios denominado *faux jugement*, convencido de salir vencedor; este juicio era practicado en Francia, pero con orígenes germanos, y consistía en lo siguiente: era un recurso brutal del reo contra los pares que lo juzgaban; cuando se pronunciaba la sentencia, si el reo la percibía como injusta, retaba a un duelo a todos los jueces, o a uno de ellos, arrojando al frente su arma de batalla; se guindaban en una lucha feroz; el fallo se mantenía, o se revocaba, según quien ganara; la parte vencida pagaba una multa, o sufría una pena cruel, según decidieran el resto de jueces. Ver, A. *Esmein, Histoire de la procedure criminelle en France*, cit., pág. 26; anota, me parece con un poco de sarcasmo, "era una forma de casación bárbara" (!!!). También se refiere al tema, *R. Garraud*, en *Précis du droit criminel*, París, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921, pág.30: destaca que en el derecho feudal, no se conocía la apelación porque cada corte se consideraba soberana; sin embargo, dice que había dos vías de recurso: la apelación por "defecto de derecho", en el cual el sujeto se quejaba de una denegación de justicia; y *l'appel de faux jugement*, apelación

de un delito se pueden distinguir en perfectas e imperfectas. Llamo perfectas a las que excluyen la posibilidad de que un individuo no sea reo; llamo imperfectas a las que no la excluyen. De las primeras, aun una sola, es suficiente para la condena; de las segundas se necesitan tantas cuantas basten para formar una, perfecta; es decir, si por cada una de ellas en particular es posible que uno no sea reo, por su unión en el mismo sujeto es imposible que no lo sea[37]. Nótese que las

---

de falso juzgamiento, "una especie de casación bárbara de enfrentamiento brutal del acusado contra los pares que lo juzgaban". Anota *Eduardo Bonnier* que si se vencía al juez, había un segundo combate con el adversario para decidir sobre lo dejado sin efecto: *Tratado de las pruebas*, cit. pág. 694.

37 Se trata de una concurrencia de circunstancias que lleven a la convicción; pero no puede tratarse de "medias pruebas", "cuartos de pruebas" que se adicionen. Es preciso probar la existencia del hecho principal, y sólo después tendrán valor los hechos aislados que se relacionen con él; de lo contrario, tendría razón el inglés que decía "que no concebía cómo con diez mil trozos de un caballo blanco, se podía hacer un caballo negro": *Tratado de las pruebas*, cit. páginas 681 y 682. *Voltaire* criticaba la costumbre de ir sumando cuartos de prueba y medias pruebas; con referencia a los testimonios, criticaba a los jueces de Tolosa que condenaron a *Calas:* "..pero en Toulouse se admiten las cuartas y octavas partes de pruebas. Por ejemplo, un *he oído decir*, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro *he oído decir* un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores, que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa; y fue poco más o menos sobre este principio como Juan Calas fue condenado a la rueda": *Comentarios*, cit., pág.173. Cuando se trata de valorar la prueba, no se trata de unir elementos, sino de hilvanar; pero hay que decirle al reo el valor que se da a cada medio probatorio; la manida frase que dice, *"del conjunto general de la prueba se infiere que..."*, es una estratagema para escamotear la debida motivación. Aquí es oportuno citar a *Giovanni Brichetti:* "Los varios elementos probatorios no son más que *"disiecta membra"* (miembros esparcidos), en espera de sucesiva

pruebas imperfectas de que pueda el reo justificarse y no lo haga debidamente, pasan a ser perfectas. Pero esta certeza moral de las pruebas es más fácil sentirla que definirla exactamente. Por eso creo óptima la ley que establezca asesores al juez principal, determinados por suerte, y no por elección, pues en este caso es más segura la ignorancia que juzga por sentimiento, que la ciencia que juzga por opinión. Donde haya leyes claras y precisas, el oficio de un juez no consiste más que en establecer la certeza de un hecho. Si para buscar las pruebas de un delito se exige habilidad y destreza; si para presentar el resultado de ellas hacen falta claridad y precisión, para juzgar de ese mismo resultado no se exige más que un simple y ordinario buen sentido, menos falaz que el saber de un juez acostumbrado a querer encontrar reos y que todo lo reduce a un sistema artificial, creación de sus estudios. ¡Feliz aquella nación donde las leyes no fueran una ciencia! [38].La más provechosa de las leyes

sistematización, que consiste en un cierto orden, en una cierta síntesis, en fuerza de la cual se afirma la legitimidad de su conexión. La verdad consiste precisamente en la conexión. Sin conexión, todas las inducciones, en las cosas de hecho, serían precarias. Decimos "conexión" y no "conjunción", porque los diversos datos probatorios no deben estar solamente el uno a continuación de otro, sino unidos por un vínculo necesario de causa a efecto, por un *nexus*, en forma de no poderse admitir uno de ellos sin admitir los otros. Por eso, la prueba es un "sistema de orden"; no siendo el orden otra cosa que la disposición, el acuerdo, la armonía, entre las varias partes de un todo, en vista de la obtención de un fin". Ver, *La "evidencia" en el proceso penal*, Buenos Aires, EJEA, 1973, pág. 10.

38 Esta frase es paradójica en *Beccaria* a quien se considera como el iniciador del derecho penal moderno; se explica por lo que ha dicho antes: la sentencia del juez debe ser un silogismo, la ley general, es la premisa mayor; premisa menor, el hecho; la conclusión, la libertad o la pena; el autor exige la existencia de jurados de conciencia, pares del procesado; estos deben establecer el hecho

es aquella en virtud de la cual cada hombre sea juzgado por sus iguales, pues donde se trata de la libertad y de la suerte de un ciudadano, deben callar los sentimientos que inspira la desigualdad; y aquella superioridad con que el hombre afortunado mira al infeliz, y aquel encono con que el inferior mira al superior, no pueden actuar en este juicio. Pero cuando el delito sea una ofensa a tercero, los jueces deberán ser, mitad iguales al reo, y mitad iguales al ofendido. Así, estando equilibrado todo interés particular, que aun involuntariamente modifica las apariencias de los objetos, no hablan más que las leyes y la verdad. Es también conforme a la justicia que el reo pueda excluir hasta cierto punto a quienes le sean sospechosos; y concedido que le haya sido esto sin contraste durante algún tiempo, parecerá como que el reo se condena por sí mismo. Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito, a fin de que la opinión, que es acaso el único coagulante de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones[39]; a fin de que el pueblo diga: no somos esclavos y estamos defendidos; sentimiento que inspira valor, y que equivale a un tributo para un soberano que conozca sus verdaderos intereses. No indicaré otros detalles y cautelas, que exigen, instituciones similares. No habría dicho nada, si hubiera de decirlo todo[40].

y para ello no se necesitarían conocimientos jurídicos. También conecta con la idea que dice que las leyes deben ser tan claras que para conocerlas basta con saber leer: no se necesitaría ciencia del derecho criminal para entenderlas.

39 Como anota *Calamandrei*, nota 2, pág. 118, edición de EJEA citada, aquí están los gérmenes de las reformas que habrían de venir: publicidad de los juicios, jurado popular, principio de la valoración libre de las pruebas superando el sistema de la tarifa legal, etc.

40 Por mi parte, creo que todo se diría con la siguiente regla: tanto más se aleje un procedimiento penal del sistema inquisitorial, es bueno; y tanto más inconveniente, cuanto más se aproxime a dicho sistema. Dice *Calamandrei*: "Es fácil apreciar cierto paralelismo

Capítulo VIII — De los testigos

Es un punto digno de consideración en toda buena legislación el determinar exactamente la credibilidad de los testigos y las pruebas del delito. Todo hombre razonable, esto es, que tenga una cierta coordinación en sus ideas y cuyas sensaciones sean conformes a las de los demás hombres, puede ser testigo[41]. La verdadera medida de su credibilidad

entre la disciplina del proceso y el régimen constitucional en el cual se desenvuelve. Inclusive en la actualidad existe un Estado absoluto y autoritario al que corresponde un proceso de tipo totalitario en el cual el juez lo puede todo y las partes son tratadas como cosas, y, por el contrario, en el Estado liberal y democrático el proceso reproduce en su estructura, como el cielo reflejado en el agua, la dialéctica del liberalismo y de la democracia": *Pietro Calamandrei, Proceso y democracia*, Buenos Aires, Ed. EJEA, 1960, pág. 154. El proceso penal en un Estado de Derecho no puede contentarse con una mera sucesión de actos formales que remeden garantías para el procesado; todos los actos tienen que estar teleológicamente orientados a salvaguardar la inocencia y a la sanción del culpable; es cierto que éste no ha respetado el derecho ajeno, pero eso no autoriza al Estado para tratarlo como cosa. Me pregunto si puede decirse que hay un trato digno como a persona, en un sistema procesal en el que se investiga al ciudadano a espaldas suyas, o si se le hace saber de la indagación, no se le permite aducir pruebas a favor!!!; esto va contra la naturaleza de las cosas, pues si se le pone al tanto de una indagación es para que se defienda; la persona tiene derecho a ejerce su defensa desde el momento en que exista conflictualidad entre ella y el Estado : *El que tenga ojos para ver, que vea*, dijo *Jesús de Galilea*...

41 Es un problema de valoración en cada caso; de antemano no puede rechazarse el testimonio del menor, del enajenado, del anciano, del ofendido; sin embargo, esas son circunstancias que exigen más atención por parte de quien pondera el testimonio; las obras de *Ellero, Framarino Dei Malatesta, Mittermaier, Gorphe, Altavilla*, y otros, condensan una sabiduría milenaria: todos remiten a la "sana crítica", la cual implica principios lógicos y reglas de la experiencia; conocer los principios lógicos es importante para no incurrir en

no es más que el interés que tenga en decir o no la verdad; y de ahí que resulte frívolo el motivo de la debilidad en las mujeres; pueril, la aplicación de los efectos de la muerte real a la civil en los condenados, e incoherente la nota de infamia en los infames, cuando no tengan interés alguno en mentir. Entre los demás abusos de la gramática, que no han influido poco en los asuntos humanos, es notable el que hace nula e ineficaz la deposición de un reo ya condenado. Está *muerto civilmente*, dicen los peripatéticos jurisconsultos, y un *muerto* no es capaz de ninguna acción. Por sostener esta vana metáfora, se han sacrificado muchas víctimas, y muy a menudo se han disputado con toda seriedad sobre si la verdad debía ceder o no a las fórmulas judiciales. Con tal de que las deposiciones de un reo condenado no lleguen a un punto que cierren el curso a la justicia, ¿por qué no habría de conceder, aun después de la condena, tanto a la extrema miseria del reo como al interés de la verdad, un espacio razonable para que, si aducía él cosas nuevas que cambiaran la naturaleza del hecho, pudiera justificarse a sí mismo o a otro con un nuevo juicio? Las formalidades y las ceremonias son necesarias en la administración de la justicia, para que nada se

---

paralogismos o sofismas (petición de principio, ignorancia de la cuestión, de distracción, entre otros); las reglas de la experiencia, son el "conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio", dice *Couture*; este mismo autor dice sobre las reglas de la sana crítica: "son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"; la primera cita, en *Eduardo J. Couture, Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1979, Vol. 1, pág. 192; la segunda, en *Las reglas de la sana crítica*, Montevideo, Editorial Ius, 1990, pág.25.

deje al arbitrio de la administración, para dar idea al pueblo de un juicio no tumultuario e interesado, sino estable y regular; porque sobre los hombres imitadores y esclavos de la costumbre, hacen más eficaz impresión las sensaciones que los raciocinios. Pero, sin un peligro fatal, no puede nunca fijarlas la ley de tal modo, que perjudiquen a la verdad, la cual, por ser o demasiado simple o demasiado complicada, necesita de cierta pompa exterior que le concilie el pueblo ignorante. La credibilidad pues, de un testigo debe disminuir a proporción del odio, de la amistad o de las relaciones íntimas que medien entre él y el reo[42]. Es necesario más de un testigo, pues mientras uno afirma y el otro niega, nada hay de cierto, y prevalece el derecho que cada cual tiene a que se lo crea inocente[43]. La credibilidad de un testimonio

42 Es la idoneidad moral de la que habla *Framarino Dei Malatesta:* "Para que el testigo tenga derecho a ser creído, es pues menester: 1-. Que no se engañe; 2-. Que no quiera engañar. El testigo que a causa de condiciones intelectuales o sensoriales, está fatalmente impedido para percibir, o que percibe falsamente, es un testigo inidóneo por falta o deficiencia de percepción de la verdad y el testigo que en virtud de condiciones morales tiende casi fatalmente a engañar, es testigo inidóneo por carecer de voluntad para decir la verdad. Por lo tanto, así los testigos que de modo cierto o casi cierto no pueden percibir la verdad, como los que cierta o casi ciertamente no la quieren decir, son testigos inidóneos. Por el contrario, son testigos idóneos los que, según se supone pueden percibir la verdad y quieren decirla". El criterio de validez, entonces siempre será el respaldo o no que el contenido del testimonio tenga en otras pruebas: se trata aquí de la valoración del testimonio por su aspecto objetivo: verosimilitud, coherencia, constancia o permanencia, no contradictorio en lo esencial, respaldo en otras pruebas. Ver: *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1973, t.2, pág.47.

43 El autor sigue el apotegma que decía, *testis unus, testis nullus*; en esto era seguidor de *Monstesquieu*, quien había expresado: "Las leyes que condenan a un hombre por la declaración de un solo testigo son funestas para la libertad. La razón exige dos porque si un

viene a ser tanto menor sensiblemente cuanto más aumenta la atrocidad de un delito[44] o lo inverosímil de sus circuns-

testigo afirma lo que un acusado niega, la verdad no se descubre y hace falta un tercero". Esta máxima aparece también en el *Deuteronomio*, Capítulo XIX, versículo 15: "un hombre no atestiguará contra el hombre, cualquiera sea el delito imputado: el dicho de dos o tres testigos puede confirmar la acusación". Cuando *Napoleon* la escuchó, expresó: "Así, pues, un hombre honrado no podrá hacer condenar por medio de su testimonio a un pícaro, mientras que dos pícaros sí podrán hacer que se condene a un hombre honrado". *Carlos Lessona*, con citas de *Ulpiano* y del *Digesto*, demuestra que es erróneo atribuir esta práctica en el derecho romano y afirma que en él no se rechazaba por insuficiente el dicho de un solo testigo para que el Juez formara su convicción, a menos que fuera recusable o sospechoso; y expresa: "Tal máxima se justifica con el peligro de fiarse a una sola persona, habiendo en ella tantas probabilidades de fraude o de error como en la deposición de más personas. Pero esta justificación no rige, pudiendo la deposición del testigo único ser necesaria y digna de fe". "Es por esto por lo que la mayoría de las leyes y de los escritores declaran no tener en el derecho moderno ningún valor la máxima testis unus, testis nullus". En la doctrina actual, la norma no tiene validez como principio absoluto; empero, cuando el testigo es único se deben extremar las precauciones en su valoración: su idoneidad física y moral; ver si es verosímil, si es expreso y claro; si es coherente, si es persistente o constante, si no se contradice consigo mismo, si está respaldado por otras pruebas que no dependan de su dicho; en una palabra, debe ser un testimonio que no admita ninguna base de crítica; el testimonio no debe tener fisuras. Ver, *Montesquieu, Del espíritu de las leyes*, cit., Libro XII, Capítulo III, págs. 209 y 210; *Napoleón*, citado *por Enrico Altavillla*, en *Sicología jurídica*, Bogotá, Editorial Temis, 1970, t. 2, pág. 868.

44 Nota de *Beccaria:* Entre los criminalistas, la credibilidad de un testigo viene a ser tanto mayor, cuanto más atroz es el delito. He aquí el axioma férreo, dictado por la más cruel imbecilidad: *In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi.* Traduzcámoslo al lenguaje vulgar, y vean los europeos uno de sus muchísimos e igualmente irracionales dictámenes a que, casi sin saberlo, están sujetos: *En los más atroces delitos* (es decir, en los menos probables), *las más leves conjeturas bastan, y es lícito al juez transgredir el derecho.* Los absurdos prácticos de la legislación son

tancias. Tales son, por ejemplo, la magia y las acciones innecesariamente crueles. Es más probable que varios hombres mientan en la primera acusación, porque es más fácil que se combinen en varios hombres, ya la ilusión de la ignorancia, ya el odio perseguidor, que el que un solo hombre ejerza una potestad que Dios no ha dado o que ha quitado a todo ser creado. Asimismo, en la segunda, porque el hombre no es cruel más que en proporción al propio interés de odio o de temor que experimenta[45]. No hay propiamente ningún sen-

a menudo producidos por el temor, fuente principal de las contradicciones humanas. Los legisladores (tales son los jurisconsultos autorizados para decidir de todo y para convertirse, de escritores interesados y venales, en árbitros y legisladores de la suerte de los hombres) asustados por la condena de algún inocente, cargaron la jurisprudencia de excesivas formalidades y excepciones, cuya exacta observancia haría que la anarquía impune se sentara en el trono de la justicia; atemorizados por algunos delitos atroces y difíciles de probar, se creyeron en la necesidad de superar las formalidades mismas establecidas por ellos; y así, unas veces con despótica impaciencia y otras con mujeril temor, transformaron la seriedad de los juicios en una especie de juego en que el azar y el engaño constituyen la figura principal.

45 En la actualidad se plantea el problema ético (moralidad o inmoralidad intrínseca) y político (de conveniencia) de los testigos pagados, o a quienes se otorga beneficio por delación, o colaboración; en principio son testimonios sospechosos por el interés; *Pietro Ellero* enseña: "Un testigo legítimo e inconcuso es aquel que consiste en que el que lo preste no tenga interés en mentir. Ahora bien, presúmese este interés de todo aquél de quien puede suponerse que espera un beneficio o teme un daño, a consecuencia del resultado del proceso". Basta conocer de manera mínima la naturaleza humana para saber que un sujeto condenado a una larga pena, o próximo a serlo, está a merced de quien le ofrece beneficios por su testimonio; es una forma de tortura psicológica, en sus resultados semejante a la tortura física: no hay que dañar el cuerpo si se puede dominar sobre el alma. Algunas veces, los delatores o colaboradores son testigos de profesión, se miente por oficio; tienen una proclividad a la mentira, o mienten por interés; se sacrifica así la inocencia, muchas veces, en función de mostrar resultados; son buenas las amonestaciones de

timiento superfluo en el hombre; es siempre proporcional

Mittermaier." Se han visto algunas veces criminales que, cuando han conocido no poder librarse de la pena se han esforzado en su desesperación en arrastrar a otros ciudadanos al abismo donde ellos mismos caían; otros designar como cómplices a inocentes, con el solo fin de apartar las sospechas de aquellos que realmente han tomado parte en el delito, y hacer la instrucción más embrollada y difícil, o también con la esperanza de alcanzar, complicando a personas de alta posición, un tratamiento menos riguroso". Agrega: "Si se ha prometido al cómplice, para hacerle hablar, una disminución de pena o el perdón, no hay que dar importancia alguna a sus declaraciones: sería peligroso creer a un testigo a quien sólo las promesas o su interés personal le obligan a hablar". Es importante ver en cuántas oportunidades y por qué causas el testigo ha declarado; *Noyes-Kolb* definen la personalidad como el "particular conjunto formado por los modelos de comportamiento y tendencias relativamente permanentes, que son característicos de un individuo"; es fundamental estudiar la actitud , el comportamiento habitual de esta tipología de testigos; sus hábitos de vida, deben poner en alerta al funcionario; dice *Francois Gorphe*:"Sabemos que el valor moral del testigo es el principal elemento que, hasta los últimos tiempos, han examinando los juristas, preocupados casi exclusivamente de investigar su sinceridad. Una buena moralidad es la mejor garantía de sinceridad...Hay categorías de testigos que presentan siempre moralidad sospechosa: los que viven en medios viciados y los que tienen hábitos de simulación y de superchería. Tales son las prostitutas y los malhechores". En el mismo sentido hablaba *Heráclito*: "Malos testigos son para los hombres los ojos y los oídos cuando se tiene almas bárbaras". Insisto, la clave de la credibilidad es la correspondencia o no con las demás pruebas del proceso, que no dependan, a su vez, del testimonio sospechoso. Ver, *Pietro Ellero, De la certidumbre en los juicios criminales*, cit., págs. 151 y 152; *C. A. Mittermaier*, en *Tratado de la prueba en materia criminal*, cit. págs. 352, 353 y 355; *Lawrence C. Kolb, Psiquiatría clínica moderna*, México, La Prensa Médica Mexicana, Primera Reimpresión de la Quinta Edición, 1977, pág.53; *François Gorphe*, en *La crítica del testimonio*, cit. pág. 102. El tema no es reciente en la historia; narra *Montesquieu* que en Roma todo ciudadano podía denunciar; pero esa costumbre republicana perduró en los tiempos de los Emperadores; entonces "se vio una turba de infames delatores. Todos los ambiciosos de alma baja delataban a cualquiera, culpable o no, cuya condena pudiera ser grata al príncipe: éste era el camino de

al resultado de las impresiones ejercidas sobre sus sentidos. Igualmente, la credibilidad de un testigo puede disminuir a veces, cuando sea miembro de alguna sociedad particular cuyos usos y máximas sean o no bien conocidos o distintos de los públicos. Ese tal hombre tiene, no sólo sus propias pasiones, sino también pasiones ajenas[46].

Finalmente, es casi nula la credibilidad de un testigo cuando se trate de un delito de palabras; porque el tono, el gesto, todo lo que precede y sigue a las diferentes ideas que los hombres atribuyen a unas mismas palabras, alteran y modifican de tal manera los dichos de un hombre, que es casi imposible repetirlas tal como precisamente se dijeron[47].

---

los honores y de la fortuna": *El espíritu de las leyes*, cit., Libro VI, Capítulo VIII, pág. 115.

46 No solo es sospechoso el testigo que pertenece a una sociedad cuyos usos sean poco conocidos o diversos de los públicos; la pertenencia militante a una organización, religiosa, política, etc., debe alertar en la valoración del testimonio; expresa *Gustave Le Bon*: "La imparcialidad en política es imposible, porque el hombre imparcial tendría inmediatamente en contra a todos los partidos, incluido también aquel a que perteneciera. El sectario o el partidario, tiene su razón encerrada en fórmulas dogmáticas estrechas, el corazón al servicio de rigurosos deseos colectivos, y no puede percibir convenientemente los distintos aspectos de un suceso que interese a su grupo, ni declarar sobre él libremente. Basta, para darse cuenta de ello, escuchar relatos, leer *comptes-rendus* o asistir a debates sobre acontecimientos que se refieran a las cuestiones que se llaman "candentes": sobre los hechos más sencillos, son afirmadas las declaraciones más distintas, en una mixtura confusa de falsas interpretaciones, en las que no se puede distinguir la mentira a causa de la ceguera. El espíritu de disciplina moderna de partido, observa *Fiore*, prolonga el espíritu de la antigua secta y de la antigua sociedad secreta"; en el mismo lugar, el autor francés cita a *Altavilla:* "La lucha electoral, es como una fiebre de un plexo social en el cual el alma sufre un cambio profundo": *François Gorphe*, en *La crítica del testimonio*, cit. pág. 175.

47 *Beccaria* hace aquí una aguda observación; en efecto, la lingüística enseña que el significado de una palabra no es el que da el

Además, las acciones violentas y fuera del uso ordinario, como son los verdaderos delitos, dejan huella de sí en la multitud de las circunstancias y en los efectos que de ellas se siguen, por tanto, cuanto mayor número de circunstancias se aduzcan en prueba, tanto mayores medios de justificarse se suministran al reo. Pero las palabras no quedan más que en la memoria, por lo común infiel y a menudo seducida de los oyentes. Es, pues, mucho más fácil una calumnia acerca de las palabras que acerca de las acciones de un hombre.

---

diccionario; el significado de una expresión está determinado por el "entorno idiomático": el tono, la celeridad o lentitud con que se la pronuncia, el gesto que la acompaña, el lenguaje corporal; el silencio también habla: "los Sonidos del Silencio...". Pensemos en los delitos de antes, herejía, lesa majestad; o en los actuales, calumnia e injuria. Esto que nos enseña la retórica moderna, está admirablemente visto en *Montesquieu*: "Nada hace más difícil la calificación del crimen de lesa majestad que el fundarse la acusación en palabras. Las palabras están sujetas a interpretación; y hay tanta diferencia entre la indiscreción y la malicia, y tan poca entre las expresiones que la una y la otra emplean, que la ley no puede someter las palabras a una pena capital; a no ser que declare expresamente qué palabras son las que a una tal pena quedan sometidas. Las palabras no forman un cuerpo de delito, no quedan más que la idea. Generalmente no son delictuosas por sí mismas, ni por sí mismas significan nada, sino por el tono en que se dicen. Suele suceder que, repitiendo las mismas palabras, no encierran siempre el igual sentido. El sentido depende no solamente del tono, sino también de la relación que tengan con otras cosas distintas de las expresadas. Algunas veces dice más el silencio que todos los discursos. No hay nada tan equívoco como las palabras. ¿Y ha de incurrirse con ellas en un crimen de lesa majestad?. Donde quiera que se entiende así, no existe libertad, ni siquiera su sombra"; Ver: *Del espíritu de las leyes*, Libro XII, Capítulo XII, edición de Heliasta, cit., pág., 218.

Capítulo IX—Acusaciones secretas[48]

Evidentes, pero consagrados desórdenes, y en muchas

48 Ya he resaltado que este fue uno de los capítulos que más dolor de cabeza causó a *Beccaria*; lo tomó a mal el gobierno de Venecia, donde el Tribunal de la Inquisición era un verdadero instrumento de gobierno. Era natural que el Consejo se sintiera aludido; todavía hoy nos estremecemos cuando visitamos en Venecia el *Palacio de los Dux*, al ver los buzones con cabeza de león (*bocche di leone*), con sus fauces abiertas para recibir acusaciones: bastaba que alguien de manera anónima introdujera un nombre para que a la persona se le encausara y se le encarcelara por años, sometido a un tenebroso proceso secreto. Es importante tener en cuenta que el gobierno oligárquico de la denominada "República" de Venecia, fundaba su poder, en gran medida, en la magistratura; el *Tribunal de los Diez*, el cual dependía del *Gran Consejo* era implacable, terrible por su forma de proceder, dice *César Cantú*; en su origen fue instituido para el juzgamiento de los delitos más graves, pero luego se amplió la competencia para conocer de todo hecho que pudiera interesar al servicio público; y teniendo por única regla la utilidad del Estado, se había convertido en órgano principal de gobierno y velaba porque ninguno de los nobles sobrepujara a los otros ante el pueblo. Con su secreto y con su trágico aparato inspiraba un terror que imponía quietud social interna. No obstante su omnipotencia, el *Gran Consejo* podía mantener o cambiar el *Tribunal* cada año, no dando la votación necesaria a todos, o a algunos de los componentes. El *Tribunal* garantizaba el *statu quo*, el marasmo de la estructura social; las ideas de la Ilustración estaban bloqueadas; así se expresa el historiador *Pietro Orsi:* "Venecia no parecía experimentar la influencia de las nuevas ideas; mientras todo el mundo se transformaba y modificaba obedeciendo a ellas, Venecia procuraba conservar intacto el edificio de su pasado, ante el temor de que si movía una sola piedra, todo él se viniera abajo". *Angelo Querini*, había librado una batalla contra los Inquisidores y contra el Consejo de *Los Diez* pidiendo reformas; fue encarcelado en 1761; sus partidarios exigían todavía repartición del poder, si bien dentro de la clase privilegiada. Cuando aparece el libro de *Beccaria* en 1764, es en ese ambiente de tensión. Pues bien, Lo anterior explica que el 9 de agosto, a no más de 15 días de la llegada del libro a Venecia, el Secretario de los Inquisidores de Estado enviara una carta al cónsul de Venecia en Livorno pidiéndole que indagara cómo llegó el manuscrito al editor *Marco*

naciones hechos inevitables por la debilidad de la constitución, son las acusaciones secretas. Una tal costumbre hace a los hombres falsos y solapados. Todo el que puede sospechar en otro un delator, ve en él un enemigo. Los hombres

---

Cotellini "y más aún si es posible saber quién es el autor"; también le pedía que averiguara si los libros remitidos al distribuidor en Venecia los había solicitado él; le recomendaba hacer la pesquisa con "toda la cautela y circunspección". Se pensaba entonces que el libro podía haber sido escrito por un partidario de *Angelo Querini*: de aquí la inquietud del Tribunal de la Inquisición. Ver: *César Cantú*, en *Beccaria e il diritto penale*, cit., pág.55; *Pietro Orsi, Historia de Italia*, Barcelona, Editorial Labor, Segunda Edición, 1935, pág. 268; esencial el artículo de *Gianfranco Torcellan, Cesare Beccaria a Venezia*, en *Rivista storica italiana*, cit. pág.720 y siguientes. Sobre lo que era y la forma de proceder del Tribunal de Venecia, es interesante la lectura de las *Memorias* de *Casanova, Caballero de Seinglat*, México, Empresas Editoriales, S.A., 1944; este liviano personaje solo estaba interesado en contar sus hazañas de alcoba, de modo que pueden considerarse objetivas sus descripciones y apreciaciones; él lo padeció, como que estuvo preso en la famosa cárcel de Los Plomos de Venecia; en varias partes lo podemos constatar; página 283: "Un secretario de embajada, a quien conocí años después, me dijo que un denunciador de oficio, asistido de testigos, pagados sin duda también por el terrible tribunal, me había acusado de no creer sino en el diablo...En Venecia, las únicas personas que pueden vivir en paz son aquellas cuya existencia ignora el terrible tribunal"; página 284: "En julio de 1755, el odioso tribunal ordenó al *messer grande* que me prendiese vivo o muerto. Nunca anuncian la menor de sus órdenes sin pena de muerte para el infractor"; página 285: "El tribunal, repuso él, puede declararte culpable de crímenes verdaderos o supuestos, de que no te dará cuenta"; a página 286 narra su captura: cuando le dicen que queda detenido por cuenta del tribunal, comenta: "¿Cuál es el imperio que ciertas palabras ejercen en el alma, y quién podría determinar su fuente?. Yo, que tanto alarde había hecho hasta entonces de mi valor, apoyado en mi inocencia, al oír la palabra *tribunal* quedé petrificado y sin más facultad que la material de obedecer pasivamente"; en la página 290 habla de la "santísima y horribilísima Inquisición"; página 294: "la palabra "justicia" parecía extraña a la organización de aquel horrible cuerpo".

Buzón de la Inquisición, Palacio de los Dux, Venecia.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

se acostumbran entonces a enmascarar sus sentimientos, y a fuerza de ocultarlos a los demás, llegan finalmente a ocultárselos a sí mismos. ¡Desdichados los hombres cuando han llegado a ese extremo! Sin principios claros e inmóviles que los guíen, vagan descarriados y fluctuantes en el vasto mar de las opiniones; preocupados siempre por salvarse de los monstruos que los amenazan, viven el momento presente amargados siempre por la incertidumbre del futuro; privados de los duraderos placeres del sosiego y la seguridad, apenas unos pocos de ellos, esparcidos aquí y allá en su triste vida y devorados con precipitación y desorden, los consuelan de haber vivido. ¿Y de esos hombres haremos nosotros los intrépidos soldados defensores de la patria y el trono? ¿Y entre ellos encontraremos los incorruptibles magistrados que, con libre y patriótica elocuencia, sostengan y desarrollen los verdaderos intereses del soberano, y lleven al trono, con los tributos, el amor y las bendiciones de todos los grupos humanos, y de él devuelvan a los palacios y a la cabañas la paz, la seguridad y la industriosa esperanza de mejorar la suerte, útil fermento y vida de los Estados?[49].

49 Esta es una verdadera andanada contra la Inquisición oficial; y fue valerosa, pues como lo expresaba *Pietro Verri* unos meses más tarde, con el gobierno de Venecia, "... todo puede pasar, veneno o un sicario"; y agregaba: "...se debe respetar el derecho de San Marcos". Ver: *Gianfranco Torcellan, Cesare Beccaria a Venecia*, cit. pág. 722. Esto llevó al autor a hacer un agregado, como destaca *Calamandrei* en la nota 1, página 124, de la edición de EJEA citada: el párrafo que va desde "*Cuáles son los motivos...*", hasta "*... me temblaría la mano y tendría toda la posteridad ante mis ojos*": fue publicada en ediciones posteriores a la primera; ahí introduce una frase que expresa "Yo respeto todo gobierno, y no hablo de ninguno en particular"; como si no quisiese involucrarse con Venecia, con el Tribunal de la Inquisición. Sin embargo, al dejar la referencia a *Montesquieu* poco hacía, pues éste había sido muy duro con los delatores en el Libro VI, Capítulo VIII: "...turba infame de delatores.."; y en el Libro XII, Capítulo XXIII, dice: "Hacen

¿Quién podrá defenderse de la calumnia, cuando esté ella armada con el más poderoso escudo de la tiranía, que es el secreto? ¿Qué clase de gobierno es aquel en que, quien gobierna, sospecha en cada uno de sus súbditos un enemigo, y se ve constreñido, en bien del público reposo, a quitarlo a todo el mundo?[50].

---

falta espías en la Monarquía?. El servirse de ellos no es práctica ordinaria de los buenos príncipes. Cuando un hombre es fiel a la legalidad ha satisfecho cuanto debe al príncipe. Lo menos que se le debe a él es que tenga su casa por asilo, y entera seguridad mientras no falte a las leyes. El espionaje, empero, podría ser tolerable, si fuera ejercido por gente honrada; pero la infamia necesaria de la persona puede hacer que se juzgue de la infamia de la cosa": *El espíritu de las leyes*, cit., pág. 226. *Montesquieu* fue siempre un crítico de los sistemas inquistoriales de investigación en general, como lo fue de la Inquisición en particular; ver: *Jean Ehrard*, en *Montesquieu et l'Inquisition*, en la revista *Dix-Huitième Siècle*, número 24, París, Presses Universitaires de France, 1992, pág. 333 a 344; a página 336 destaca su "constante hostilidad". *Jean Ehrard* anota que, sin embargo, no es lo suficientemente crítico con la Ordenanza de 1680, como sí lo fue *Voltaire*, pues al parecer no quería entrar en conflicto con sus compañeros de magistratura.

50 Este párrafo casaba como anillo al dedo para el gobierno de Venecia; y, reitero, por esto aquí se pensó que el libro venía de un disidente político; el 27 de agosto de 1764 los Inquisidores, no se sabe si por haber sido dubitativa o inexacta la respuesta del Cónsul de Venecia en Livorno, dictaron una resolución que obligaba al librero de Venecia, *Zuan Battista Pasquali*, a entregar los libros que tuviera en su bodega, dos que le quedaban; debía también entregar la lista de personas que habían comprado el libro; así se decía claramente la causa del proceder: "Habiendo recibido la noticia del Tribunal que se vendían donde el librero Pascuali el libro titulado De los delitos y penas, lleno de máximas perversas en relación con el estado, oscureciendo la disputa que cursa en el Consejo Mayor hace tres años. Sus Excelencias ordenaron a dicho librero entregar los ejemplares que tuviese todavía en su bodega...".Fue entonces por subversivo por lo que el libro fue condenado. Ver: *Gianfranco Torcellan, Cesare Beccaria a Venezia*, cit. pág. 726; *Facchinei* lo trató de subversivo y blasfemo, según lo visto.

¿Cuáles son los motivos con que se justifican las acusaciones y las penas secretas?. ¿La salud pública, la seguridad y el mantenimiento de la forma de gobierno? Pero ¿qué extraña constitución es ésa, en la que, quien tiene consigo la fuerza y la opinión, más eficaz que aquélla, teme de todos y cada uno de los ciudadanos?[51] ¿La indemnidad del acusador? Las leyes, pues, no lo defienden suficientemente. Y habrá súbditos más fuertes que el soberano. ¿La infamia del delator? Se autoriza, pues, la calumnia secreta, y se castiga la pública. ¿La naturaleza del delito? Si a las acciones indiferentes, hasta las provechosas al público, se las llama delitos, las acusaciones y los juicios no son nunca suficientemente secretos. ¿Puede haber delitos, es decir ofensas públicas, sin que al mismo tiempo

51 Nótese la importancia que se da a la opinión pública; esto fue propio de la Ilustración; así, *Voltaire* cuando se propone rehabilitar a *Calas* y al caballero *De la Barre*, víctimas del error judicial; el abate *Morellet*, le decía a *Beccaria* en carta de septiembre de 1766, "La opinión pública es sobre la que debemos contar. Ni los señores Voltaire, D'Alembert, ni Rousseau, ni vos, ni ningún otro filósofo, podrían jamás producir un efecto inmediato sobre el entendimiento de los que gobiernan, pero obraremos sobre la opinión pública; y ésta llegará en fin a subyugar a los fanáticos, y aun a los tiranos unos a otros". Ver *De los delitos y de las penas*, edición de Porrúa citada, pág. 400; a página 236 se transcribe la parte final de las notas de *Diderot* a la obra de *Beccaria*, afirmando que ella "convence desde el principio hasta el fin, al vulgo mismo, y que es por medio de este, que las verdades útiles deben pasar, para llegar como un grito público, a los oídos del gobierno". Empero, una cosa es la opinión pública y la libre opinión como una de las características del Estado de Derecho, y otra es que los fiscales, jueces y magistrados fallen con base en los Editoriales de los periódicos y revistas de opinión; se ha implantado la moda que los funcionarios peroren ante los micrófonos; siempre será mejor hacer lo que hacía un magistrado romano: era parapléjico y atendía en su lecho a las partes, acusación y defensa; una vez que escuchaba, decía: "ahora este tribunal se retira a deliberar": y se tapaba la cabeza con su cobija. Más vale el magistrado que falla frente a la soledad de su conciencia; pero claro, primero hay que tener conciencia...

exista el interés de todos en la publicidad del juicio? Yo respeto todo gobierno, y no hablo de ninguno en particular. Tal es a veces la índole de las circunstancias, que pueda creerse la extrema ruina el citar un mal cuando es inherente al sistema de una nación. Pero si hubiese que dictar nuevas leyes en algún ángulo olvidado del universo, antes que autorizar semejante costumbre, me temblaría la mano y tendría toda la posterioridad ante mis ojos.

Ha dicho ya *Montesquieu* que las acusaciones públicas son más conformes a la república, donde el bien público debería constituir la primera pasión de los ciudadanos, que a la monarquía, donde ese sentimiento es debilísimo por la naturaleza misma del gobierno, y donde es óptima regla destinar comisarios que con carácter público acusen a los infractores de las leyes. Pero de todo gobierno, tanto republicano como monárquico, debe dar al calumniador la pena que le correspondería al acusado.

Capítulo X — Preguntas sugestivas deposiciones

Nuestras leyes proscriben las preguntas llamadas *sugestivas* en los procesos: es decir, aquellas que, según los doctores, preguntan sobre la *especie*, cuando debieran preguntar sobre el *género*, en las circunstancias de un delito: es decir, las preguntas que, teniendo una inmediata conexión con el delito, *sugieren* al reo una respuesta inmediata. Las preguntas, según los criminalistas, deben envolver, como si dijéramos, espiritualmente el hecho, pero no ir nunca en línea recta hacia él. Los motivos de este método son, o para no sugerir al reo una respuesta que lo sitúe a la vista de la acusación, o acaso

porque parece ser contra la naturaleza misma que un reo se acuse inmediatamente por sí. Cualquiera que sea de estos dos motivos, es notable la contradicción de las leyes, que juntamente con esta costumbre autorizan la tortura; pues, ¿qué pregunta más sugestiva que el dolor? El primer motivo se verifica en la tortura, ya que el dolor sugerirá al robusto un obstinado silencio, a fin de cambiar la mayor pena por la menor, y al débil le sugerirá la confesión, a fin de librarse del tormento presente, más eficaz por entonces que el dolor futuro. El segundo motivo es evidentemente lo mismo, pues si una pregunta especial va contra el derecho natural de confesión, los dolores lo harán mucho más fácilmente, pero los hombres se rigen más por la diferencia de los nombres que por la de las cosas. Finalmente, el que en el interrogatorio se obstine en no responder a las preguntas que se le hagan, merece una pena fijada por las leyes, y pena de las más graves que se intimen, para que los hombres no eludan así la necesidad del ejemplo que deben al público. No es necesaria esta pena cuando está fuera de duda que un acusado ha cometido tal delito, de manera que las preguntas sean inútiles, de la misma manera que es inútil la confesión del delito cuando otras pruebas justifican su culpabilidad. Este último caso es el más ordinario, pues la experiencia demuestra que en la mayor parte de los procesos los reos son negativos.

Capítulo XI — De los juramentos

Una contradicción entre las leyes y los sentimientos naturales al hombre, nace de los juramentos que se exigen al reo, aunque sea un hombre veraz, cuando tiene el máximo inte-

rés en ser falso; cual si el hombre pudiese jurar con verdad que contribuirá a su propia destrucción; cual si la religión no callase en la mayor parte de los hombres, cuando habla el interés. La experiencia de todos los siglos ha demostrado que, ellos más que de ninguna otra cosa, han abusado de este precioso don del Cielo. ¿Y por qué habrán de respetarla los criminales, si los hombres a quienes se estima como más sabios la han violado tan a menudo? Demasiado débiles, por demasiado alejados de los sentidos, son para la mayoría los motivos que la religión opone a la perturbación del temor y al amor a la vida. Los asuntos del Cielo se rigen por las leyes totalmente diferentes de las que regulan los asuntos humanos. ¿Y a qué comprometer los unos con los otros? ¿Y para qué poner al hombre en la terrible disyuntiva, o de ofender a Dios o de contribuir a la propia ruina? Así, la ley que obliga a semejante juramento, manda o ser mal cristiano o ser mártir. El juramento pasa a ser poco a poco una simple formalidad, destruyéndose de ese modo la fuerza de los sentimientos religiosos, única garantía de honestidad en la mayor parte de los hombres. Cuán inútiles sean los juramentos lo ha hecho ver la experiencia, pues cualquier juez puede serme testigo de que ningún juramento ha hecho jamás decir la verdad a ningún reo; lo hace ver la razón, que declara inútiles, y , por consiguiente dañosas, todas las leyes que se opongan a los sentimientos naturales del hombre. Les acaece a ellas lo que a los diques directamente opuestos a la corriente de un río: o son inmediatamente abatidos y desbordados, o un remolino, formado por ellos mismos, los corroe y los mina insensiblemente.

Capítulo XII — De la tortura[52]

Una crueldad, consagrada por el uso de la mayor parte de las naciones, es la tortura del reo mientras se desarrolla el proceso, bien para constreñirlo a que confiese un delito, bien por las contradicciones en que pueda incurrir, bien para el posible descubrimiento de sus cómplices, bien por no sé qué metafísica e incomprensible purgación de infamia, bien, finalmente, por otros delitos de que pudiera ser reo, pero de los cuales no se lo acusa[53].

52 Torturar es infligir dolor, físico o sicológico, como medio para obtener una confesión, o como sanción. Podemos decir que en el mundo jurídico, la obra *De los delitos y de las penas*, ante todo se connota por su lucha contra la pena de muerte (aunque no total), y su oposición frontal a la tortura, al punto tal que cuando *Voltaire* finaliza el tema de la tortura, en los *Comentarios* al libro de *Beccaria*, expresa: "Vergüenza tengo de haber hablado sobre este particular después de todo lo que ha dicho sobre él el autor de *De los delitos y de las penas*. Todo lo que debo hacer es encargar que se lea a menudo la obra de este defensor de la humanidad". Ver: *Comentarios*, cit. pág. 150. Hay que insistir en que la posición de *Beccaria* sólo se explica en la perspectiva de un Estado y un derecho penal con límites: no todo es válido, el maquiavelismo no aplica aquí.

53 En este pasaje están enunciadas, *grosso modo*, los casos en los que se practicaba la tortura en el Antiguo Régimen; nota distintiva del procedimiento penal de entonces era el uso de la tortura; desde los romanos, se pensaba que la confesión era la máxima de las pruebas: "*habemus confitentem reum*", "tenemos reo que confiesa", así inicia *Cicerón* su arenga en su defensa *Pro Ligarios*: "Ya tienes, Tuberón, una gran ventaja para el que acusa: el reo confeso...". Y ella se obtenía, si era necesario, por medio de la tortura. En el derecho romano, no se autorizaba la tortura sino para los esclavos; con el correr del tiempo, esto varió en peor. La *quaestio* se definía como la "investigación de la verdad por medio del tormento", así de simple era como se significaba la barbarie. En el sistema inquisitorial había dos clases de tortura: la *quaestio preparatoria*: ésta completaba la instrucción, cuando se consideraba que las pruebas no eran suficientes; a su vez, se distinguía entre tortura *ordinaria*

A un hombre no se lo puede llamar *reo* antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se la otorgó. ¿Cuál es, pues, el derecho, si no es el de la fuerza, que dé potestad a un juez para aplicar una pena a un ciudadano mientras se duda todavía si es reo o es inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o 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 tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados[54].

---

y tortura *extraordinaria*, denominada así porque en ella se acrecentaban los rigores de la primera; y la *quaestio praevia*: era la que se aplicaba antes de ejecutar la pena de muerte con varios fines: obtener la revelación de cómplices, el escarmiento, y la purga de la mancha. También se aplicaba la tortura a los vagabundos sospechosos, para hacerles cantar su verdadero nombre: "podrías quizá dictar sentencia contra un anónimo?", se preguntaba en un Voto del Senado de Milán. No se sabe de qué se abusaba más durante la época del *Antiguo Régimen*, si de la pena de muerte, o de la tortura. Ver *Marco Tulio Cicerón, En defensa de Q. Ligario*, en *Obras completas de Marco Tulio Cicerón, Vida y Discursos*, Buenos Aires, Ediciones Anaconda, 1946, t. 6, pág. 281; *Rodolfo Mondolfo, Cesare Beccaria y su obra*, cit. pág.20.

54 Al parecer, en este capítulo fue máxima la influencia de *Pietro Verri*; en efecto, *Pedro* trabajaba desde hacía mucho tiempo sobre el tema y de ese material se alimentó *Beccaria*; es verdad que el libro del conde *Verri* sólo se redactó de manera definitiva entre 1776 y 1777, pero los estudios históricos y la argumentación en contra del tormento, ya estaban escritos. Todo parece indicar que *Pedro* no se atrevió a publicar el trabajo, para no entrar en abierta polémica con su padre, el conde *Gabriel Verri*, Senador de la Lombardía ante Viena, quien se manifestó contrario al decreto del 2 de enero del año 1776, mediante el cual la Emperatriz *María Teresa* abolió la tortura. Según el Senador, la tortura como medio de investigación, debía ser moderada pero no abolida. En efecto, dicha prohibición no era obligatoria para los Estados italianos

¿Cuál es el fin político de las penas? El terror de los otros hombres, ¿Pero qué juicio habremos de emitir nosotros de las secretas y privadas carnicerías que la tiranía del uso ejerce sobre los reos y sobre los inocentes? Es importante que no quede impune ningún delito manifiesto; pero es inútil delatar a quien haya cometido un delito que está sepultado en las tinieblas. 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. Siendo verdad que es mayor el número de los hombres que por temor o por virtud respetan las leyes que el de los que las infringen, el riesgo de atormentar a un inocente es tanto mayor cuanto mayor es la probabilidad

---

del Imperio. Fue sólo el 11 de septiembre de 1789 cuando *José II* impuso la abolición para todo el Imperio. El libro de *Pedro Verri* sólo sería publicado en 1804, siete años después de su muerte, con el título *Observaciones sobre la tortura y singularmente sobre los efectos que produjo en la ocasión de las unciones maléficas a las cuales se atribuyó la peste que devastó a Milán el año 1630.* En español ha sido publicada, según se ha citado ya, como *Observaciones sobre la tortura*, por Editorial Depalma, con Prólogo y notas de *Manuel de Rivacoba y Riacoba;* el centro de la atención de la obra fue el proceso que se siguió a unas sencillas personas de Milán, acusadas de propagar la peste en el citado año 1630, embadurnando algunos muros de las casas con ungüentos mortíferos; en dicho proceso la tortura ocupó lugar decisivo. Dicho sea de paso, *Manzoni*, quien en tanto que liberal católico se puede considerar un heredero de la Ilustración, retomó el tema de los supuestos embadurnadores tratado por *Pietro Verri* en sus *Observaciones*; y lo hizo en su obra cumbre, *Los novios*, y en un libro aparte, *Historia de la columna infame.* Ver: *Los Novios*, en *Maestros Italianos*, cit.t.2, pág. 619 y siguientes; la historia de los untadores se encuentra a partir del Capítulo XXXI, edición citada pág. 1121 ; en español se ha publicado la *Historia de la columna infame*, Madrid, Alianza Editorial, en la Colección Alianza Tres, Número 207, año 1987, con Nota de *Leonardo Sciasca.*

de que un hombre, en igualdad de circunstancias, las haya respetado en vez de despreciarlas.

Pero agrego, además, que es querer confundir todas las relaciones, exigir que un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado; que el dolor pase a ser el crisol de la verdad, cual si el criterio de ella residiera en los músculos y en los nervios de un desdichado.

La ley que ordena la tortura, es una ley que dice: *Hombre, resistid al dolor; y si la naturaleza ha creado en vosotros un inextinguible amor propio, si os ha dado un inalienable derecho a defenderos, yo creo en vosotros un afecto totalmente contrario, a saber, un odio heroico hacia vosotros mismos, y os mando que os acuséis y digáis la verdad aun en medio de los desgarramientos de vuestros músculos y las dislocaciones de vuestros huesos.*

Este infame crisol de la verdad es un monumento existente todavía de la legislación antigua y salvaje, cuando se llamaban *juicios de Dios* a las pruebas del fuego y del agua hirviendo, así como a la incierta suerte de las armas; 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. La única diferencia entre la tortura y las pruebas del fuego y del agua hirviendo, es que el éxito de la primera parece depender de la voluntad del reo, y el de las segundas de un hecho físico y exterior; pero esta diferencia es sólo aparente, no real. Es tan poco libre de decir uno la verdad entre los espasmos del dolor y las congojas, como lo era entonces el impedir sin fraude los efectos del fuego y del agua hirviendo. 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 de la pena. Entonces la respuesta del reo es tan inevitable y necesaria como las impresiones del fuego o del agua[55]. Entonces el inocente sensible se proclamará reo, si

55 *Beccaria* se refiere a los Juicios de Dios como a una época bárbara, para criticar la tortura, parificando la inexorabilidad de las leyes físicas con las consecuencias de la violencia en el torturado. Unas palabras sobre el tema que el autor evoca: en la aplicación primitiva de la justicia penal, no siempre se podían resolver las cosas por el golpe de la espada, siendo necesarias pesquisas especiales; de aquí la necesidad de un sistema pruebas acorde con el grado de desarrollo de la humanidad; las deficiencias de la propia capacidad intelectiva del hombre se suplió con los recursos sobrenaturales de la magia, del animismo, de la superstición. Fue así como surgieron los Juicios de Dios los cuales, hasta lo que se sabe, hacen parte de toda sociedad primitiva; sin embargo, se hacen más patentes en la Edad Media, pues se tenía aquí 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 de *Ladislao Toth*, "tenían por objeto la revelación de la justicia divina y la investigación de la justicia humana". Como especies de los Juicios de Dios, son mencionados el Duelo, el Juramento y las Ordalías. El *Duelo*, era un enfrentamiento de contendientes con armas: se pensaba que la razón y la justicia siempre saldrían avantes; se presenta como un progreso, pues ya no depende la decisión sólo del azar, sino también de la fuerza y habilidad de los contendores; para llegar hasta aquí, se requirió una mayor evolución psíquica. El *Juramento* consistía en poner a Dios como testigo y vengador: se usaba a falta de prueba de testigos, o cuando no había acusador, o éste no disponía de prueba alguna: se juraba por la cruz, por el altar, o por las reliquias de los santos. La *Ordalía*, según *Manzini*, es una institución mundial y la define con *Patetta* así: "Es *ordalía* todo procedimiento de cualquier género con el que se cree posible inducir a seres sobrenaturales para que manifiesten de un modo determinado su decisión sobre una cuestión de la que han de nacer efectos jurídicos". Se afirma que la palabra *Ordalía* viene de la palabra germana *ordela*, formada de *ord*, que quiere decir, *grande*,

cree que con ello hará cesar el tormento. Toda diferencia entre culpables e inocentes desaparece por el medio mismo

y de *duel* o *dele*, que es *fallar*, o sea que sería "gran fallo", o "Fallo de Dios"; también se dice que viene de la palabra *ordeum*, esto es, *cebada*, porque se obligaba al reo a comer pan de cebada, creyendo que el culpable se ahogaba con las migas de él; también se ha hace descender de *Urteil*, que en alemán significa sentencia; por su parte, *Manzini*, dice que *Ordalía* viene de la expresión anglo-sajona *ordal*, que quiere decir decisión o fallo.

Como formas de la *Ordalía*, se destacan: -*La prueba del fuego:* al sospechoso se le hacía coger un hierro al rojo vivo y el que se quemara o no, determinaba que fuera inocente o culpable; -*La prueba del agua hirviendo*: el procesado era obligado a meter sus manos en agua hirviente; enseguida se introducían sus manos en un saco y al cabo de tres días se comprobaba si había o no quemaduras: de esto dependía la responsabilidad o no de la persona; -*La prueba del agua fría*: al reo se le arrojaba a un charco de agua: si se hundía era inocente, si flotaba era culpable; la inferencia era la siguiente: al agua previamente se la bendecía; si había inmersión era prueba de aceptación; si flotaba era signo de rechazo y, por ende, de falta; -*La prueba del pan:* el acusado debía tragar un gran trozo de pan sin masticarlo; si se atragantaba, era culpable, y si no, inocente. Si eran dos los sospechosos, el que más pan engullía era declarado inocente; - El juicio por falso juzgamiento, *faux jugement*, ya explicado.-Hubo otro rito llamado *"prueba del féretro o ataúd"*: a los sospechosos se les hacía tocar el muerto: si en ese momento por la herida chorreaban gotas de sangre, era signo de responsabilidad

La institución es una progresión respecto de las fases de la venganza y defensa privadas; con todo lo bárbara que nos parezca hoy la *Ordalía*, significó, sin embargo, una evolución, pues implicaba ya una forma de procedimiento y de rito. Es otra de las paradojas del derecho penal, como el talión: nos parece muy primitivo, pero fue un progreso, porque implicaba proporcionalidad. *Vicente Manzini*, en *Paleontología Criminal*, Madrid, Casa Editorial Viuda de Rodríguez Serra, sin fecha, páginas 79 y 81; *Ladislao Thot*, *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal (arqueología criminal)*, La Plata, Talleres de Impresiones Oficiales, 1940, páginas 150 y 151; la prueba del pan la he tomado de *Theodor Reik*, *Psicoanálisis del crimen, El asesino desconocido*, Buenos Aires, Ediciones Hormé S.A.E, 1965, páginas 178 y 179; la "prueba del féretro o ataúd", la leí en: *Eduardo Bonnier*, *Tratado de las pruebas*, cit., página 693.

que se pretende empleado para descubrirla. Este es el medio seguro para absolver a los criminales robustos y condenar a los inocentes débiles[56]. He aquí los fatales inconvenientes de este pretendido criterio de verdad, criterio digno de caníbales, que los romanos, bárbaros ellos también por más de un título, reservaban sólo a los esclavos, víctimas de una feroz y demasiado alabada virtud.

56 El argumento central en contra de la tortura es claro: la tortura es un medio ilegítimo para obtener la verdad, pues por la tortura, *el culpable aunque culpable, si es fuerte, resulta inocente; y el inocente, aunque inocente, si es débil, resulta* culpable; ya lo había dado de forma nítida *Cicerón* en su *Oratio pro Syla, Defensa de Sila:* "En las torturas todo lo hace el dolor, y la suerte del torturado depende del temple más o menos vigoroso de su ánimo y de su cuerpo"; y *La Bruyère* también había expresado: "El interrogatorio con tormento es una invención maravillosa, y que no falta, para perder al inocente de complexión débil, y salvar al culpable de constitución robusta". Sin embargo, de modo inmediato, fue de *Pedro Verri*, de quien *Beccaria* tomó el argumento central, el cual pervive indestructible; luego fue retomado por *Carrara*, en muchos aspectos continuador de la obra de *Beecaria*: "la razón demuestra que, con ese medio, la culpabilidad y la inocencia dependen del valor o de la dureza de nervios del reo", dice el Maestro de Pisa. Ver: *Marco Tulio Cicerón, En defensa de P. Sila*, en *Obras completas de Marco Tulio Cecerón*, Buenos Aires, Ediciones Anaconda, 1946, t. 5, pág. 458; *La Bruyère, Los caractéres o las costumbres de este siglo*, capítulo *De algunos usos*, Parágrafo 51, México, Editorial Porrúa, Segunda Edición, año 2.003, pág. 247; en la traducción de Editorial Aguilar, Colección Crisol, 1944, pág. 524, hay una imprecisión en la traducción: se dice, "El interrogatorio es un invento maravilloso..."; en verdad, la palabra francesa *questio*, tiene como primera acepción , "petición que se hace", en el sentido de interrogar; sin embargo, en la última acepción quiere decir, "tortura infligida a los acusados o condenados para arrancarles confesiones", y es en ese sentido como hay que traducir la *questio*: *Dictionaire, Le Petit Robert*, París, Societé du Nouveau Littré, 1973, pág. 1438; en resumen, no es un mero "interrogatorio", sino interrogatorio mediante tortura, al cual se refiere *La Bruyère*; *Francesco Carrara*, en, *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Editorial Temis, 1957, t.2, pág. 423.

De dos hombres igualmente inocentes o igualmente culpables, el vigoroso e intrépido será absuelto, y el débil y asustadizo será condenado, en virtud de este razonamiento exacto: *Yo, juez, debía haberos encontrado reos de tal o cual delito; tú vigoroso, has sabido resistir al dolor y, por tanto, te absuelvo; tú débil, has cedido a él y, por tanto, te condeno. Comprendo que la confesión arrancada a fuerza de tormentos no tendría fuerza alguna, pero yo os atormentaré de nuevo si no ratificáis lo que habéis confesado en ella.*

El resultado, pues, de la tortura es cuestión de temperamento y de cálculo, que varía en cada hombre a proporción de su robustez y sensibilidad; tanto, que con este método un matemático resolvería mejor que un juez este problema: dada la fuerza de los músculos y la sensibilidad de los nervios de un inocente, determinar el grado de dolor que lo haga confesarse reo de un determinado delito.

El interrogatorio de un reo se hace a fin de conocer la verdad; pero si esta verdad difícilmente se descubre en el aspecto, en el gesto, en la fisonomía de un hombre tranquilo, mucho menos se la descubrirá en un hombre en quien las convulsiones del dolor alteran todos los signos por los cuales el rostro de la mayor parte de los hombres deja traslucir, a veces a su pesar, la verdad. Toda acción violenta confunde y hace desaparecer las menores diferencias de los objetos por las que en ocasiones se distingue lo verdadero de lo falso[57].

57 Palabras de *Servan:* "Es cierto que las leyes aprueban este método inconcebible y que el uso lo consagra?; y reprochamos a los antiguos sus circos y sus gladiadores, a nuestros padres su prueba del agua y del fuego, Ah!!!, antes de entregarlo al verdugo, hagamos combatir al acusado en la arena, así al menos tendría la libertad de defenderse: que se le arroje en medio de las llamas, así tendría al menos la esperanza del azar o de la huída. Crueles e insensatos

Una extraña consecuencia, que necesariamente se sigue del uso de la tortura, es que al inocente se lo pone en peor condición que al reo; pues si a ambos se les aplica el tormento, el primero lleva las de perder; ya que, o confiesa el delito y se lo condena, o se lo declara inocente, y ha sufrido una pena indebida. En cambio, el reo tiene una probabilidad a su favor, toda vez que si resiste con firmeza a la tortura, se lo 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.

Finalmente, esta verdad la sienten, si bien confusamente, aun aquellos mismo que de ella se apartan. No vale la confesión hecha durante la tortura si no se la ratifica con juramento después de cesada aquélla; pero si el reo no confirma el delito, se lo tortura de nuevo. Ciertos doctores, y algunas naciones, no permiten esa infame petición de principio más que por tres veces; otras naciones y otros doctores la dejan a criterio del juez.

que somos!!!; son estos los gemidos que queremos escuchar, Ah!!!, sin duda, se puede ordenar la tortura; pero si es esta la verdad que nosotros buscamos, es en la turbación del dolor como esperamos encontrarla?; Ay!!!, quién entre vosotros no ha probado el dolor?; qué hombre ignora su terrible impresión sobre un ser que la sensibilidad vuelve tan débil?. El hombre que sufre no se parece más a sí mismo; gime como un niño, se sacude como un loco; llama en su auxilio a la naturaleza entera; su débil inteligencia comparte bien pronto la agitación de sus sentidos, y la aumenta más por la imaginación; sus ideas no están menos alteradas que sus rasgos; todas sus facultades, actuantes y abatidas sucesivamente, se agitan y vuelven a caer; y en esa convulsión general de su ser nada es constante, solo el violento deseo de terminar con la causa de su sufrimiento. Reunid si vosotros lo deseáis, todos los crímenes, y perseguid un hombre mediante el dolor, se va a cubrir si allí cree encontrar su asilo"; Ver: *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, cit., págs. 54 y 55.

Es superfluo insistir citando los innumerables ejemplos de inocentes que se confesaron reos por las angustias de la tortura; no hay nación ni hay edad que no cite los suyos; pero los hombres ni cambian ni sacan consecuencias. No hay hombre a quien sus ideas lo hayan lanzado más allá de las necesidades de la vida y alguna vez no corra hacia la Naturaleza, que con secretas y confusas voces lo llama hacia sí; el uso, tirano de las mentes, lo repele y ahuyenta.

El segundo motivo es la tortura que se da a los supuestos reos cuando, al examinarlos, caen en contradicción; como si 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, no debieran probablemente hacer caer en contradicción tanto al inocente que teme como al reo que trata de encubrirse; cual si la contradicciones, comunes a los hombres cuando están tranquilos, no hubieran de multiplicarse en la perturbación del ánimo, absorbido todo él en el pensamiento de salvarse del peligro inminente.

Se da la tortura para descubrir si el reo lo es por otros delitos, además de aquellos de que se los acusa; lo cual equivale a ese 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 yo que seas reo.*

La tortura se da a un acusado para descubrir los cómplices de su delito. Pero si está demostrado que no es medio oportuno para descubrir la verdad, ¿cómo podrá servir para descubrir a los cómplices, que es una de las verdades que hay que descubrir? Cual si el hombre que se acusa a sí

mismo, no acusara más fácilmente a los demás[58]. ¿Es justo atormentar a los hombres por delitos ajenos? ¿No se descubrirán los cómplices por el interrogatorio de los testigos, por el interrogatorio del reo, por las pruebas y por el cuerpo del delito, en una palabra, por todos los mismos medios que deben servir para certificar el delito del acusado?

Los cómplices, por lo común, huyen inmediatamente después de la prisión de su compañero; la incertidumbre de su suerte los condena por sí sola al exilio, y libra a la nación del peligro de nuevas ofensas, mientras que la pena del reo que está en la cárcel, obtiene el único fin que le es propio, el de apartar por el terror a los otros hombres de un delito igual.

Otro ridículo motivo de la tortura es la purgación de la infamia; o sea, que un hombre juzgado infame por las leyes, debe confirmar su deposición con el dislocamiento de sus huesos. Este abuso no debiera tolerarse en el siglo XVIII. Se cree que el dolor, que es una sensación, limpiará la infamia, que es una mera relación moral. ¿Es acaso un crisol? ¿Es acaso la infamia de un cuerpo mixto impuro? No, la infamia es un sentimiento no sujeto ni a las leyes ni a la razón, sino a la opinión común. La tortura misma ocasiona una infamia real a su víctima. Por consiguiente, con este método, se quitará la infamia dando la infamia.

No es difícil remontarse al origen de esta ley ridícula, pues los absurdos mismos que son adoptados por una nación entera, tienen siempre alguna relación con otras ideas comúnmente respetadas por esa misma nación. Parece que

58 Esta idea está claramente expresada por *Verri*, en sus *Observaciones sobre la tortura*, citada, página 125: "..un hombre que se acusa a sí mismo, no tendrá dificultad por lo común para nombrar a los cómplices".

este uso fue tomado de las ideas religiosas y espirituales, que tanta influencia tienen sobre los pensamientos de los hombres, sobre las naciones y sobre las edades. Un dogma infalible nos asegura que las máculas contraídas por la debilidad humana y que no han merecido la ira eterna del Ser Supremo, deben ser purgadas por un fuego misterioso; ahora bien, 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? Yo creo que la confesión que en ciertos tribunales se exige como esencial para la condena, tiene un origen similar; porque en el misterioso tribunal de la penitencia la confesión de los pecados es parte esencial del sacramento. He aquí cómo los hombres abusan de las más seguras luces de la revelación. Y como esas luces son las únicas que persisten en los tiempos de ignorancia, a ellas recurre la dócil humanidad en todas las ocasiones y de ella hace las más absurdas y remotas aplicaciones[59].

59 Esa conexión que encuentra *Beccaria*, entre el modo de proceder religioso y el procedimiento penal, creo que se puede explicar así: en la tradición católica se distingue entre pecado venial y pecado mortal; se llama así porque mata el alma del pecador; entonces se necesita la confesión, la cual tiene fases o etapas: el *examen de conciencia*; *contrición de corazón*, es decir, dolor, pesar, arrepentimiento; *propósito de enmienda*, la *confesión de boca* y *satisfacción de obra*. La confesión misma es una purificación; dice *Jean Delimeau*: "Tan grande es la humillación y la vergüenza inherentes a la confesión que la Iglesia católica vio en ésta la expiación de la falta y, generalmente, acuerda su absolución de inmediato a esta 'confesión'". Ahora bien: así como el fuego purifica el oro en el crisol, de igual manera el dolor de la tortura purificaría la infamia de la falta. Y en la *quaestio praevia*, tortura previa a la muerte, el sufrimiento tiene por finalidad purificar el alma para que llegue a la otra vida *sine macula*, sin mancha. Esto es patente, por ejemplo, en la sentencia de *Jean Calas*: el anciano

Estas verdades fueron conocidas por los legisladores romanos, entre los cuales no se encuentra que hubieran usado de tortura alguna más que con los esclavos, a quienes se les había sustraído toda personalidad; están adoptadas en Inglaterra, nación donde la gloria de las letras, la superioridad del comercio y de las riquezas, y, por tanto, del poder, así como los ejemplos de virtud y de valor, no nos permiten dudar de la bondad de sus leyes[60]. La tortura ha sido abolida

hugonote, sindicado y condenado por el supuesto asesinato de su hijo en Tolosa en 1762 (que con tanto empeño habría de hacer rehabilitar *Voltaire*), una vez quebrados sus huesos y dislocado por la rueda, debía padecer: "...3.Que después de haberle hecho subir de nuevo a la mencionada carreta, le conduciría el verdugo a la plaza de San Jorge, en donde sobre un tablado le rompería y haría pedazos piernas, muslos, brazos y riñones; 4. Hecho esto, el mismo verdugo le llevará y pondrá sobre una rueda, echado boca arriba, para que viva allí padeciendo y arrepintiéndose de sus susodichos crímenes y maldades y para que sirva de ejemplo e infunda terror a los malvados todo el tiempo que plazca al Señor concederle vida". Ver: *Jean Delumeau*, en *L´aveu et le pardon, Les difficultés de la confesión XIII-XVIII siècle*, París, Editorial Fayad, 1990, pág.23; la parte de la sentencia transcrita, puede verse en Don *José Vicente y Caravantes*, *Causa contra la familia Calas*, en *Anales dramáticos del crimen o Causas célebres y estrangeras, y españolas*, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, 1860, t. 4, pág. 374.

60 Esto es dudoso, aún contra el parecer de *Beccaria:* al menos hay que matizar la afirmación. Es más, se dice que la obra de *Beccaria* no tuvo mayor repercusión en Inglaterra, pues que casi todo lo que él proponía, ya estaba vigente allá; y se cita al mismo *Alejandro Verri* cuando escribía a su hermano *Pedro* desde Londres, en carta de fecha 15 de diciembre de 1766: "En Londres, el libro no es tan apreciado como en Francia. La razón es que aquí sus máximas, en su mayor parte, son admitidas y puestas en práctica desde hace tiempo". Por mi parte, tengo dudas sobre las maravillas del sistema inglés; la historia misma de Inglaterra ha sido violenta, por las luchas internas; y ni se diga de la violencia hecha por ese pueblo a otros pueblos con su colonialismo; se ha dicho que la historia de Inglaterra *debería ser escrita por un verdugo y con sangre humana*:

en Suecia; ha sido abolida también por uno de los más sabios

Servan, Des assassinats et des vols politiques, en *Oeuvres édites et inédites de Servan*, cit.,t.3, página 393. Se afirma que en Inglaterra, no se arrancaba la confesión mediante tortura; sin embargo, en la obra de *Pietro Verri*, al iniciar el Capítulo XV de sus *Observaciones sobre la Tortura*, nos dice que los ingleses sí la usaban cuando el reo se obstinaba en no hablar; si optaba por quedarse callado ante el juez, entonces se acudía a lo que llamaban *"pena fuerte y dura"*, la cual consistía en dejar caer una piedra pesadísima sobre el cuerpo del reo, que lo aplastaba. El sistema penal, si consideramos las leyes sustanciales y el estado de las prisiones, era tan oprobioso como en la Europa continental. Dígalo si no, la *Ley Negra:* de fecha 1 de junio de 1723, con ella se decretó la pena de muerte a las personas que "armadas con espadas, armas de fuego u otras armas ofensivas, y con las caras pintadas de negro", estuvieran en cualquier coto de bosque, coto de caza, parque o lugar cerrado, en el que habitualmente hubiesen tenido o tuviesen ciervos, o en los caminos reales. Con sólo estar armado o estar pintado, ya se incurría en el delito; el sólo cazar ciervos, aunque no se estuviese armado o pintado, acarreaba la pena de muerte; también talar árboles, prender fuego a una casa. Si alguien juraba en contra de un ciudadano acusándo de estos delitos, éste recibía la orden de presentarse; de no hacerlo, cuando se le capturara era sentenciado a muerte sin juicio; dice *León Radzinowicz*: "Casi no hay acto delictivo que no quede encuadrado en las cláusulas de la Ley Negra...Así, la ley constituía por sí misma un código penal completo y extremadamente severo"; este autor enumeró entre 200 y 250 delitos sancionados con la pena de muerte. Se trataba de proteger los cotos de caza de la nobleza. Con razón se ha dicho que Inglaterra tenía "la legislación más sanguinaria de Europa". *Franklin* decía que era el colmo que en dicho país se ahorcara en una mañana hasta veinte personas y al mismo tiempo "el gobierno protege y da comisiones a setecientas bandas para que roben": se refiere a las patentes de corso: en *De los delitos y de las penas*, edición de Porrúa citada, página 96. *Mirabeau* hacía caer en cuenta que "descarriar una oveja o un caballo" acarreaba la pena de muerte: en *De los delitos y de las penas*, edición de Porrúa citada, pág. 212; *Voltaire* dice que en Inglaterra se castigaba con la pena de muerte el contrabando de una piel de ovejo: *Le prix de la justice et de l'humanité*, en *Oeuvres complètes de Voltaire, Mélanges*, cit. pág. 537. Por su parte, dice *Charles Dickens* que en el año 1775, fue atracado el alcalde de Londres, en presencia de todo su séquito; en los estrados mismos de la Corte

monarcas de Europa, que habiendo elevado la filosofía al

los rateros despojaban de los brillantes a algunos aristócratas que los llevaban al cuello; sobre el estado de las prisiones, basta con consultar a *Howard* o leer al mismo *Dickens:* "los presos de las cárceles de Londres libraban batallas con sus carceleros, y la ley soberana disparaba entre ellos sus trabucos, cargados con postas y balas": *Historia de dos ciudades*, Madrid, Unidad Editorial, S.A., 1999, pág. 13. Ver: *Verri, Obervaciones sobre la tortura*, cit., pág. 123; sobre la *Ley Negra*, he consultado a *E.P.Thompson, Los orígenes de la Ley Negra*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI; el texto de la Ley, a partir de la página 293; la cita de *Radzinowicz*, puede verse a página 25; el concepto sobre la legislación de Inglaterra, es de *Lastres*, citado por *Sergio García Ramírez* en el *Estudio introductivo* al *Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, de *John Howard*, cit. pág. 45. No obstante lo anterior, los ingleses tenían unas grandes ventajas en relación con otros pueblos, a saber, una Normas Fundamentales que limitaban el poder real, el juicio por jurados y la tolerancia religiosa. En efecto, tenían algunas garantías básicas, desde que los caballeros arrebataron a *Juan sin Tierra* la Carta Magna, el 15 de junio del año 1215: ningún impuesto sin consentimiento del Gran Consejo del Reino, los oficiales del rey no podían tomar nada sin pagar por ello el precio fijado por el dueño, ningún hombre libre podía ser detenido, ni reducido a prisión, ni atacado de ninguna manera sino por sentencia dictada por sus *pares* y según la ley de cada condado; se reconoció el derecho a la resistencia legal, si esas garantías no eran respetadas. Ese sistema de pesos y contrapesos en el poder era lo que hacía atractivo el sistema político de Inglaterra y por esto en los tiempos del Iluminismo, hombres importantísimos de Francia fueron a Inglaterra (*Voltaire, Rousseau*), y lo mismo en vísperas o durante la Revolución (*Marat, Dantón*); cuando se discutía el cambio institucional en Francia, había quienes proponían, a la manera inglesa, un sistema de monarquía limitada. En resumen, principio de legalidad y sistema de juzgamiento por los pares; pero además, era permitido tener adecuada defensa, mediante abogados, en número de dos, según se dispuso en los tiempos de *Carlos II;* en cambio, en Francia no se permitía el consejero; por esto dijo *Voltaire* que "en Francia, el código criminal parece dirigido a la pérdida del ciudadano; en Inglaterra, a protegerlo": *Le prix de la justicie et de l'humanité*, cit. pág.580. En cuanto a la tolerancia religiosa, basta recordar lo que decía el mismo autor: en la Bolsa de Londres, todo el mundo se entiende: el judío, el mahometano y el cristiano hacen negocios;

trono, como legislador amigo de los súbditos[61], los ha hecho iguales y libres en la dependencia de las leyes, que es la única igualdad y libertad que pueden los hombres razonables exigir en las presentes condiciones de cosas. La tortura no la creen necesaria las leyes de los ejércitos, compuestos en su mayor parte por la hez de las naciones, que parecieran, por tanto, necesitar como nadie servirse de ella. Es extraño, para quien no considera cuán grande es la tiranía del uso, que las pacíficas leyes tengan que ir a aprender, de los

al final de la jornada, unos van a la sinagoga y los otros a beber, "este se va a hacerse bautizar en una gran cuba en nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo; aquél hace cortar el prepucio a su hijo y hace farfullar sobre el niño palabras hebraicas que no entiende; esos otros se van a su iglesia a esperar la inspiración de Dios, con el sombrero en la cabeza, y todos están contentos": *Cartas Filosóficas*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pág. 63.

61 Se refiere *Beccaria* a *Federecio II*, el rey de Prusia, 1712-1786, monarca ilustrado como el que más: defensor de las letras y las artes, escritor, filósofo, "*roi philosophé*" se le llamaba; amigo de *Voltaire*, lo invitó a que fuera a pasar con él un tiempo en Berlín; éste, perseguido y acosado como estaba en su patria, aceptó el llamado; "era una espina clavada en el corazón de la Iglesia y del Estado francés", dice uno de sus biógrafos; necesitaba tranquilidad y la buscó en el "*Salomón del Norte*", como lo llamaba, pues al fin y al cabo, "los epítetos no nos constaban nada", dice con su acostumbrado cinismo en las *Memorias*. Llegó a Postdam el 10 de julio de 1750; pasaba entre esta ciudad y Berlín; regresó el 26 de marzo de 1753. Pues bien, en sus *Memorias*, el filósofo da cuenta de la concepción ilustrada del rey; así narra que en cierta oportunidad unos jueces querían quemar vivo a un campesino acusado por un cura de haber tenido relaciones sexuales con una burra; como la sentencia debió ser consultada al rey, él de manera rápida y breve puso una nota debajo de la sentencia: "*Libertad de conciencia y de vulva*"!!! *Federico II*, encarnaba lo máximo del despotismo ilustrado y a él se atribuye un escrito titulado *De los motivos de establecer y de abrogar la tortura*. Ver: *Haydn Mason, Voltaire*, Barcelona, Salvat Editores, 1986, pág. 62; *Voltaire, Memorias, Para servir a la vida de Voltaire escritas por él mismo*, Madrid, Editorial Valdemar, Tercera Edición, 1999, pág. 59.

ánimos encallecidos en las matanzas y en la sangre, el más humano método de juzgar.

Capítulo XIII — Procesos y prescripciones

Conocidas las pruebas y supuesta la certeza del delito, hay que conceder al reo el tiempo y los medios oportunos para que se justifique; pero tiempo tan breve, que no perjudique a la rapidez de la pena, que hemos visto que es uno de los principales frenos de los delitos. Un mal entendido amor a la humanidad parece contrario a esta brevedad de tiempo; pero se desvanecerá toda duda si se reflexiona que los peligros de la inocencia aumentan con los defectos de la legislación.

Pero las leyes deben fijar un cierto espacio de tiempo tanto a la defensa del reo como a las pruebas de los delitos; y el juez vendría a ser legislador si hubiera de decidir él acerca del tiempo necesario para probar un delito. Igualmente, los delitos atroces, de los que persiste larga memoria entre los hombres, una vez que estén probados, no merecen prescripción alguna a favor del reo que se haya sustraído con la fuga; pero los delitos menores y oscuros deben quitar con la prescripción la incertidumbre de la suerte de un ciudadano, pues la oscuridad en que han quedado envueltos durante largo tiempo los delitos, suprime el ejemplo de la impunidad y queda, por tanto, en el reo el poder de mejorarse. Me basta indicar estos principios, pues no se puede fijar un límite preciso más que para una determinada legislación y en las determinadas circunstancias de una sociedad: sólo agregaré que, una vez probada la utilidad de la moderación

de las penas en una nación, las leyes que proporcionalmente a los delitos reducen o aumentan el tiempo de la prescripción o el tiempo de las pruebas, formando así de la cárcel misma o del voluntario destierro una parte de pena, suministran una fácil división de pocas penas, suaves para un gran número de delitos.

Pero esos tiempos no aumentarán en la proporción exacta de la atrocidad de los delitos, porque la probabilidad de éstos está en razón inversa de su atrocidad. Habrá que disminuir, pues, el tiempo de la instructoria, y aumentar el de la prescripción; lo cual parecería estar en contradicción con cuanto dije, a saber, que se pueden dar penas iguales a delitos desiguales, valorando el tiempo de la cárcel o el de la prescripción anteriores a la sentencia, como una pena. Para explicar mi idea al lector, distingo dos clases de delito: la primera, la de los delitos atroces, que comienza en el homicidio y comprende todos los ulteriores crímenes; la segunda, la de los delitos menores. Esta distinción tiene su fundamento en la naturaleza humana. La seguridad de la propia vida es un derecho de naturaleza; la seguridad de los bienes es un derecho de sociedad. El número de los motivos que lanzan a los hombres más allá del sentimiento natural de piedad, es mucho menor que el número de los motivos que, por la natural avidez de ser felices, los induce a violar un derecho que no encuentran en sus corazones, sino en las convenciones sociales. La máxima diferencia de probabilidad de estas dos clases exige que se regulen por principio diferentes. En los delitos más atroces, puesto que son más raros, se debe disminuir el tiempo de la instructoria por el aumento de la probabilidad de la inocencia del reo; y debe aumentar el tiempo de la prescripción, porque de la definitiva sentencia de la inocencia o culpabilidad de un hombre

depende el quitar el incentivo de la impunidad, cuyo daño aumenta con la atrocidad del delito. Pero en los delitos menores, al disminuir la probabilidad de la inocencia del reo, debe aumentar el tiempo de la instructoria, y al disminuir el daño de la impunidad, debe disminuir también el tiempo de la prescripción. No debería admitirse una tal distinción de los delitos en dos clases si disminuyese el daño de la impunidad en la medida en que aumenta la probabilidad del delito. Reflexiónese que un acusado de quien no conste ni la inocencia ni la culpabilidad, sino a quien se lo ponga en libertad por falta de pruebas, puede ser sujeto por el mismo delito a nueva captura y a nuevas instructorias, si surgen nuevos indicios indicados por la ley, mientras no pase el tiempo de la prescripción fijado para su delito. Tal es, por lo menos, el temperamento que me parece oportuno para defender al mismo tiempo la seguridad y la libertad de los súbditos, ya que es demasiado fácil que no se favorezca a la una a expensas de la otra, de manera que estos dos bienes, que constituyen el inalienable e igual patrimonio de todos los ciudadanos, no sean protegidos y custodiados, el uno por despotismo abierto o enmascarado, y el otro por la turbulenta anarquía popular.

Hay algunos delitos que son al mismo tiempo frecuentes en la sociedad y difíciles de probar; y en ellos la dificultad de la prueba nace de la probabilidad de inocencia; y siendo el daño de la impunidad tanto menos valorable cuanto la frecuencia de tales delitos depende de principios ajenos al peligro de la impunidad, el tiempo de la instructoria y el tiempo de la prescripción deben disminuirse por igual. Y, sin embargo, los adulterios y la torpe libídine, que son delitos de difícil prueba, son los que según los principios recibidos admiten las presunciones tiránicas, las *cuasi-pruebas*, las

semi-pruebas (como si un hombre pudiera ser *semi-inocente* o *semi-reo*, es decir, *semi-punible*, o *semi-absolvible*), en las cuales la tortura ejerce su cruel imperio en la persona del acusado, en los testigos, y hasta en toda la familia de un infeliz, como con frialdad inicua enseñan algunos doctores que se dan a los jueces como norma y ley.

En vista de estos principios, parecerá extraño, a quien no reflexione que casi nunca ha sido la razón legisladora de las naciones, que los delitos más atroces o más oscuros y quiméricos, es decir aquellos cuya improbabilidad es mayor, se prueben por las conjeturas y las pruebas más débiles y equívocas; cual si las leyes y el juez tuvieran interés, no en descubrir la verdad, sino en encontrar el delito; cual si no hubiera tanto mayor peligro de condenar a un inocente cuanto la probabilidad de la inocencia supera a la del delito.

En la mayor parte de los hombres falta el vigor igualmente necesario para los grandes delitos que para las grandes virtudes; por lo cual parece que los unos fueran siempre contemporáneos de las otras en aquellas naciones que mejor se sostienen por la actividad del gobierno y de las pasiones convergentes al bien público, así como por el número o la constante bondad de sus leyes. En éstas, en cambio, las pasiones debilitadas parecen más aptas para mantener que para mejorar la forma de gobierno. De ello se infiere una consecuencia importante, que no siempre, en una nación, los grandes delitos prueban su decadencia.

Capítulo XIV — Atentados, cómplices, impunidad

Aunque las leyes no castigan la intención, no por eso un delito que comience con alguna acción que manifieste la voluntad de ejecutarlo, deja de merecer una pena, así sea menor que la debida a la ejecución del delito[62]. La importancia de prevenir un atentado autoriza una pena; pero como entre el atentado y la ejecución puede haber un intervalo, la pena mayor, reservada al delito consumado, puede dar lugar al arrepentimiento. Lo mismo puede decirse cuando haya varios cómplices de un delito y no todos ellos sean ejecutores inmediatos, pero por diversa razón. Cuando varios hombres se unen en un riesgo, cuando éste sea mayor, tanto más tratarán de que sea igual para todos; será, pues, más difícil encontrar a quien se contente con ser el ejecutor de él, corriendo un riesgo mayor que sus cómplices. La única excepción estaría en el caso de que al ejecutor se le fijara un premio; teniendo él entonces una compensación por el mayor riesgo, la pena debería ser igual. Tales reflexiones parecerán demasiado metafísicas a quien no reflexione que es utilísimo que las leyes procuren los menos motivos posibles de acuerdo entre los compañeros de un delito.

Ciertos tribunales ofrecen la impunidad al cómplice de grave delito que denuncie a sus compañeros. Tal recurso

62 Aquí está la raíz de la concepción de la tentativa en la Escuela Clásica: no basta la mera intención de cometer un delito, es necesario que esa intención se manifieste en una acción que dañe o ponga en peligro el bien jurídico; *Carrara* exigirá actos idóneos e inequívocamente dirigidos a un fin delictuoso, y que se invada la órbita del sujeto pasivo. Por el contrario, en la Escuela Positivista, lo importante es que se pruebe la intención, para dar por existente la tentativa; esto se explica porque aquí más que el daño, importa sancionar la peligrosidad del sujeto.

tiene sus inconvenientes y sus ventajas. Los inconvenientes son que la nación autoriza la traición detestable aun entre criminales; porque son menos fatales para una nación los delitos de valor que los de vileza; porque el valor no es frecuente; porque no espera más que una fuerza benéfica y directora que lo haga contribuir al bien público; y la vileza, en cambio, es más común y contagiosa, y cada vez se concentra más en sí misma. Además, el tribunal delata su propia incertidumbre y la debilidad de la ley, que implora la ayuda de quien la ofende[63]. Las ventajas son, el prevenir delitos importantes y que, siendo patentes los efectos y ocultos los autores, atemorizan al pueblo; además, se contribuye a mostrar que quien no guarda fidelidad a la ley, es decir, al público, no es probable que la guarde tampoco al particular. Parecería me que una ley general que prometiese la impunidad al cómplice delator de algún delito, sería preferible a una simple declaración en un caso particular, pues de ese modo se prevendrían las uniones con el recíproco temor que cada uno de los cómplices tendría a no exponerse

63 Cuesta trabajo aceptar que *Diderot*, el buen *Diderot*, admitiera el testimonio de bandidos acusándose entre sí; así decía sobre las reservas del autor en este punto: "La delicadeza del autor es propia de un alma grande y generosa; pero la moral humana, cuyas bases son las leyes, tiene por objeto el orden público, y no puede admitir en la clase de sus virtudes la fidelidad de los malvados entre ellos mismos, para con más seguridad alterar el orden y violar las leyes. En una guerra abierta se reciben los tránsfugos; con mucha más razón deben ser acogidos en una guerra sórdida y tenebrosa, que no consiste más que en engaños y traiciones". Ver, *De los delitos y de las penas*, edición de Porrúa citada, pág. 237. No me parece que el propiciar las delaciones y los testigos pagados o, en general, recompensados, sea una buena política criminal; una visión miope o inmediatista puede satisfacerse con la solución de un caso concreto; empero, las *vendettas*, los engaños a la justicia, la formación de la cultura de "sapos" en una sociedad, a largo plazo son má perjudiciales que beneficiosos.

más que él mismo; el tribunal no haría audaces a los criminales a quienes en un caso particular se les pide socorro. Una tal ley, sin embargo, debería acompañar la impunidad con el destierro del delator... Pero en vano me atormento por ahogar en mí el remordimiento que siento al decir que las sacrosantas leyes, el monumento de la confianza pública, la base de la moral humana, autoricen la traición y el disimulo. ¿Qué ejemplo no sería luego para la nación si se faltase a la impunidad prometida, y que por doctas cavilaciones se arrastrase al suplicio, para deshonor de la fe pública, a quien hubiera respondido a la invitación de las leyes? No son raros en las naciones tales ejemplos, y por lo mismo no son raros tampoco los que no tienen de una nación otra idea que la de una máquina complicada cuyos engranajes mueve a su talante el más diestro o el más poderoso; fríos e insensibles a todo lo que constituye la delicia de las almas delicadas y sublimes, suscitan con imperturbable sagacidad los sentimientos más caros y las pasiones más violentas tan pronto como les resultan útiles para su fin, tecleando las almas como los músicos sus instrumentos.

Capítulo XV — Suavidad de las penas

Por la simple consideración de las verdades hasta aquí expuestas, resulta evidente que el fin de las penas no es el atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido ¿Puede un cuerpo político que, lejos de obrar por pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, albergar esa inútil crueldad, instrumento del furor y del fanatismo o de los débiles tiranos? 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 los hagan iguales[64]. Las penas, por consiguiente, y el método de infligirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada la proporción, impresionen más eficaz y duraderamente en los ánimos de los hombres y menos atormentadoramente sobre el cuerpo del reo[65].

¿Quién, al leer la historia, no se espeluzna de horror antes los bárbaros e inútiles tormentos que hombres que se llamaban sabios inventaron y ejecutaron con frialdad? ¿Quién puede dejar de sentir que le tiembla toda su parte más sensible, al ver a millares de infelices a quienes la miseria, si

64 En la terminología más moderna usada cuando se habla sobre la pena, al lado del fin retributivo de ella, se habla de la prevención, distinguiéndose entre *prevención general* (evitar que otros cometan delitos) y *prevención especial* (evitación de que el sujeto delinca más): a ambas finalidades se refiere *Beccaria;* en este, la pena no tiene fin expiatorio, pues el delito no se confunde con el pecado. En pocas palabras podemos resumir las características que debe tener la pena, según el autor italiano: proporcionalidad, certeza y prontitud; legalidad de ella y estricta necesidad; en cada caso debe ser la "mínima posible": Esta característica se consagró en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano,* el 26 de agosto de 1789, en el artículo 8: "La ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias".

65 *Montesquieu* dice en las *Cartas Persas:* "En un estado no son los castigos más o menos crueles los que hacen que sean las leyes obedecidas. En los países donde son moderadas las penas, las temen tanto como en aquellos donde son tremendas y tiránicas. No noto por otra parte que en Turquía, en Persia y en el país del Mogol se observe más bien la policía, la justicia y la equidad que en las repúblicas de Holanda y Venecia y aun en Inglaterra, ni que se cometan menos delitos o que, asustados los hombres por el rigor de los castigos, obedezcan más las leyes": Madrid, Editorial Tecnos, 1986, página 119.

no querida, tolerada por las leyes, que siempre han favorecido a los menos y ultrajado a los más, indujo a un desesperado retorno al primitivo estado de naturaleza, acusados de delitos imposibles y creados por la tímida ignorancia, o reos únicamente de mantenerse fieles a sus propios principios, por hombres dotados de los mismos sentimientos y, por consiguiente, de las mismas pasiones, despedazados con estudiadas formalidades y lentas torturas, convertidos en gozoso espectáculo de una multitud fanática?[66].

Para que una pena consiga su efecto, basta que el mal de la pena supere al bien que nace del delito; y en ese exceso del mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que el delito produciría[67]. Todo lo demás

66 "Delitos imposibles", delitos "creados por la tímida ignorancia", "reos únicamente de mantenerse fieles a sus propios principios". A mi manera de ver, se refiere a la carnicería humana producto del fanatismo en general, y por la Inquisición para perseguir a la herejía, a la brujería, a los sacrílegos, y a los protestantes, llamados en Francia Hugonotes. No hay que creer que este fanatismo era solo propio de la Edad Media; en *Le prix de la jusi¡tice et de l'humanité*, el filósofo francés *Voltaire*, nos narra casos de ejecuciones en 1611, 1730 y 1750; los *affaires Calas, Caballero de la Barre* y *Sirven*, en la década de 1760; *Eduardo Bonnier* dice que en 1815 y 1816, en la Flandes Belga, y en 1835 en Prusia Oriental, el populacho sometió a las pruebas del fuego y del agua a dos individuos de quienes se sospechaba que eran hechiceros; a veces llegó darse la fanatización de toda una población, como en el caso de "*Las brujas de Salem*", que narra *Artur Miller: Las brujas de Salem*, Buenos Aires, Editorial Jacobo Muchnik, 1955. El hecho sucedió en Massachusetts, en Salem, apenas a 40 años de fundada la ciudad: por fanatismo fueron ultimados hombres, mujeres, niños y ancianos. Con razón gimió *Voltaire*: "Cuando se piensa en todos los males producidos por el fanatismo, se avergüenza uno de ser hombre": *Le prix de la justice et de l'humanité*, cit. pág. 552.

67 El saber vulgar expresa que "el que la hace la paga"; no es la pena exacerbada la pena más eficaz; la inexorabilidad de la pena previene más el delito que la grave pena, pero con posibilidad de evadirla; *Montesquieu* había ya dicho:"No hay que llevar a los hombres por las

es, pues, superfluo, y por los mismo tiránico. Los hombres se rigen por la reiterada acción de los males que conocen, y no por los que ignoran. Supónganse dos naciones, en una de las cuales, en la escala de las penas proporcionada a la escala de los delitos, la pena mayor sea la esclavitud perpetua, y en la otra lo sea la rueda; yo digo que la primera tendrá tanto temor de su mayor pena como la segunda; y si hay una razón para transportar a la primera las penas mayores de la segunda, la misma razón servirá para aumentar las penas de esta última, pasando insensiblemente por la rueda a los tormentos más lentos y más estudiados, y hasta a los últimos refinamientos de la ciencia demasiado conocida de los tiranos.

A medida que los suplicios vengan a ser más crueles, los ánimos humanos, que como los fluidos se ponen siempre a nivel con los objetos que les rodean, se encallecen ; y la fuerza siempre viva de las pasiones hará que, después de cien años de crueles suplicios, la rueda asuste exactamente lo mismo que asustaba antes la prisión. La atrocidad misma de la pena hace que se arriesgue tanto más por eludirla cuanto mayor sea el mal a que se expone; hace que se cometan nuevos delitos para rehuir la pena de uno solo. Los países y las épocas de los más atroces suplicios, fueron siempre los de las más sangrientas e inhumanas acciones; puesto que el mismo espíritu de ferocidad que guiaba la mano del legislador, movía también la del parricida y la del sicario: sobre el trono dictaba leyes de hierro a almas atroces de

vías extremas; hay que valerse de los medios que da la naturaleza para conducirlos. Si examinamos la causa de todos los relajamientos, veremos que proceden siempre de la impunidad, no de la moderación en los castigos": *El espíritu de las leyes*, cit. pág. 118.

esclavos, que obedecían; en la privada oscuridad, estimulaba a inmolar los tiranos para sustituirlos por otros[68].

Dos funestas consecuencias más derivan de la crueldad de las pasiones, contrarias al fin mismo de prevenir los delitos. La primera es que no es tan fácil guardar la proporción esencial entre el delito y la pena, pues por más que una industriosa crueldad haya variado muchísimo las especies de ellas, tampoco pueden sobrepasar la última fuerza a que están limitados el organismo y la sensibilidad del hombre. Llegado que se haya a ese extremo, no se encontrará, para los delitos más dañosos y atroces, una pena mayor correspondiente, como habría necesidad, a fin de prevenirlos. La otra consecuencia es que la impunidad misma nace de la

68 *Thomas Paine* polemizaba con *Burke*, quien criticaba los horrores de la Revolución Francesa, encarnados en el acto de haber matado a *Foulon* y a *Berthier* (Viceministro de Guerra y su yerno), y haber ensartado sus cabezas en picas paseándolas por París en medio de la gritería de una multitud ululante: a *Foulon* le habían metido pasto en abundancia en la boca. *Paine* sostiene que esas son crueldades que se aprenden de la crueldad misma de los gobernantes: "Los hombres aprenden de los gobiernos bajo los cuales viven, y toman en represalia los castigos que han estado acostumbrados a contemplar. Las cabezas clavadas en picas, que seguían años y años en Temple Bar no diferían en nada del horror de la escena de las paseadas en picas por París; pero aquello lo hizo el Gobierno inglés. Quizá quepa decir que a un hombre no le importa lo que se le haga después de muerto, pero a los vivos les importa mucho; o bien les tortura los sentimientos o les endurece el ánimo, y en ambos casos les enseña a castigar cuando el poder cae en sus manos": *Los derechos del hombre, Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, página 54. "Temple Bar" era una puerta de entrada a la ciudad de Londres: aquí exhibían las cabezas de los condenados por traición. Sobre el tema de *Foulon* y *Berthier*, puede verse a *Octave Aubry, La Revolución Francesa*, Barcelona, Luis de Caralt, Editor, 1961, t.1, páginas 94 y 95. *Foulon* había expresado alguna vez: "Si yo fuera ministro, haría comer heno a los franceses"; y que "Se debería segar París como se siega un prado".

atrocidad de los suplicios[69]. Los hombres están encerrados dentro de ciertos límites, tanto para el bien como para el mal; y un espectáculo demasiado atroz para la humanidad no puede ser más que un pasajero furor, pero nunca un sistema constante, como deben ser las leyes; que si verdaderamente son crueles, o se cambian o fatalmente la impunidad nace de ellas.

Concluyo con esta reflexión: que la grandeza de las penas debe ser relativa al estado de la nación misma. Deben ser más fuertes y sensibles las impresiones sobre los ánimos endurecidos de un pueblo salido apenas del estado de salvajismo. Se necesita el rayo para abatir a un fiero león que se revuelve al tiro de fusil. Pero a medida que los ánimos se suavizan en el estado de sociedad, crece la sensibilidad, y al crecer ésta, debe disminuir la intensidad de la pena, si se quiere mantener constante la relación entre el objeto y la sensación[70].

69 *Calamandrei*, en la nota 3, página 152 de la edición de EJEA citada, destaca la coincidencia del pensamiento de *Beccaria* con el de *Montesquieu*, en el *Espíritu de las leyes*, Libro VI, Cap. XII: "La misma enormidad de las leyes impide su ejecución. Cuando la pena es desmedida, suele preferirse la impunidad"; edición de Heliasta, citada, página 121; por su parte, afirma *Voltaire*: "Cuál es el efecto de esta ley inhumana que pone en una balanza una vida humana contra dieciocho pañuelos?. Qué jefe de hogar osará abjurar de todo sentimiento de honor y de piedad al punto de librar a su doméstico, responsable de un pequeño engaño, a ser colgado a su puerta?": *Le prix de la justice et de l'humanité*, cit. pág. 536; se refiere al ahorcamiento de una joven de dieciocho años que hurtó ese número de pañuelos a una cabaretera que no le pagaba su salario.

70 La teoría de la pena con fines de prevención con base en la filosofía utilitarista, no deja de ser problemática, pues sostener que la justicia de la pena está dada por la utilidad que tenga para apartar a los demás de cometer delitos, puede convertirse en una mera proposición formal, que puede conducir a puniciones ilimitadas, si quien pune piensa que ellas son necesarias para contener los deli-

Capítulo XVI — De la pena de muerte

Esta inútil prodigalidad de suplicios, que no ha mejorado jamás a los hombres, me ha inducido a examinar si la muerte es verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado[71].

tos; en este sentido, no carecía de "lógica" lo que cuenta *Franklin* que hacía un Barbarisco cuando contrataba a un nuevo esclavo cristiano: le hacía aplicar inmediatamente cien palazos en las plantas de los pies. Ver, *Benjamín Franklin*, referenciado en la edición de *De los delitos y de las penas*, edición de Porrúa citada páginas 93 y 94. Como quien dice, "si esto es sin hacer nada, qué no me harán cuando haga algo". *Hans Kelsen* da una interesante explicación de la responsabilidad objetiva en la sociedad primitiva: una función preventiva: "Si uno debe temer el castigo hasta cuando el resultado es producido involuntariamente, entonces se podrá particular cuidado en evitarlo". Ver, *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945, pág. 578. Mírese los excesos a los que puede conducir también la teoría prevencionista: el juez le preguntó en Inglaterra a un reo qué tenía para decir que le pudiera salvar su vida: que es "duro ahorcarse a un hombre *solamente* por el hurto de un caballo", dijo; "tampoco es por haber robado *solamente* un caballo que se te ahorca; pero sí, a fin de que los caballos no sean robados", le contestó el juez. Ver *Franklin*, citado en la edición de *De los delitos y de las penas*, edición de Porrúa, pág. 94. Paradigma de razonamiento es *Arturo Rocco*, cuando sostiene la legitimidad de la pena de muerte: "La 'justicia' de la pena de muerte está toda en su variable necesidad, más bien, en la variable conciencia colectiva de su necesidad". Entonces entramos en un círculo vicioso: es justa porque se considera útil y necesaria; y quien detenta el poder la considera útil y necesaria, y por ello es justa: dónde están entonces los límites? *Arturo Rocco*, en el artículo *Intorno alla pena di morte*, publicado en la *Rivista Internazionale di Filosofía del diritto*, de 1933, página 406.

71 *Beccaria* va a dar diversos argumentos en contra de la pena de muerte: 1. *Argumento de derecho*: no hay legitimidad en ella, porque lo impide el contrato social: los hombres no entregaron el derecho a la vida; 2. *Argumento basado en el ultilitarismo*: la pena de muerte no es eficaz, no aparta a los hombres del delito:

¿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,

---

es pasajera la impresión; como medio para disuadir o evitar el delito, es mejor el trabajo o servidumbre que produce impresiones duraderas: escarmiento; 3. *Argumento ético-paradógico:* si la ley prohíbe matar, cómo puede convenirse en la pena de muerte ejecutada por el mismo Estado?: "El asesinato, que a nosotros se nos predica como un crimen terrible, lo vemos utilizado por ellos hasta sin repugnancia y furor", dice; también expresa: "Paréceme un absurdo que las leyes, expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan ellas mismas, y para alejar a los ciudadanos del asesinato, ordenen ellas mismas un asesinato público". *Voltaire* retomaría este argumento, aludiendo directamente a *Beccaria:* "Vosotros que trabajáis en la reforma de las leyes, mirad, con M. Beccaria, si es razonable que para enseñar a los hombres a detestar el homicidio, sean homicidas los magistrados y maten un hombre con gran espectáculo": *Le prix de la justicie et de l'humanité,* cit. pág. 540. 4. Argumento basado en la *irreparabilidad* de la pena de muerte como sanción: una vez ejecutada, no hay manera de corregir, si se ha incurrido en error judicial. Este argumento no lo expone en esta obra sino en el *Voto sulla pena di norte,* de 1792, ante la "*Junta Delegada para la Reforma del sistema criminal de la Lombardía austríaca*" de la cual hizo parte; este concepto o voto se ha publicado, con otros, bajo el título de *Consulte Criminali.* Véase *Consulte Criminali,* edición de Garzanti citada, pág. 139 a 141.

si tiene poder para conceder a otros, o a la sociedad entera, ese derecho[72].

No es, pues, la *pena de muerte* un *derecho*, ya que he demostrado que no puede serlo; es una guerra de la nación con un ciudadano; porque juzga necesaria o útil la destruc-

72 El sorites (razonamiento en cadena) que hace *Beccaria* es elemental y simple: recordemos que en el capítulo 2, *Origen de las penas y derecho a castigar*, en la versión del contractualismo que adopta (a mi manera de ver el de *Locke*, al menos en ese momento de la obra), los hombres no entregaron sino *parte* de sus derechos; la vida, por ejemplo, no fue dejada en el depósito común; entonces deduce las consecuencias: los hombres no son dueños de la vida; los hombres no entregan la vida; el soberano es sólo administrador del depósito de derechos; como la vida no fue entregada, no puede disponer de ella: nadie puede disponer de lo que no tiene. La vida pertenece al Hacedor. "El hombre no es dueño de matarse", dice; *Beccaria* sacraliza el argumento en contra de la pena de muerte. Esto hay que entenderlo históricamente condicionado; recordemos que en la época se condenaba el suicidio; *Montesquieu*, combatió la punición del suicidio, en una actitud valerosa; así en las *Cartas Persas*, en la número LXXVI, el personaje *Usbek* le escribe a *Iben*: "Las leyes de Europa son terribles con los que se dan la muerte a sí mismos: les quitan, por decirlo así, por segunda vez la vida, los arrastran con ignominia por las calles, los declaran infames y les confiscan los bienes...": *Cartas Persas*, cit, págs, 113 y 114; al decir de *Voltaire*, la Iglesia compartía con el señor feudal, o con el rey, o con el barón, el dinero en efectivo, la tierra y los muebles de la persona que se quitaba la vida; "se le miraba como a un esclavo que se había evadido de su amo, y se le incautaba su peculio": *Prix de la justice et de l'humanité*, cit. pág. 542. De esta manera, estudiando al autor en su contexto histórico, entendemos la paradoja de *Beccaria*, quien a pesar de tener como idea nuclear de su obra la desacralización de la función punitiva (la separación entre fuero interno y fuero externo del individuo, la diferencia ente el pecado y el delito, el delito como daño, el rechazo del fin expiatorio de la pena, etc.), al momento de criticar la pena de muerte, sacraliza el argumento. Ver *Rodolfo Mandolf, Cesare Beccaria y su obra*, cit. pág. 35 y siguientes.

ción de su ser. Pero si demuestro que no es la muerte ni útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad.

La muerte de un ciudadano no se puede creer necesaria más que por dos motivos[73]. El primero, cuando, aun privado

73 En relación con la pena de muerte podemos hablar de *Maximalistas:* la recomiendan para todos los delitos, sin distinción: *Dracon; Abolicionistas totales:* en ningún caso la pena de muerte: *Carrara; Minimalistas:* reducirla al menor número de casos: aquí está ubicado *Beccaria*. Rechaza por principio la pena de muerte y sólo la admite, de manera excepcional. En este punto, el autor italiano se aparta de varios autores de mucha importancia que lo preceden; en efecto, *Locke*, decía: "todo hombre tiene en el estado de Naturaleza poder para matar a un asesino, a fin de apartar a otros de cometer un delito semejante...puede en ese caso el matador ser destruido lo mismo que se mata un león o un tigre, o cualquiera de las fieras con las que el hombre no puede vivir en sociedad ni sentirse seguro". Y en el parágrafo siguiente dice: "Toda falta que puede cometerse en el estado de Naturaleza puede también ser igualmente castigada en ese mismo estado con una sanción de alcance igual al que se aplica en una comunidad política": *Ensayo sobre el gobierno civil*, cit. páginas 10 y 11. *Rousseau* había expresado desde 1762, en el *Contrato Social:* "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 infligida 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 consiente morir si se degenera en tal": *El contrato social o principios de derecho político*, cit. pág. 871; por su parte, *Montesquieu*, acepta tal pena, como un talión: "Un ciudadano merece la pena de muerte cuando ha violado la seguridad de otro hasta el punto de quitarle la vida o de querer quitársela. Es la pena de muerte, como el remedio de la sociedad enferma, como la amputación de un miembro gangrenado". Enseguida justifica también tal pena en los delitos contra la propiedad: *El espíritu de las leyes*, Libro XII, Capítulo IV, pág. 212, edición de Heliasta, cit. pág.212. *Beccaria* sólo acepta de manera excepcional la pena de muerte, en dos casos: 1. Cuando el sujeto, aún preso, por sus relaciones y poder pueda poner en

de libertad, tenga todavía tales relaciones y tal poder, que peligro la existencia misma de la nación; 2. En tiempos de desorden, cuando la muerte de un ciudadano fuere el verdadero y único medio para refrenar a los demás de cometer delitos. Hoy, difícilmente podrían presentarse esas situaciones a las que alude como legitimadoras de la pena de muerte el autor italiano; empero a él le parece que el peligro del Estado mismo sí la justifica. En el tiempo de *Beccaria* la burguesía estaba en ascenso hacia el poder y se parapetó en él, con la Revolución Francesa. Hoy el Estado es un gran "aparato ideológico" y de fuerza que nunca podrá argumentar la situación de vida o muerte del Estado mismo si no mata a una persona; aparte del problema ético de la pena de muerte, me parece difícil legitimarla con criterios utilitaristas, ni siquiera de manera excepcional. Es interesante anotar que *Voltaire* también retoma el mismo argumento de *Beccaria* sobre la pena de muerte sólo en casos excepcionales: cuando no haya otro modo de salvar la vida de la gran mayoría: "Es como si se matara a un perro rabioso", dice: *Le prix de la justicie et de l'humanité*, cit., pág. 540. No hay duda que *Beccaria*, en principio, rechazaba la pena de muerte, no hay duda que era *minimalista;* tiene razón *Calamandrei*, en su larga nota 2, editorial EJEA, cit. pág.154, cuando dice que "parece imposible" que después de casi dos siglos (escribe en 1945 cuando hace el *Prefacio* para *De los delitos y de las penas*, con notas ya citado), "haya todavía quien siga discutiendo" si nuestro autor era o no contrario a la pena de muerte; se refería a *Alfredo Rocco* en la *Relación* como Ministro de Justicia, sobre el Libro I del Proyecto de Código Penal, que vino a ser el Código Penal de 1931, en la cual sostuvo la necesidad de la pena de muerte para la defensa de la sociedad y del Estado; lo mismo sostuvo su hermano, *Arturo Rocco*, en *Intorno alla pena di morte*, publicado en la *Rivista Internazionale di Filosofía del diritto*, cit., página 400 a 407: habla como Profesor en la Universidad de Roma, y sostiene que la discusión no es metafísica o filosófica, sino práctica: no hay que desgastarse el cerebro en tales disquisiciones: "No. Toda la cuestión radica en ver si en un determinado Estado, en determinado momento, la conciencia pública siente y advierte, al menos para ciertos más graves delitos, la suprema necesidad social y política de la pena capital": página 406. *Arturo Rocco* afirma que *Beccaria* admitía la pena de muerte: en los casos especiales en los que la sostiene, tal pena era, *"se non un dirtto"*, "si no un derecho, una guerra de la Nación contra un ciudadano". Pero ocurre que en la obra de *Beccaria* no existe la palabra "se", o sea "si" en condicional: con esto *Rocco*

interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida. La muerte de algún ciudadano viene a ser, pues, necesaria, cuando la nación recupera o pierde su libertad, o en tiempos de la anarquía, cuando los desórdenes mismos hacen las veces de leyes; pero durante el 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 acaso que la fuerza misma; donde el comando no está más que en el verdadero soberano; donde las riquezas compren placeres y no autoridad; no veo yo necesidad alguna de destruir a un ciudadano, sino cuando su muerte fuera el verdadero y único freno para retener a los demás de cometer delitos; segundo motivo éste, por el que se puede creer justa y necesaria la pena de muerte[74].

tergiversaba el pensamiento de nuestro autor, para acomodarlo al pensamiento del "Jefe del Gobierno", *Mussolini*, en el régimen fascista. Ver, *Mario Cattaneo, Beccaria e Robespierre, Contributo allo studio dell'Iluminismo giuridico*, en *Atti del Convengo Internazionale su Cesare Beccaria*, Torino 4-6 de ottobre 1964, Torino, Academia delle Science, 1966, cit. pág. 323.

74 Pero aún en éstas hipótesis excepcionales, la pena de muerte sería un fenómeno de hecho, por fuera del derecho, "parangonable a la guerra o a la revolución", dice *Calamandrei:* edición de EJEA, citada, páginas 156 y 157. En efecto, así lo expresa el mismo *Beccaria* en el texto; en el *Voto sobre la pena de muerte*, ya citado, insiste en el argumento dado en esta obra: que "no se debe dar la pena de muerte sino en el caso de una positiva necesidad, y esta positiva necesidad, en el pacífico estado de una sociedad y bajo la regular administración de la administración de justicia, no hemos podido reconocerla fuera de la de un reo que tramando la subversión del Estado, y aunque encarcelado y celosamente custodiado, estuviese todavía, por sus relaciones externas o internas, en situación de perturbar nuevamente a la sociedad y ponerla en peligro. Sin embargo, estamos convencidos en el sentimiento de que en el caso de sediciones abiertas, tumultos y agolpamientos, que puedan ser

Cuando la experiencia de todo los siglos, en que el úl-

contenidos momentáneamente también con la muerte de los sediciosos que oponen resistencia, esta no es una pena legal de muerte, sino un efecto de una verdadera intimación de guerra": *Consulte Criminali*, cit. páginas 136 y 137. Insisto, es en estos casos la pena de muerte una situación de hecho, no de derecho. Es importante resaltar la influencia que habría de tener este pensamiento en la Revolución Francesa, concretamente, en el juzgamiento de *Luis XVI*; lo notamos en las arengas de *Robespierre, Saint-Just* y *Danton*. En efecto, el primero se declaró enemigo de la pena de muerte en un discurso de 30 de mayo de 1791, en la Asamblea Constituyente: "Fuera de la sociedad civil, si un enemigo encarnizado me ataca o, veinte veces rechazado, vuelve una vez más a arrasar el campo que mis manos cultivaron; como yo sólo puedo oponer mis fuerzas a las suyas, tengo que perecer o matarle. Y la ley de la defensa natural me justifica y me apoya. Pero en la sociedad, cuando la fuerza de todos se arma contra uno solo, ¿qué principio de justicia puede autorizar a darle muerte? Qué necesidad puede absolverle?. ¡Un vencedor que mata a sus enemigos cautivos es considerado "bárbaro" ¡Un hombre que hace degollar a un niño al que puede desarmar y castigar parece un monstruo!!! Un acusado al que la sociedad condena no es más para ella que un enemigo vencido e impotente; ante ella es más débil que un niño frente a un hombre": *Acerca de la pena de muerte*, en *El discurso jacobino en la Revolución Francesa*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1987, pág.44. Empero, cuando se procesó al rey *Luis XVI* en la Convención, la argumentación fue clara para pedir la condena; así se expresó el 3 de diciembre de 1792: "La Asamblea ha sido arrastrada, sin darse cuenta, lejos de la verdadera cuestión. No se trata aquí de ningún proceso. Luis no es un acusado. Vosotros no sois jueces. Sois, no podéis ser otra cosa, que hombres de Estado, y los representantes de la nación. No tenéis que dictar sentencia a favor o en contra de un hombre, sino tomar una medida de salud pública, ejercer un acto de providencia nacional". Más adelante expresó: "Sí, la pena de muerte, en general, es un crimen, y por esa única razón, según los principios indestructibles de la naturaleza, sólo puede justificarse en el caso de que sea necesaria para la seguridad de los individuos o del *corpus* social. Ahora bien, jamás la seguridad pública la decreta contra los delitos ordinarios. Porque la sociedad siempre puede prevenirlos por otros medios, y situar al culpable en la impotencia de dañarle. ¡Pero un rey destronado!!! En el seno de una revolución, si está además cimentada por leyes justas, un

timo suplicio no apartó nunca a determinados hombres de

rey cuyo nombre atrae el azote de la guerra sobre la nación agitada; ni la prisión, ni el exilio pueden hacer su existencia indiferente a la felicidad pública; y esa cruel excepción a las leyes ordinarias que la justicia confiesa, sólo puede imputarse a la naturaleza de sus crímenes. Pronuncio sin entusiasmo esa fatal verdad...Pero Luis debe morir, porque la patria tiene que vivir": *Acerca del juicio contra Luis XVI*, en *El discurso jacobino en la Revolución Francesa*, cit. páginas 49 y 59. Nótese que habla del "azote de la guerra", de las relaciones que tiene el rey, en fin, pinta el cuadro que describe *Beccaria*: un hombre que, aunque preso, pone en peligro la existencia del Estado: "!!!. "Las hordas feroces del despotismo, dice, se preparan para desgarrar otra vez el corazón de nuestra patria, en nombre de Luis XVI !!! Luis combate aún contra nosotros desde el fondo de su mazmorra": página 56. Por su parte, *Saint-Just* expresó: "Las gentes se asombrarán, un día, que en el siglo XVIII se haya sido menos avanzado que en los tiempos de César: allí el tirano fue inmolado en pleno Senado, sin más formalidades que veintitrés puñaladas y sin más ley que la libertad de Roma. ¡Y hoy, el proceso de un hombre asesino de un pueblo se hace con respeto, de un hombre descubierto en flagrante delito, con la mano en la sangre, con la mano en el crimen!!!". Con razón llamó *Taine* a este lugarteniente de *Robespierre*, el *"Acero vivo de la Revolución"*. Veamos lo que concluye: no puede "el hacha temblar en nuestras manos", no hay que "juzgar a Luis como ciudadano sino como rebelde...este hombre debe reinar o morir...debe morir para asegurar el reposo del pueblo, puesto que para asegurar el suyo tenía intención de abatir al pueblo". "¿No pasó revista a las tropas antes del combate?", pregunta con referencia a la refriega en las Tullerías, el 10 de agosto de 1792, entre los suizos de la guardia del rey y el pueblo. *"No se puede reinar inocentemente*: la locura es demasiado evidente. Todo rey es un rebelde y un usurpador... Luis XVI debe ser juzgado como un enemigo extranjero...Luis ha combatido al pueblo: ha sido vencido": *Acerca del juicio contra Luis XVI*, en, *El discurso Jacobino en la Revolución Francesa*, citado, página 115 y siguientes. Finalmente, la terrible garganta de *Dantón* explotó: "...Sí, se trata de la libertad; se trata de la tragedia que vosotros debéis dar a las naciones, se trata de hacer caer por el hacha de las leyes la cabeza de un tirano..."; en alguna oportunidad le dijo a *Prudhomme*: "Nosotros no queremos juzgar al rey, queremos matarlo". Insisto, sin mencionar a *Beccaria*, la idea es igual: el caso de Luis XVI, implicaba la situación en la que se

ofender a la sociedad; cuando el ejemplo de los ciudadano romanos, y veinte años de reinado de la emperatriz Isabel de Moscovia[75], en los cuales dio a los padres de los pueblos aquel ilustre ejemplo que equivale por lo menos a muchas conquistas logradas al precio de la sangre de los hijos de la patria, no persuadiesen a los hombres, a quienes es siempre sospechoso el lenguaje de la razón y eficaz el de la autoridad: basta consultar la naturaleza del hombre para sentir la verdad de mi aserto.

No es la intensidad de la pena lo que produce el mayor efecto en el ánimo del hombre, sino la extensión de ella; pues nuestra sensibilidad se mueve más fácil y permanentemente por mínimas pero reiteradas impresiones, que por un

---

aplicaba la pena de muerte como una situación de hecho, como "una guerra de la nación con un ciudadano": pensemos en todas las monarquías de Europa coaligadas en contra de la Revolución y pensemos en las maniobras de *Luis XVI*, para acabar o, por lo menos, para frenar la Revolución: así entenderemos, en un ejemplo concreto, los casos en los que de manera excepcional se podía aplicar la pena de muerte como un caso de "guerra de la nación contra un ciudadano". Ver: *Mario A. Cattaneo, Beccaria e Robespierre*, cit. pág.317 y siguientes; especialmente, páginas 326 a 328. Para *Danton*, ver: Doctor *Robinet, Le procès des dantonistes, D'aprés les Documents*, París, Ernest Leroux, Éditeur, 1879, pág. 296.

75 *Isabel* subió al trono en el año 1741 y reinó hasta 1761; era hija de *Pedro el Grande*; la sucedió su sobrino, *Pedro III*, casado con *Sofía Federica Augusta*, de Settin, Pomerania y quien tomaría el nombre de *Catalina II:* esta le daría un golpe de Estado que incluyó la muerte de *Pedro*. Pues bien, destaca *Henri Troyat* que Isabel I, ciertamente al llegar al trono el 6 de diciembre de 1741, suprimió la pena de muerte; sin embargo, infligió el simulacro de tal pena a algunos de sus contrincantes, antes de enviarlos a Siberia; en 1743 ordenó cortar la lengua a las condesas *Lopujin* y *Bestuiev*, comprometidas en una conspiración; ver, *Catalina la Grande*, Bogotá, Editorial Círculo de Lectores, 1981, pág. 31.

impulso fuerte, pero pasajero[76]. El imperio de la costumbre es universal sobre todo ser que siente; y como el hombre aprende a hablar, a caminar y a subvenir a sus necesidades con ayuda de ella, así también las ideas morales no se imprimen en la mente más que por medio de duraderos y reiterados golpes. No es el terrible pero pasajero espectáculo de la muerte de un criminal, sino el largo y continuado ejemplo de un hombre privado de libertad, que convertido en bestia de servicio recompensa con sus fatigas a la sociedad a la que ofendió[77], lo que constituye el freno más poderoso con-

76 Esta idea estaba expresada en la viñeta que el mismo *Beccaria* esbozó para la tercera edición del libro y que se siguió publicando de manera regular en sucesivas ediciones, de distintos editores y lugares: el verdugo le ofrece a la Justicia varias cabezas sangrantes, pero ella con sus brazos semiextendidos las rechaza, mirando compasiva los instrumentos de trabajo, entre los que se destacan una pala, una pica y una maza. Las indicaciones del autor al editor *Aubert*, pueden verse en *Luigi Firpo, Contributo alla bibliografía del Beccaria (Le edizioni italiane settecentesche del 'Dei delitti e delle pene)*, en *Atti del Convengo Internazionale su Cesare Beccaria*, Torino 4-6 ottobre 1964, Torino, Academia delle Scienze, 1966, páginas 345 y 346.

77 La idea era explotar al reo, al servicio del Estado; un seguidor de *Beccaria*, el filósofo francés *Voltaire*, explaya esta idea, la de servir a la sociedad a la que se ofendió, obligando al penado a realizar en beneficio de ella trabajos en relación con el delito cometido; así, en vez de cocinar en aguar hirviendo a los falsificadores de moneda, como lo ordenaron *Carlos V* y *Francisco I*, se les pondría a trabajar, en prisión perpetua, como grabadores en la fábrica de monedas del Estado; "un falsificador, encadenado toda su vida, podría transcribir buenas obras, o los registros de los juzgados, y sobre todo su sentencia"(!!!): *Le prix de la justice et de l'humanité*, cit. pág. 545. Esto me recuerda que los positivistas, renunciando al concepto de pena (pues que el hombre no es libre de obrar como obra, dicen); como parte del "tratamiento" del cual hablaron para los delincuentes, proponían explotar las cualidades del sujeto; concretamente *Lombroso*, habló de *"simbiosis"* que aquí significa unión: algún día "el lobo y las ovejas pastarán juntos", decía citando al Profeta *Isaías* (LXV,25). Así, el homicida se pondría a traba-

Viñeta ideada por Beccaria: La Justicia rechaza las cabezas recién cortadas que le ofrece el verdugo y mira hacia los instrumentos de trabajo.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

tra los delitos. Ese eficaz, por frecuentísimamente repetido retorno sobre nosotros mismos -Yo mismo me veré reducido a tan prolongada y mísera condición, si cometo tales hechos-, es mucho más abrumador que la idea de la muerte, que los hombres siempre miran en una oscura lejanía.

La pena de muerte hace una impresión que con su fuerza no suple al rápido olvido, natural en el hombre aun en las cosas más esenciales, y acelerado por las pasiones. Regla general: las pasiones violentas sorprenden a los hombres, pero no por largo tiempo y, por tanto, sirven para hacer las revoluciones que de hombres comunes hacen o persas o lacedemonios; pero en un gobierno libre y tranquilo, las impresiones deben ser más frecuentes que fuertes.

La pena de muerte viene a ser, para la mayor parte, un espectáculo y, para algunos, objeto de compasión con mezcla de asco[78]; ambos sentimientos ocupan más el ánimo de

jar en los mataderos, en las carnicerías, o como cirujanos; en ese orden de ideas, los calumniadores, se desempeñarían bien como periodistas, como abogados... (!!!), etc. Pude verse mi monografía, *Grandes corrientes del derecho penal, Escuela Positivista*, Medellín, Ediciones Nuevo Foro, año 2.013, páginas 47 y 48.

78 Ese "pasajero espectáculo" generalmente era una distracción para el populacho, tanto en el Antiguo Régimen, como durante la Revolución Francesa; a tal punto no era escarmiento la pena de muerte que, señala *Roederer*, quien fue Magistrado en Francia, que "un sin número de robos, y muchos más que delante del Pilori, donde había menos gente reunida, se han cometido en la plaza de Grève, bajo el cadalso, al tiempo mismo en que ataban en él a los ladrones"; está trascrito en la edición de *De los delitos y de las penas*, edición de Porrúa, cit., pág. 138. Las ejecuciones de la pena de muerte, los azotes y la picota eran verdaderas distracciones de la muchedumbre embrutecida; *Víctor Hugo* nos describe de manera patética la golpiza al personaje *Quasimodo* en la misma mencionada plaza de Grève, lugar de tormentos y de ejecuciones en la Edad Media y todavía en los tiempos de la Revolución Francesa: "Por fin llegó el reo atado a la trasera de una carreta, y cuando le subie-

los espectadores, que el saludable terror que la ley pretende inspirar. Pero en las penas moderadas y continuas el sentimiento predominante es el último, porque es el único. El límite que debería fijar el legislador al rigor de las penas, parece consistir en el sentimiento de compasión, cuando comienza a prevalecer sobre todos los demás en el ánimo de los espectadores de un suplicio, que se impone más por ellos que por el reo.

Para que una pena sea justa no debe tener más que los grados de intensidad que basten para apartar a los hombres de los delitos. Ahora bien, no hay nadie que, si reflexiona, pueda elegir la total y perpetua pérdida de la propia libertad, por más ventajoso que pueda ser un delito. Por consiguiente, la intensidad de la pena de esclavitud perpetua[79], en

---

ron a la plataforma con una cuerda y pudo ser visto desde todos los puntos de la plaza, sujeto con sogas y correas a la rueda de la picota, una inmensa silba y un murmullo de risas y aclamaciones estallaron en la plaza". Amarrado a la rueda que la hacían girar para que nadie perdiera su espectáculo, el jorobado, "sólo de vez en cuando daba un resoplido, como becerro cuya cabeza pende y se bambolea fuera de la carreta del carnicero...Siguió al primero un segundo azote, y luego otro y luego cien; la rueda no dejaba de dar vueltas, ni los azotes de llover. Pronto saltó la sangre, y se vio correr a hilos por las negras espaldas del jorobado, y las flexibles correas, cortando el aire en su rotación, la lanzaban a gotas, salpicando al gentío": *Nuestra Señora de París*, cit. t. 1, págs.174 y 175.

79 Tengo la duda si el autor habla de esclavitud o servidumbre; me parece que aun cuando utilice la expresión "esclavitud", en verdad se trata de una condición vecina a la esclavitud, pero no es esclavitud misma. Creo que podemos aceptar las consideraciones que hace *Sergio García Ramírez* en su *Estudio Introductorio* a la obra *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, citada, página 74; remite a *Rodolfo Sohm* en su definición de esclavo: "El hombre que no tiene la consideración jurídica de persona, sino de cosa"; la esclavitud podía provenir de una condena penal: a veces los condenados podían ser destinados a trabajos forzados en las minas, o ser arrojados a las fieras en el circo. En el *Estado de las prisiones*, en

sustitución de la pena de muerte, tiene lo que basta para remover cualquier ánimo determinado. Agrego que hay más. Muchísimos miran la muerte con rostro sereno y firme; quién por fanatismo, quién por vanidad, que casi siempre acompaña al hombre hasta más allá de la tumba; quién por una última y desesperada tentativa o de no vivir o de salir de la miseria; pero ni el fanatismo ni la vanidad continúan entre los grillos o las cadenas, bajo el palo, bajo el yugo o en una jaula de hierro, donde el desesperado no termina sus males, sino que los comienza. Nuestro ánimo resiste más la violencia y los extremos pero pasajeros dolores, que el tiempo y la incesante molestia; porque puede, por así decirlo, condenarse todo él en un momento para rechazar los primeros, pero su vigorosa elasticidad no basta para resistir la larga y reiterada acción de los segundos. Con la pena de muerte, cada ejemplo que se da a la nación supone un delito; en la pena de esclavitud perpetua, un solo delito da muchísimos y duraderos ejemplos; y si es importante que los hombres vean a menudo el poder de las leyes, las penas de muerte no deben ser muy distantes entre sí; por consiguiente, suponen la frecuencia de los delitos; y, por tanto, para que ese suplicio sea provechoso, es necesario que no ejerza sobre los hombres toda la impresión que pudiera producir, es decir, que sea útil y no útil al mismo tiempo. A quien diga que la esclavitud perpetua es tan dolorosa como la muerte y por tanto igualmente cruel, le responderé que

concepto de *García Ramírez*, se trataría de una intensa servidumbre penal, que pondría al sujeto en condiciones de servicio más severas que las inherentes a otras penas. Se trataría de la "servidumbre penal" a la cual se refería *Franz Von Liszt*, para los multirreincidentes: estarían "bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo": *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, 1984, pág. 121. Creo que la esclavitud a la que se refería *Beccaria* era ese estado de servidumbre.

sumando todos los momentos desdichados de la esclavitud, lo será acaso más, pero esos momentos están repartidos a lo largo de toda la vida, y aquélla ejerce todo su poder en un solo momento: y es ésta la ventaja de la pena de esclavitud, que asusta más a quien la ve que a quien la sufre[80]; pues

80 Se podría pensar que esta recomendación es inaudita en quien figura como un adalid del humanitarismo; *Voltaire* contraargumenta: "sin duda que no se trata aquí de discutir cuál es la punición más suave, sino más útil": *Le prix de la justicie de l'humanité*, cit. pág.541. Por mi parte, hago la siguientes consideraciones: 1. El objetivo del autor era combatir la pena de muerte; si demostraba que no era ni útil ni necesaria, "habré ganado la causa de la humanidad", expresa; entonces , si el trabajo era más útil, había que preferirlo: su objetivo obnubilaba cualesquiera otra consideración, como la objeción de inhumanidad, a la larga, de la esclavitud; 2.Desde siempre se había admitido la esclavitud del vencido en guerra justa; ahora bien: *Beccaria* sigue el contractualismo de *Locke* y según este autor, quien viola la ley, viola el pacto, se sale del contrato y nos ubica de nuevo en el estado de naturaleza; ejemplificando, si quien me ataca me vence, yo sufro las consecuencias de su agresión; pero si yo le gano, entonces el agresor es mi botín de guerra y yo lo puedo esclavizar y ponerlo a trabajar hasta que se resista; como dice en el *Ensayo sobre el gobierno civil*: "Sin duda alguna que quien ha perdido, por su propia culpa y por algún acto merecedor de la pena de muerte, el derecho a su propia vida, puede encontrarse con que aquel que puede disponer de esa vida retrase, por algún tiempo, el quitársela cuando ya lo tiene en poder suyo, sirviéndose de él para su propia conveniencia; y con ello no le causa perjuicio alguno. Si alguna vez cree que las penalidades de su esclavitud pesan más que el valor de su vida, puede atraer sobre sí la muerte que desea con solo que se niegue a obedecer las voluntades de su señor": *Ensayo sobre el gobierno civil*, página 20 de la edición citada. 3. En el siglo XVIII, estaba en plena vigencia la trata de esclavos; en efecto, en 1492 se dio el descubrimiento de América: Europa transformó el Nuevo Continente en un infierno; en 1495, *Colón* cometió una gran masacre contra los indios de la isla La Española, hoy Haití: los indios acostumbraos a vivir de las frutas y de la caza en los bosques, no soportaron la explotación: hasta 14 horas diarias entre los ríos sacando oro; se levantaron: la pólvora, la caballería y los perros los destrozaron; los otros fue-

aquél considera toda la suma de los momentos desdichados

ron cazados y esclavizados en las minas; algunos eran quemados vivos para inducir al resto al trabajo. Fray *Bartolomé de las Casas*, dominico, había llegado a Santo Domingo, llamado entonces La Española, pues su padre, antiguo compañero en el segundo viaje de Cristóbal Colón, le había dejado una vasta heredad ; fue el primer sacerdote ordenado en América, en 1510; pasó a Cuba y era beneficiario de las Encomiendas, institución por la cual un español se beneficiaba del trabajo de los indios a cambio de adoctrinarlos; en 1514 se opera en él una "conversión", pues se convence de la injusticia de la crueldad con los nativos; en el año 1517 fue a España a hablar con *Carlos V*, quien había sucedido a *Fernando* e *Isabel*, los Reyes Católicos; habló a favor de los indios y recomendó traer negros del África: entonces comenzó "la más basta empresa de población de la historia humana", dice *Maurice Lengellé*; todo, por el azúcar y el tabaco: *se acabó con los pobladores de Latinoamérica, para tener tierra donde sembrar; se despobló África para tener quien cultivar.* Ya habían llegado unos esclavos de allá, y "parecían ser felices"; se otorgó entonces el "asiento" o licencia de importación a los portugueses; el cortesano a quien se le otorgó, la cedió por 25.000 ducados a unos genoveses que compraban esclavos en Lisboa; en 1518 se trajo a Latinoamérica un cargamento de esclavos desde Guinea. Los portugueses habían explorado Guinea, habían pasado por el Cabo de la Buena Esperanza y reclamaban exclusividad en la trata: dos bulas pontificias, de 1493, los legitimaba; luego entrarían en el negocio, Holanda, Francia, Inglaterra, Dinamarca, Prusia, etc. En 1481, se construyó Elmina, un fuerte en Costa de Oro, en el que cabían 1.000 esclavos como provisión: no había que perder tiempo: era preciso cargar y descargar rápido: se bajaba ron, rifles y pólvora, para cambiar por hombres, mujeres y niños !!! En 1566, *De las Casas*, ante la catástrofe que su recomendación causó para África, dijo que "era tan injusto esclavizar a los negros como a los indios, y por las mismas razones". Durante la Revolución Francesa, se oyó la voz de *Malouet* defendiendo a los plantadores de las colonias, y a *Petion* y *Mirabeau* criticando la esclavitud con base en el principio de igualdad; en contra se habían pronunciado *Montesquieu* y *Voltaire*. En el año II de la República, 1793, la Convención abolió la esclavitud de los negros en las colonias, pero *Napoleón* la reimplantó por *Senado-Consulto* de 1802; a principios del Siglo XIX, Inglaterra se pronunció por la prohibición de la trata de esclavos; no obstante, algunos calculan que en 1851, ya había 3 millones de negros traídos a América; otros reducen el número a

y éste se distrae de la infelicidad futura con la infelicidad del momento presente.

Todos los males se agrandan en la imaginación; y el que sufre encuentra compensaciones y consuelos no conocidos ni creídos por los espectadores, que sustituyen a la sensibilidad del desdichado la suya propia en el ánimo encallecido del infeliz.

He aquí, aproximadamente, el razonamiento que se hace un ladrón o un asesino, que no tenga otro contrapeso para no violar las leyes, que la horca o la rueda. Ya sé yo que el expresar los sentimientos del ánimo es un arte que se aprende con la educación; pero porque un ladrón no sepa expresar bien sus principios, no por eso dejan éstos de actuar menos sobre él: *¿Cuáles son esas leyes que debo yo respetar, y que una tan gran separación interponen entre el rico y yo? El me niega unos céntimos que le pido, y se excusa con encomendarme*

---

1 millón. En Francia, sólo en la Constitución de 1848, en el artículo 6, se aboliría la esclavitud. En el año 1852, la escritora *Harriet Beecher Stowe*, escribió *Uncle Tom's Cabin, La cabaña del tío Tom*, denunciando la inhumanidad de la esclavitud: "así que tú eres la pequeña mujer que escribió el libro que inició una gran guerra!!!", le dijo *Lincon*, al saludarla en plena Guerra de Secesión, en 1862. Este breve recuento histórico, nos lleva a decir que cuando en 1764 *Beccaria* escribió *De los delitos y de las penas*, la esclavitud era un negocio lucrativo; la recomendación de la esclavitud para el delincuente, en lugar de la pena de muerte, no "sonaba" cruel como aparece a la actual conciencia ética. Ver: *Daniel P. Manix* y *M. Couley, Historia de la trata de negros*, Madrid, Alianza Editorial, 1970; *Miguel Quintana, Hombres en venta, El drama de la esclavitud a través de los tiempos*, Barcelona, Editorial Bruguera, 1976, especialmente, página 226 y siguientes; *Bartolomé de las Casas, Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, Madrid, Edit. SARPE, 1985; *Juan Friede, Bartolomé de las Casas, Inicios de las luchas contra la opresión en América*, Bogotá, Edición Conjunta Punta de Lanza y La Chispa, 1974; *Maurice Langellé, L´Esclavage*, París, Presses Universitaires de France, 1967, pág. 72 y siguientes.

un trabajo que él no conoce. ¿Quién ha hecho esas leyes? Hombres ricos y poderosos, que jamás se han dignado visitar las tristes chozas de los pobres, que jamás han partido un enmohecido pan entre los inocentes gritos de sus hambrientos hijitos y las lágrimas de su esposa. Rompamos esos vínculos fatales para la mayor parte y provechosos para unos pocos e indolentes tiranos; ataquemos la injusticia en su fuente. Volveré a mi estado de independencia natural, viviré libre y feliz por algún tiempo con los frutos de mi valor y de mi industria[81]*; tal vez llegue el día del dolor y del arrepentimiento; pero será breve ese tiempo, y tendré un día de pena a cambio de muchos años de libertad y de placeres. Rey de un pequeño número, corregiré los errores de la fortuna, y veré a esos tiranos empalidecer y temblar a presencia de aquel a quien con insultante fausto posponían a sus caballos y a sus perros*[82]. Entonces la religión se presenta a la mente del criminal que

81 Notemos la polivalencia conceptual de la expresión "estado de naturaleza" en *Beccaria*: aquí es un estado positivo, a la manera roussoniana: "viviré libre y feliz"; dista del "continuo estado de guerra" hobbesiano que nos describió en el Capítulo II, *Origen de las penas y derecho a castigar*, para explicar el origen y legitimidad de la función punitiva.

82 Se refiere el autor a las salidas para la cacería de los nobles y ricos de la ciudad. El comportamiento altanero del poderoso contra el débil es constante en la historia, sin importar la época o el lugar; *Hipolito Taine* narra la actitud de los obispos y altos prelados frente a los curas de parroquia rural: "Cuando viajan esos prelados, el pobre hombre 'se ve obligado a caminar tropezando por la cuneta, para librarse de las patas y salpicaduras de lodo de sus caballos, como también de las ruedas, y tal vez del latigazo de un cochero insolente'": *Los orígenes de la Francia contemporánea*, Buenos Aires, Editorial Mayo, 1944, pág.81; también narra la costumbre de los potentados en las ciudades, concretamente en Versalles, de transitar a exceso de velocidad: a eso se le denominaba marchar *con la tumba abierta*; esto, porque en París, por ejemplo, a diario había gentes atropelladas por la carrera de los escoltas al galope y por la celeridad de las carrozas: pág. 92. En las novelas, hasta hace algún tiempo, se acostumbraba escribir una advertencia:

abusa de todo, y ofreciéndole un fácil arrepentimiento y una casi certeza de felicidad eterna, disminuye en mucho el horror de la última tragedia.

Pero quien ve ante sus ojos un gran número de años, o hasta todo el curso de la vida, que habrá de pasar en la esclavitud y en el dolor a la vista de sus conciudadanos, con quienes vive libre y sociable ahora y esclavo después de las mismas leyes por las cuales se veía antes protegido, hace un parangón provechoso de todo ello con la incertidumbre del éxito de sus delitos, con la brevedad del tiempo en que gozaría de sus frutos[83]. El ejemplo continuo de aquellos a quienes actualmente ve víctimas de su imprevisión, le hace una impresión mucho más fuerte que el espectáculo de un suplicio que, más que corregirlo, lo encallece.

No es útil la pena de muerte por el ejemplo de atrocidad que da a los hombres. Si las pasiones, o la necesidad de la guerra, ha enseñado a verter la sangre humana, las leyes, moderadoras de la conducta de los hombres, no debieran aumentar el feroz ejemplo, tanto más funesto cuanto que la muerte legal se da con estudio y con formalidades. Paréceme un absurdo que las leyes, expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan

"Cualquier parecido con la realidad, es mera coincidencia": valga para nuestro medio !!!

83 Una de las objeciones que le hizo el monje *Ferdinando Facchinei* a *Beccaria* fue que siendo tan deprimentes las condiciones económicas de los estratos bajos de la población, de donde surgen en su mayor número los reos pasibles de pena de muerte, semejantes a las vivencias de la esclavitud, ésta no tendría efecto disuasivo: "de su primera vida a la de los esclavos, sólo hay un paso":*Notas y observaciones sobre el libro De los delitos y de las penas*", en *De los delitos y de las penas*, edición de Bruguera, citada, pág. 226. Paradógicamente, fue este monje quien puso el dedo en la llaga, mostrando las falencias económicas de las clases marginadas, que son en gran medida, las candidatas a ser la población de la justicia penal luego.

ellas mismas, y para alejar a los ciudadanos del asesinato, ordenen ellas mismas un asesinato público[84]. ¿Cuáles son las verdaderas y más provechosas leyes? Aquello pactos y aquellas condiciones que todos quisieran observar y proponer cuando calla la voz, siempre escuchada, del interés privado o se combina con la del interés público. ¿Cuáles son los sentimientos de cada cual acerca de la pena de muerte? Leámoslos en los actos de indignación y de desprecio con que todos miran al verdugo, que es, sin embargo, un inocente ejecutor de la voluntad pública, un buen ciudadano que contribuye al bien público, el necesario instrumento de la pública seguridad en el interior, como los valerosos soldados lo son respecto del exterior[85]. ¿Cuál es, pues, el

84 Este es el argumento que he llamado "ético-paradógico", el cual, como he señalado, retoma *Voltaire*. Pocos renglones más adelante insistirá en este argumento: "el asesinato, que a nosotros se nos predica como un crimen terrible, lo vemos utilizado por ellos hasta sin repugnancia y sin furor", expresa, poniendo esas palabras en boca de otro.

85 Se refiere el autor a la repulsión que siempre se ha sentido por el verdugo a pesar de estar legitimado para obrar; *Carnelutti* recuerda que en Venecia el verdugo vivía aislado en mitad del campo de Santa Margarita, nadie quería ser su vecino; en España, sus casas se pintaban de rojo, para ser evitadas. Este aislamiento, también lo destaca *José de Maistre*: "Apenas la autoridad ha designado su morada, apenas ha tomado posesión de ella, cuando las otras habitaciones retroceden hasta que no ven la suya. En medio de esta soledad y de esta especie de vacío formado a su alrededor, vive sólo con su mujer y sus pequeñuelos, que le hacen oír la voz del hombre; sin ellos no conocería más que sus gemidos...". Sin embargo, el autor Savoyano admira al verdugo, como gran partidario que es de la pena de muerte: "toda grandeza, todo poder, toda subordinación descansa en el ejecutor", dice. Veamos cómo describe con deleite su acción: "Se hace una señal lúgubre, un ministro abyecto de la justicia llama a su puerta y le advierte que hace falta: marcha, llega a una plaza pública cubierta de gentes que se oprimen y palpitan. Se le entrega un envenenador, un parricida, un sacrílego; se apodera de él, lo tiende, lo ata a una cruz horizontal,

origen de esta contradicción? ¿Y por qué es indeleble en los hombres ese sentimiento, a despecho de la razón? Porque los hombres, en lo más íntimo de sus ánimos, que es donde más que en ninguna otra parte conservan todavía la forma original de su antigua naturaleza, han creído siempre que su vida no estaña en poder de nadie, excepción hecha de la fatalidad, que con su cetro de hierro rige el universo.

¿Qué tienen que pensar los hombres al ver a los sabios magistrados y a los graves sacerdotes de la justicia, que con indiferente tranquilidad hacen arrastrar con lento aparato a un reo hacia la muerte; y que, mientras un desdichado se debate en las últimas angustias, esperando el golpe fatal, pasa el juez, con insensible frialdad, y aun acaso con secreta complacencia de la propia autoridad, a gustar de las

---

y levanta el brazo; entonces, en medio de un terrible silencio, no se escucha más que el crujido de los huesos fracturados bajo la barra y los alaridos de la víctima. La desata, la lleva a la rueda, donde los miembros destrozados se entrelazan a sus rayos; queda pendiente la cabeza, se erizan los cabellos, y la boca, abierta como un horno, no envía, por intervalos, más que un reducido número de palabras sangrientas que anuncian la muerte. Ha concluido la operación: el corazón le late, pero es de alegría; se alaba y dice en su interior: 'Nadie sabe ejecutar mejor que yo'. Baja, alarga la mano teñida en sangre, y la Justicia arroja en ella, desde lejos, algunas piezas de oro, que se lleva consigo a través de dos filas de hombres que se apartan horrorizados. Y, sin embargo, se pone a la mesa y come; se acuesta y duerme. Y a la mañana siguiente al despertarse, en todo piensa menos en lo que ha hecho el día anterior. ¿Es éste un hombre?. Sí: Dios le recibe en sus templos, y le permite orar. No es criminal, y, sin embargo, ningún idioma permite decir, por ejemplo, que es virtuoso, que es hombre honrado, que es digno de estimación, etc. Ningún elogio moral puede convenirle, porque todos suponen relaciones con los hombres, y él no tiene ninguna": *José de Maistre, Las Veladas de San Petersburgo*, Madrid, Apostolado de la Prensa, 1922, página 33; *Francesco Carnelutti, Meditación sobre la pena de muerte*, en *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, página 425

comodidades y los placeres de la vida?[86] –*Ah*-dirán-, *esas leyes no son más que los pretextos de la fuerza. Y las meditadas y crueles formalidades de la justicia no son más que un lenguaje convencional para inmolarnos con más seguridad como víctimas destinadas en sacrificio al ídolo insaciable del despotismo. El asesinato, que a nosotros se nos predica como un crimen terrible, lo vemos utilizado por ellos hasta sin repugnancia y sin furor. Sirvámonos, pues, del ejemplo. Nos parecía la muerte violenta una escena terrible en las descripciones que se nos hacían, pero veámosla como una cuestión de un momento. ¡Cuánto menos habrá de serlo en quien, no esperándola, se ahorre casi todo lo que tenga de doloroso!* [87]

86 "Los sabios magistrados ...hacen arrastrar con lento aparato a un reo hacia la muerte": si la pena de muerte es justa, si es limpia, por qué no la ejecutan los magistrados, o los jueces mismos con sus propias manos?. Así ocurría en la Germania medieval. Antes podría decirse que se necesitaba fuerza o pericia para manejar el hacha, destaca *Carnelutti*; pero ahora, que se trataría sólo de disparar un revólver en la nuca, o sólo dar vuelta a un interruptor de la corriente eléctrica, por qué no lo hacen?, pregunta el mismo autor. La respuesta no puede ser distinta a la de repugnancia hacia la pena de muerte, así la dispongan las leyes; *Francesco Carnelutti*, en *Meditación sobre la pena de muerte*, cit. páginas 425 y 426.

87 Este párrafo debió caer muy mal a la magistratura de Milán, y concretamente al conde *Gabriel Verri*, destacadísimo miembro del Senado lombardo. El Senado era la máxima expresión de la judicatura. Destaca *Adriano Cavanna* que era "órgano motor central": juzgaba *loco principis*, esto es, en lugar del monarca y como tal podía, invocando la justicia y la equidad, crear el derecho y bien podía no respetar el derecho escrito. "El Senado es un legislador disfrazado de juez y en sus usos judiciales se encuentra el derecho realmente vigente", anota. La jurisprudencia era una "jurisprudencia aluvional" que se iba acumulando en decenas de volúmenes en los que se registraban las interpretaciones que hacían los juristas de viejas "Leyes" y "Constituciones". Los magistrados pensaban que eran vengadores del orden violado y que había que reintegrarlo según un orden teológico del mundo: los principios de legalidad y proporcionalidad estaban ausentes, como ausentes

Tales son los funestos paralogismos que, si no con claridad, por lo menos confusamente, se hacen los hombres dispuestos a delinquir, y en los cuales, como lo hemos visto, el abuso de la religión puede más que la religión misma.

Si se me opone el ejemplo de casi todos los siglos y de casi todas las naciones, que han impuesto pena de muerte contra algunos delitos, yo responderé que ello de nada sirve frente a la verdad, contra la cual no hay prescripción; que la historia de los hombres nos da idea de un inmenso piélago de errores, entre los cuales flotan unas pocas y confusas verdades, separadas por grandes intervalos[88]. Los sacrificios humanos fueron comunes a casi todas las naciones, ¿y quién osará excusarlos? Que algunas pocas sociedades, y por poco tiempo solamente, se hayan abstenido de dar la muerte, me es más bien favorable que contrario; pues ello es conforme a la suerte de las grandes verdades, cuya du-

estaban la laicisidad y la humanidad. La pena de muerte, en especial si el delito se había declarado "crimen atroz", se ejecutaba con gran espectáculo, con gran aparato. Contra todo esto habló *Beccaria* en su libro, precisamente redactado en la planta baja de la casa de los *Verri*, en la calle del Monte !!!: allí estaban el derecho penal medieval y el derecho penal moderno, tan solo los separaba el cielorraso !!! *Gabriel Verri* representaba el pasado, "era el santón de la tradición jurídica lombarda", "la toga era su verdadera piel", dice *Cavanna*. La magistratura, el conocimiento de esa complejidad o maraña de doctrinas e interpretaciones, constituían su poder. El grupo de los hermanos *Verri* y *Beccaria* representaban el futuro. Ver: *Adriano Cavanna, Giudice e leggi nella Milano di Cesare Beccaria*, en *Jus, Rivista de Science Giuridiche*, año XXV, número 1, enero-abril de 1989, especialmente, páginas 21, 35 y 36.

88 En otras palabras: un error repetido en la historia, no por esa repetición se convierte en verdad. El libre examen lleva a proponer cosas que, por ahora, pueden parecer erróneas; atreverse a pensar, aún a riesgo de equivocarnos: "entonces mis errores podrán ser útiles a mis conciudadanos: habré señalado el escollo por mi naufragio", dice *Helvetius* en *Del Espíritu*, cit. pág. 86.

ración no es más que un relámpago, en medio de la larga y tenebrosa noche que envuelve a los hombres. No ha llegado todavía la época afortunada en que la verdad, como hasta ahora el error, pertenezca a la inmensa mayoría; y de esta ley universal no han estado exentas hasta ahora más que las verdades que la sabiduría infinita ha querido distinguir de las demás, al revelarlas.

La voz de un filósofo es demasiado débil contra los tumultos y los gritos de tantos que se dejan guiar por la ciega costumbre[89]; pero los pocos sabios esparcidos sobre la faz de la tierra me harán eco en lo íntimo de sus corazones; y si la verdad, entre los infinitos obstáculos que, a pesar de él, la alejan de un monarca pudiera llegar hasta su trono, sepa que llega a él con los votos secretos de todos los hombres; sepa que callará ante él la sangrienta fama de los conquistadores, y que la justiciera posteridad le asigna el primer lugar entre los pacíficos trofeos de los Titos, los Antoninos y los Trajanos.

89 *Voltaire* dirá más tarde como un eco: "El mundo mejora un poco; sí, el mundo pensante, pero el mundo bruto será por mucho tiempo un compuesto de osos y de simios, y la canalla será siempre cien contra uno": *Le prix de la justice et de l'humanité*, cit., pág.349. En carta del 30 de mayo de 1768, le escribe *Voltaire* a *Beccaria* a propósito del caso del caballero *De la Barre*: "Mis enfermedades, señor, me imposibilitan daros las gracias de mi puño y letra, pero seguro, yo os agradezco de todo corazón. Estos sentimientos deben ser los de toda Europa. Vos habéis allanado el camino de la equidad por el cual tantos hombres todavía transitan como bárbaros. Vuestra obra ha hecho bien y lo seguirá haciendo. Vos trabajáis por la razón y la humanidad, todas dos tan largo tiempo maceradas. Levantáis a estas dos hermanas abatidas desde hace aproximadamente mil seiscientos años. Ellas comienzan por fin a caminar y a hablar; pero desde que hablan, el fanatismo aúlla": puede verse la misiva en *Dei delitti e delle pene*, edición de EINAUDI, cit. pág. 450.

¡Feliz la humanidad si por primera vez se le dictasen leyes, ahora que vemos sobre los tronos de Europa a monarcas benéficos, animadores de las virtudes pacíficas, de las ciencias, de las artes, padres de sus pueblos, ciudadanos coronados, cuyo aumento de autoridad constituye la felicidad de sus súbditos, porque suprime aquel intermediario despotismo, más cruel porque menos seguro, por el que eran sofocados los votos siempre sinceros del pueblo, y siempre faustos cuando pueden llegar hasta el trono! Si ellos, digo, dejan subsistir las antiguas leyes, ello se debe a la dificultad infinita de quitar de los errores la venerada herrumbre de muchos siglos. Y es un motivo más para que los ciudadanos ilustrados deseen con mayor ardor el continuo acrecentamiento de su autoridad[90].

90 El "intermediario despotismo" al cual se refiere el autor son los "los anillos de superpoder" que se forman alrededor de un jefe de gobierno, o de quien desempeña un cargo importante, los que a veces impiden que las quejas lleguen. En *Montesquieu* los "cuerpos intermedios", la nobleza, no tiene carácter negativo: son un freno al poder omnímodo del monarca; según el autor citado, el poder no era absoluto, estaba en alguna medida limitado, gracias a esos "poderes intermedios".

Capítulo XVII — Destierro y confiscaciones

Quien perturba la tranquilidad pública, quien no obedece a las leyes, es decir, a las condiciones con que los hombres se soportan y se defienden recíprocamente, debe ser excluido de la sociedad, es decir, debe ser desterrado[91].

Parece que el destierro debiera ser impuesto a quienes, acusados de un delito atroz, tienen contra sí una gran probabilidad, pero no la certeza, de ser reos; pero para hacerlo así, es necesario un estatuto lo menos arbitrario y los más preciso que sea posible, que condene al destierro a quien haya puesto a la nación en la fatal alternativa o de temerlo a él o de ofenderlo, pero dejándole el sagrado derecho de probar su inocencia. Mayores, pues, habrán de ser los motivos contra un nacional que contra un extranjero; contra un inculpado por primera vez, que contra quien lo fue ya varias veces[92].

Pero aquel a quien se destierra y excluye para siempre de la sociedad de que era miembro, ¿debe ser privado también

91 El destierro fue históricamente una sanción muy grave; en la religión primitiva "cada dios sólo podía ser adorado por una familia. La religión era puramente doméstica", dice *Fustel De Coulanges*; generalmente, los dioses eran dioses lares, es decir, habitaban en los hogares de las personas; entonces cuando el desterrado partía, salía sin el amparo de sus respectivas divinidades: *La ciudad antigua*, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1920, pág. 37.

92 En las legislaciones medievales el destierro era una pena reservada a quienes no se sujetaban al poder común y, por tanto, eran excluidos de la paz ciudadana y condenados a permanecer fuera del territorio comunal. En el siglo XVIII, por influjo de *Beccaria*, algunos príncipes suprimieron la facultad de ofender impunemente a los desterrados, y más tarde el destierro desapareció de casi todas las legislaciones. Nota de *Calamandrei*, edición de EJEA, citada, pág. 169.

de sus bienes? Esta cuestión es susceptible de diferentes aspectos. El perder los bienes es una pena mayor que la del destierro: tiene que haber, pues, casos en que, proporcionalmente a los delitos, esté la pérdida de todos los bienes o la de parte de ellos, y casos en que no se aplique esta pena. En la pérdida de la totalidad se incurrirá cuando el destierro intimado por la ley sea tal, que anule todas las relaciones existentes entre la sociedad y un ciudadano delincuente; entonces muere el ciudadano y queda el hombre; y respecto del cuerpo político debe producir el mismo efecto que la muerte natural. Parecería, pues, que los bienes procedentes del reo debieron pasar a sus legítimos sucesores, más bien que al príncipe, puesto que la muerte y un tal destierro son lo mismo respecto del cuerpo político. Pero no es por esta sutileza por lo que me atrevo a desaprobar las confiscaciones de bienes. Si algunos han sostenido que las confiscaciones han sido un freno a las venganzas y a las prepotencias privadas, no reflexionan que, aunque las penas produzcan un bien, no siempre son justas, porque para serlo deben ser necesarias; y una útil injusticia no puede ser tolerada por el legislador que quiera cerrar todas las puertas a la vigilante tiranía que lisonjea con el bien momentáneo y con la felicidad de algunos seres ilustres, despreciando el exterminio futuro y las lágrimas de infinitos seres oscuros. Las confiscaciones ponen un precio sobre las cabezas de los débiles, hacen sufrir al inocente la pena del culpable, y ponen a esos mismos inocentes en la desesperada necesidad de cometer nuevos delitos. ¿Qué más triste espectáculo que el de una familia arrastrada a la infamia y a la miseria por los delitos de su jefe, al cual la sumisión ordenada por las leyes impediría el prevenirlos, aunque existiesen los medios para hacerlo?

Capítulo XVIII — Infamia

La infamia[93] es un signo de la desaprobación pública, que priva al reo de los votos públicos, de la confianza de la patria y de la casi fraternidad que la sociedad inspira. No está en el arbitrio de la ley. Es necesario, pues, que la infamia que la ley inflige, sea la misma que nace de las relaciones entre las cosas; la misma que inspiran la moral universal o la particular dependiente de los sistemas particulares, legisladores de las opiniones vulgares, y de aquella tal nación. Si la una es diferente de la otra, o la ley pierde la veneración pública o las ideas de la moral y de la probidad se desvanecen a despecho de las declamaciones, que nunca resisten a los ejemplos. Quien declara infames acciones de suyo indiferentes, disminuye la infamia de las acciones que sean verdaderamente tales.

Las penas corporales y dolorosas no deben aplicarse a aquellos delitos que, fundados en el orgullo, sacan del dolor mismo gloria y aliento, y a los cuales convienen más bien el ridículo y la infamia: penas que frenan el orgullo de los fanáticos con el orgullo de los espectadores, y de la tenacidad de las cuales apenas si con lentos y obstinados esfuerzos se libera la verdad. Así, oponiendo fuerzas a fuerzas y opiniones a opiniones, el prudente legislador quiebra la admiración y la sorpresa del pueblo ocasionada por un falso

93 La *infamia*, en el derecho romano y en el derecho canónico, era un estado especial de disminución de la honorabilidad del ciudadano en virtud del cual, quien era afectado de ella, en los casos taxativamente previstos por la ley incurría en ciertas incapacidades de derecho público y privado. En las legislaciones modernas ha quedado como pena accesoria para ciertos delitos, antiguamente llamados "infamantes", la interdicción de los oficios públicos (art. 28, Cód. pen.). Esta nota es de *Piero Calamandrei*, en la edición de EJEA, cit. pág.171.

principio, cuyas bien inferidas consecuencias suelen velar, para el vulgo, lo que en su origen tiene de absurdo.

Las penas de infamia no deben, ni ser demasiado frecuentes, ni caer sobre un gran número de personas de una sola vez; no lo primero, porque los efectos reales y demasiado frecuentes de las cosas de opinión debilitan la fuerza de la opinión misma; no lo segundo, porque la infamia de muchos se resuelve en la infamia de nadie.

He aquí la manera de no confundir las relaciones y la naturaleza invariable de las cosas, que no estando limitada por el tiempo y obrando incesantemente, confunde y trastorna todos los limitados reglamentos que de ella se apartan. No son sólo las artes del gusto y del placer las que tienen por principio universal la imitación fiel de la naturaleza, sino que la política misma, por lo menos la verdadera y persistente, está sujeta a este principio general, puesto que ella no es más que el arte de encauzar mejor y de hacer que converjan los inmutables sentimientos humanos.

Capítulo XIX — Prontitud de la pena

Cuanto la pena sea más pronta y más próxima al delito cometido, tanto más justa y más provechosa será. Digo más justa, porque ahorra al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que aumentan con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad; más justa, porque siendo la privación de la libertad una pena, no puede preceder a la sentencia sino en cuanto la necesidad lo exija. La cárcel es, pues, la simple custodia de un ciudadano, hasta que se lo juzgue reo; y esa custodia, siendo

esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible, y debe ser lo menos dura posible[94]. El menor tiempo debe medirse, ya por la necesaria duración del proceso, ya por la antigüedad de quien antes tiene un derecho a ser juzgado. El rigor de la cárcel no puede ser más que el necesario, bien para impedir la fuga, bien para que no se oculten las pruebas de los delitos. El proceso mismo debe terminar en el más breve tiempo posible. ¿Qué contraste más cruel que el de la indolencia de un juez y las angustias de un reo? ¿Las comodidades y los placeres de un insensible magistrado por una parte, y las lágrimas y la desdicha de un encarcelado por otra? En general, el peso de la pena y la consecuencia de un delito debe ser los más eficaz que sea posible para los demás y lo menos dura para quien la sufre; pues no se puede llamar sociedad legítima a aquella en que no sea principio infalible que los hombres se han querido someter a los menores males posibles.

He dicho que la prontitud de las penas es más útil, 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 de que insensiblemente se considerarán la una como causa y la otra como efecto necesario e in-

94 Ante todo, que no sea ella misma destructora del ser humano; en 1872, *Carrara* criticaba también la detención preventiva y abogaba porque se la limitara lo más posible y si se la considerara como necesaria (para evitar la incidencia en la prueba, para garantizar la comparecencia al juicio, etc.), debían tomarse las medidas para evitar la corrupción de las personas como producto de la detención: "Las sociedades cultas deben estudiar los medios para obtener que el *castigo corrija*; mas deberían estudiar también los medios para impedir que la *prevención corrompa*": *Francesco Carrara* en, *Inmoralidad del encarcelamiento preventivo*, en *Opúsculos de derecho criminal*, Bogotá, Editorial Temis, 1976, t. 4, pág.225.

defectible. Está demostrado que la asociación de ideas es el cemento que forma toda la estructura del intelecto humano, sin la cual el placer y el dolor serían sentimientos aislados y de ningún efecto. Cuanto más se alejan los hombres de las ideas generales y de los principios universales, es decir, cuanto más vulgares son, tanto más obran por las inmediatas y más próximas asociaciones, descuidando las más remotas y complicadas, que sólo sirven para los hombres fuertemente apasionados por el objeto a que tienden; puesto que la luz de la atención ilumina un solo objeto, dejando a los demás en la oscuridad. Sirven igualmente a las mentes más elevadas, porque han adquirido el hábito de correr rápidamente sobre muchos objetos a la vez, y tienen la facilidad de contrastar entre sí muchos sentimientos parciales, de manera que el resultado, que es la acción, sea menos peligroso e incierto[95].

95 Sería importante estudiar las concepciones psicológicas que maneja *Beccaria;* a mi manera de ver, se trata de un empirismo relativamente simple, teniendo su fundamento sobre todo en *Locke.* En efecto, *Locke* es considerado como uno de los mayores empiristas, tenidos éstos, a su vez, como los antecesores de la *Psicología Asociacionista.* Para el autor inglés, no existen ideas innatas: todo nuestro conocimiento proviene de la *sensación* o de la *reflexión*: la mente, supongamos, es una hoja en blanco, limpia de toda inscripción, sin ninguna idea; de dónde provienen éstas?:"A esto contesto con una sola palabra, de la *experiencia*: he allí el fundamento de de todo nuestro saber, y de allí es de donde en última instancia se deriva. *Las observaciones que hacemos acerca de los objetos sensibles externos, o acerca de las operaciones internas de nuestra mente, que percibimos, y sobre las cuales reflexionamos nosotros mismos, es lo que provee a nuestro entendimiento de todos los materiales del pensar*". Según esto, la sensación y la reflexión son la base de nuestras ideas: *nihil es intellectus quod prius non erat in sensu.* Son pues los sentidos los que en contacto con los objetos, afectados por éstos, generan las ideas: estas son producidas por la sensación, ejemplo, blanco,

Es, pues, de la mayor importancia la proximidad del delito y de la pena, si se quiere que en las rudas mentes vulgares, a la seductora pintura de un delito ventajoso, se perciba inmediatamente la idea asociada de la pena. El largo retardo no produce otro efecto que el de separar cada vez más esas dos ideas; y aunque produzca impresión el castigo de un delito, lo hace menos como castigo que como espectáculo, y no lo hace sino después de debilitado en los ánimos de los espectadores el horror de un tal delito particular, que serviría para reforzar el sentimiento de la pena[96].

calor, frío. En segundo lugar, están las operaciones interiores de nuestra propia mente, generadoras de ideas que no provienen del exterior, sino de la reflexión, ejemplo, creer, razonar, dudar, pensar. En resumen, los fenómenos psicológicos, la vida psíquica, sería un agregado de experiencias sensoriales, en primer lugar; porque también está la experiencia interna, lo que llamaba *Locke*, el *sentido interno*, aunque advertía que no se trataba de un sentido ya que no tiene nada que ver con los objetos externos, empero, "se parece mucho", dice. De aquí irían a sacar los asociacionistas la tesis de que toda la complejidad de nuestra vida mental, es un producto de simples asociaciones mecánicas de sensaciones e ideas, entendiendo éstas como "copia" de los objetos; y hablaron de las "leyes de la asociación": *ley de contigüidad*: dos proceso psíquicos que ocurren simultánea o sucesivamente, se asocian entre sí; *ley de frecuencia*: las asociaciones que se hacen más frecuentes son las que hacen más durables; *ley de recencia*: las asociaciones que se hicieron más recientemente, son las más duraderas. *John Locke, Ensayo sobre el entendimiento humano*, México, Fondo de Cultura Económica, Primea Reimpresión, 1982, pág.83; las itálicas son del texto original; *Antonio Caparrós, Historia de la psicología*, Barcelona, Ediciones CEAC, Segunda Edición, 1982, pág.16; *Luis E. García Restrepo, El desarrollo de los conceptos psicológicos, Una introducción a la historia de la psicología*, Bogotá, Editorial Limusa, 1996, pág. 53 y siguientes.

96 También *Mirabeau* clamaba por la pronta pena y denunciaba la injusticia de la detención preventiva: "Pero una razón mucho más importante aún para que una vez que el delito se haya cometido,

Otro principio sirve maravillosamente para estrechar cada vez más la importante conexión entre el crimen y la pena; a saber, que ésta sea lo más conforme posible a la naturaleza del delito. Esta analogía facilita admirablemente el contraste que debe existir entre la propensión al delito y la repercusión de la pena; es decir, que ésta aleje y conduzca el ánimo a un fin opuesto a aquél al que trata de encaminarlo la seductora idea de la infracción de la ley.

A los reos de delitos más ligeros, o se los suele castigar en la oscuridad de una prisión, o se los envía a que den ejemplo, con una lejana y, por tanto, casi inútil esclavitud, en naciones a las que no han ofendido[97]. Si los hombres no

se forme al preso el proceso, lo más pronto posible, y es la de que este puede muy bien manifestar su inocencia. El entendimiento humano no puede, sin penetrarse de horror, concebir la cuestión preparatoria que en Francia se empleaba otras veces!!; y bien, el encarcelamiento largo tiempo antes del proceso, dimana del mismo origen, aunque no está acompañado de la misma crueldad; pues en los dos casos, se empieza por infligir una pena, y después se examina con despacio si el desgraciado que la sufre es inocente o culpable. Al cabo de siete u ocho meses que está privado de su libertad, después de haber sufrido en este intervalo todos los horrores de la prisión, el infortunado es conducido en fin delante del juez que, sobre sus interrogatorios, le declara perfectamente inocente. ¿Qué resulta de esto?. A la verdad, su reputación queda restablecida, pero su salud nunca lo estará; puede ser que también haya perdido para siempre los medios de ganar su vida, y que encuentre a su desgraciada familia en alguna casa de misericordia, en donde la vergüenza y la miseria la han obligado a refugiarse"; citado en la edición de *De los delitos y de las penas*, edición Heliastra, cit. págs. 101 y 102.

97 *Beccaria* se refiere a la deportación, la cual por entonces estaba en pleno apogeo, sobre todo en Inglaterra; en efecto, los franceses e ingleses la llamaban *trasportation*; se define como el trasporte del condenado a un lugar lejano, para que cumpla la pena en un régimen de trabajo forzado y, generalmente, con la obligación de permanecer en el lugar, por disposición legal, o por imposibilidad natural de regresar. Inglaterra la practicó desde 1597 hasta 1776

se ven inducidos en un momento a cometer los más graves delitos, la pena pública de un gran crimen será considerada por la mayor parte como insólita e imposible de ocurrir; pero la pena pública de los delitos más leves, y a los cuales está más próximo el ánimo, producirá una impresión que, apartándolo de éstos, lo aleje cada vez más de aquéllos.

Las penas deben ser proporcionadas entre sí y en relación a los delitos, no sólo en la fuerza, sino también en el modo de infligirlas.

Capítulo XX — Certeza de las penas. Gracias

Uno de los mayores frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad y, por consiguiente, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable, la cual, para que sea una provechosa virtud,

---

cuando las colonias norteamericanas se sublevaron. Era uno de los reproches que *Benjamín Franklin* le hacía a la metrópoli: "Vaciando vuestros presidios sobre nuestras ciudades, haciendo de nuestro suelo la cloaca de los vicios de que no pueden librarse las viejas sociedades europeas, nos habéis hecho un ultraje del cual deberían habernos puesto a cubierto las costumbres patriarcales y puras de nuestros colonos. !!!Oh!!! ¿Qué diríais si os enviáramos nuestras culebras de cascabel?". Esto lo he tomado de *Elías Neuman, Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*, cit. páginas 43 y 44. Por un tiempo también usaron barcos-prisiones; luego, en 1787, comenzó la "*trasportación*" a Australia. Luego Francia comenzaría a mandar presidiarios a la Guinea Francesa y a la Guayana: entonces se conocerían los horrores de la "Isla del Diablo", a donde habría de llegar, a fines del siglo XIX condenado injustamente, el Capitán *Dreyfus* : en este contexto, *Emilio Zola* escribió una de las páginas más bellas de la historia contra los abusos de la justicia: "*Yo acuso*".

debe ir acompañada de una legislación suave. 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; pues los males, aunque mínimos, cuando son ciertos, asustan siempre el ánimo del hombre, y la esperanza, don celestial que frecuentemente es lo único que nos queda, aleja siempre la idea de los males mayores, principalmente cuando la impunidad, que la avaricia y la debilidad otorgan a menudo, aumente su fuerza.

Algunos quedan libres de la pena por un pequeño delito cuando lo perdona la parte ofendida: acto conforme a la beneficencia y a la humanidad, pero contrario al bien público; cual si un ciudadano particular pudiese suprimir con su remisión la necesidad del ejemplo al igual que puede condenar el resarcimiento de la ofensa. El derecho a hacer castigar no es de uno solo, sino de todos los ciudadanos o del soberano. Él no puede renunciar más que a su porción de derecho, pero no anular las de los demás[98].

98 *Beccaria* pertenece a la nobleza de la Lombardía, epicentro Milán; empero sus ideas hacen parte del ideario de la burguesía que ascendía hacia el poder teniendo como objetos de lucha el trono y el altar; la burguesía participaba de la idea del monopolio de la fuerza por parte del Estado; así entonces la acción penal pertenecería, no a los individuos, sino al Estado; por esto, no debía estar en manos del particular el renunciar al desarrollo de la acción penal, mediante desistimiento, transacción, o simplemente perdón. En la actualidad, ora por ahorro de costos, ora por darle injerencia a las personas que integran una comunidad en sus propios destinos, en relación con algunos delitos, se atiene el derecho penal en su ejercicio a la voluntad de las personas. En la práctica, así muchas veces se restaura mejor el entramado social que con la punición. Se ha retornado, en alguna forma, al período de la *composición*. En pocas palabras, la posición del autor hay que entenderla haciendo una lectura del *texto en su contexto*, y ver las cosas ahora desde *nuestro contexto*.

A medida que las penas se hagan más suaves, la clemencia y el perdón vienen a ser menos necesarios. ¡Feliz la nación en la que fueran funestos! La clemencia, pues, esa virtud que ha sido a veces en un soberano el suplemento de todos los deberes del trono, debiera quedar excluida en una perfecta legislación en que las penas fuesen suaves y el método de juzgar fuera regular y expedito. Esta verdad parecerá dura a quien viva en el desorden de un sistema criminal en que el perdón y las gracias sean necesarios en proporción a lo absurdo de las leyes y a lo atroz de las condenas. Esta es la más hermosa prerrogativa del trono; éste es el más deseable atributo *de* la soberanía, y ésta es la tácita desaprobación que los benéficos dispensadores de la felicidad pública dan a un código que, con todas sus imperfecciones, tiene a su favor el prejuicio de los siglos, el voluminoso e imponente atuendo de infinitos comentaristas, el grave aparato de las eternas formalidades, y la adhesión de los más insinuantes y menos temidos semidoctos.

Pero considérese que la clemencia es la virtud del legislador, y no del ejecutor de las leyes; que debe brillar en el código, no en los juicios particulares; que el hacer ver a los hombres que se pueden perdonar los delitos o que la pena no es su necesaria consecuencia, es fomentar el aliciente de la impunidad y hacer creer que, pudiéndose perdonar, las condenas no perdonadas son más bien violencia de la fuerza que resoluciones de la justicia. ¿Qué habrá que decir cuando el príncipe otorgue sus gracias, es decir la seguridad pública, a un particular, y que, con un acto privado de no ilustrada beneficencia, dé un decreto público de impunidad? Sean, pues, inexorables las leyes, inexorables los ejecutores de ellas en los casos particulares; pero sea suave, indulgente y humano el legislador. Sabio arquitecto, alce su edificio sobre la base

del propio amor, y el interés general sea el resultado de los intereses de todos; y no se verá constreñido por leyes parciales y remedios tumultuosos a separar a cada momento el bien público del bien de los particulares, ni al azar el simulacro de la salud pública sobre el temor y la desconfianza; profundo y sensible filósofo, deje que los hombres, sus hermanos, gocen en paz de la pequeña porción de felicidad que el inmenso sistema establecido por la Primera Causa, por Aquel QUE ES, les permite gozar en este rincón del universo.

Capítulo XXI — Asilos

Me quedan todavía dos cuestiones que examinar: una es si los asilos son justos; la otra, si el pacto de entregarse las naciones recíprocamente los reos, es útil o no. Dentro de las fronteras de un país, no debe haber ningún lugar independiente de las leyes. La fuerza de ellas debe seguir a todo ciudadano, como la sombra sigue a su cuerpo. La impunidad y el asilo no difieren esencialmente; y como la impresión de la pena consiste más en la seguridad de incurrir en ella que en la fuerza de la misma, los asilos invitan más a los delitos que lo que las penas disuaden. Multiplicar los asilos es formar otras tantas pequeñas soberanías; pues donde no son las leyes quienes mandan, pueden formarse leyes nuevas y opuestas a las comunes y, por tanto, un espíritu opuesto al del cuerpo entero de la sociedad. Todas las historias muestran que de los asilos salieron grandes revoluciones en los Estados y en las opiniones de los hombres[99].

99 El asilo era un impedimento al ejercicio de la función punitiva; en un principio, el asilo tenía por finalidad poner al acusado al abrigo

Hay quienes han sostenido que en cualquier lugar donde se cometa un delito, es decir, una acción contraria a las leyes, puede ser castigado; cual si el carácter de súbdito fuese indeleble, es decir, sinónimo y hasta peor que el de esclavo; cual si pudiese uno ser súbdito de un dominio y habitar en otro, y que sus acciones pudieran sin contradicción estar subordinadas a dos soberanos y a dos códigos a menudo contradictorios. Hay quienes creen, igualmente, que una acción cruel realizada, por ejemplo, en Constantinopla, puede ser castigada en París, por la razón abstracta de que, quien ofende a la humanidad, merece tener a la humanidad por enemiga, e incurrir en la execración universal; cual si

---

de la venganza privada o de la venganza popular: así resultaba que era un medio de asegurar la justicia pública; el ofendido debía renunciar a la *faida* y aceptar la composición; luego el asilo puso al reo fuera del alcance de cualquier justicia. Parece que tuvo su origen en los pueblos del oriente; en occidente, se da cuenta del asilo en Grecia remota, como se lee en *Homero:* "Pero acógeme en tu bajel, ya que huyendo he venido a suplicarte: no sea que me maten, pues sospecho que me persiguen"; en la tradición griega, el templo de Atenea, era lugar de asilo; al pasar del paganismo al cristianismo, fue recibida la institución por el Derecho Canónico; *San Pablo* rechaza la venganza: vivir en paz con todos los hombres, "no tomando la justicia por mano vuestra"; entonces las iglesias y los conventos daban la seguridad. Anota *Tissot:* "Al pasar del paganismo al cristianismo, el pueblo no podía dejar de conservar los asilos y aún de rodearlos de un prestigio tanto más poderoso cuanto más santa era la nueva religión. Las calamidades de los tiempos, la invasión de la barbarie, la opresión en que gemían los pueblos bajo un gran número de tiranos, la falta, la distancia o la debilidad del poder central, la dureza de las costumbres, la imperfección de las leyes, la ignorancia de los magistrados y su poca autoridad, todo esto casi justificaba hasta los abusos de los asilos"; ver: *Homero,* en *Odisea,* Valencia, Círculo de Lectores, 1981, Canto 15, pág. 259; *San Pablo, Carta a los Romanos,* XII, 19; *J. Tissot, El derecho penal estudiado en sus aplicaciones y Legislaciones de los diversos pueblos del mundo o Introducción filosófica e histórica al estudio del derecho penal,* Madrid, Góngora Editores, 1880, t. 3, pág. 166.

los jueces fuesen víndices de la sensibilidad de los hombres, y no más bien de los pactos que los ligan entre sí. El lugar de la pena es el lugar del delito, pues sólo allí, y no en otra parte, los hombres se ven forzados a ofender a un particular para prevenir la ofensa pública. Un criminal que no haya roto, sin embargo, los pactos de una sociedad de que no era miembro, puede ser temido y, por tanto, desterrado y excluido por la fuerza superior de la sociedad, pero no castigado con la formalidad de las leyes, víndices de los pactos, no de la malicia intrínseca de las acciones.

Pero, sobre si es útil o no entregarse recíprocamente los reos unas naciones a otras, yo no osaré decidir esta cuestión, mientras las leyes más conformes a las necesidades de la humanidad, las penas más suaves, y extinguida la dependencia del arbitrio y de la opinión, no hagan segura la inocencia oprimida y la virtud abominada; mientras la tiranía no sea totalmente confinada por la razón universal, que cada vez une más los intereses del trono y de los súbditos, a las vastas llanuras del Asia[100]; aunque la persuasión de no encontrar un palmo de tierra que perdonara los verdaderos delitos, sería un medio eficacísimo para prevenirlos[101].

100 En la Ilustración, particularmente *Montesquieu*, tenía como modelo de estado despótico, a los asiáticos; la forma de administrar "justicia" era bien particular; así, dice en el Libro VI, Capítulo II: "En Turquía, donde se atiende poco a la fortuna, al crédito, al honor y a la vida de los hombres, se terminan pronto y de cualquier manera todas las disputas. Que acaben de una manera o de otra es cosa indiferente, con tal que acaben. El bajá, rápidamente informado, hace repartir a discreción entre los litigantes muchos o pocos bastonazos en las plantas de los pies, y asunto concluido": *El espíritu de las leyes*, cit. página 109.

101 Actualmente la extradición se maneja con criterios políticos; en esta perspectiva, condición indispensable es que haya reciprocidad y ante todo respeto entre los Estados; sólo así el Estado requerido examinará si concede o no la extradición, examinando las condi-

Capítulo XXII—De la talla

La otra cuestión es si es o no útil poner precio a la cabeza de un hombre reconocido como reo, y armando el brazo de cada ciudadano, hacer de él un verdugo. O el reo está fuera de las fronteras, o dentro de ellas; en el primer caso, el soberano estimula a los ciudadanos a cometer un delito, y los expone a un suplicio, haciendo así una injuria y una usurpación de autoridad en los dominios ajenos, y autoriza de este modo a las demás naciones a que hagan los mismo con él; en el segundo, muestra su propia debilidad. Quien tiene fuerza para defenderse, no trata de comprarla. Además un tal edicto desbarata todas las ideas de moral y de virtud, que al mínimo viento se desvanecen en el ánimo del hombre. Ora las leyes invitan a la traición, y ora la castigan. Con una mano estrecha el legislador los lazos de familia, de parentesco y de amistas, y con la otra premia a quien los rompe y a quien los desprecia; siempre contradictorio consigo mismo, tan pronto invita a la confianza a los ánimos suspicaces de los hombres, como esparce la desconfianza en todos los corazones. En vez de prevenir un delito, hace que se cometan ciento. Estos son los expedientes de las naciones débiles, cuyas leyes no son más que momentáneas reparaciones de un edificio ruinoso que se derrumba por todas partes. A medida que crecen las luces en una nación, van imponiéndose la buena fe y la confianza recíproca, y cada vez tienden

---

ciones de la solicitud, más allá de los meros requisitos formales; y estará vigilante sobre la suerte de su *nacional*; de lo contrario, será un *abandono noxal* y el extraditado pasa a ser un paria, o un *sudra* (sin derechos por naturaleza), sin patria, sin personalidad, sin leyes que lo amparen; si no hay respeto entre naciones, una nación enana claudicará frente a la gigante; generalmente, no ocurre el bello mito Hebreo de *David* contra *Goliat*...

a confundirse más con la verdadera política. Los artificios, las cábalas, los caminos oscuros e indirectos, se prevén por lo común, y la sensibilidad de todos embota la sensibilidad particular de cada uno. Los siglos mismos de ignorancia, en que la moral pública induce a los hombres a obedecer a la privada, sirven de instrucción y de experiencia a los siglos ilustrados. Pero las leyes que premian la traición y que provocan una guerra clandestina esparciendo la sospecha recíproca entre los ciudadanos, se oponen a esa tan necesaria unión de la moral y de la política, a la cual deberían los hombres su felicidad, las naciones la paz, y el universo algún que otro mayor intervalo de tranquilidad y de reposo en los males que sobre él van y vienen[102].

Capítulo XXIII — Proporción entre los delitos y las penas

No sólo es de interés común que no se cometan delitos, sino también que sean más raros en proporción al mal que irrogan a la sociedad. Por consiguiente, deben ser más fuertes

102 En *Beccaria* la política debe regirse por parámetros éticos; está lejos de la actitud de *Maquiavelo*, quien describió la política no en su *deber ser*, sino en su *ser*, tal como es; la política es la manipulación del poder; y si este es, por naturaleza, afrentoso, la política no puede menos que serlo. Ejemplo, dos máximas de *Maquiavelo*: "Un príncipe prudente no puede ni debe mantener fidelidad en las promesas, cuando tal fidelidad redunda en perjuicio propio, y cuando las razones que la hicieron prometer ya no existen": *El príncipe*, Bogotá, Círculo de Lectores, 1980, pág.129. Otro de sus principios guías era el de hacer el mal de una sola vez; en cambio, el bien se debe hacer de manera continuada, para ser agradecido por los súbditos.

los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos, a medida que sean más contrarios al bien público y a medida de los estímulos que a ellos los induzcan. Por consiguiente, debe haber una proporción entre los delitos y las penas[103].

Si el placer y el dolor son los motores de los seres sensibles; si entre los motivos que impulsan a los hombres aun a las más sublimes acciones puso el invisible Legislador el premio y la pena; de la inexacta distribución de éstas nacerá la tato menos observada cuanto más común contradicción de que las penas castiguen los delitos que ellas mismas han provocado. Si una pena igual castiga dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un más fuerte obstáculo para cometer el delito mayor, si a él encuentran unida una mayor ventaja.

Quien vea establecida la misma pena de muerte, por ejemplo, para quien mate a un faisán, para quien asesine a un hombre o para quien falsifique un escrito importante, no distinguirá entre esos delitos; destruyéndose de ese modo los sentimientos morales, obra de muchos siglos y de mucha sangre, lentísimos y difíciles de producir en el ánimo del hombre, para hacer que nacieran los cuales se creyó

103 Aquí podemos ver la gran influencia de *Montesquieu*: debe verse en especial, *El espíritu de las leyes*, Libro VI, Capítulo XVI: "Sesenta personas conspiraron contra el emperador Basilio; éste los hizo fustigar, se les quemó el cabello. Un ciervo enganchó por el cinturón, con sus astas, al mismo Emperador, y a uno de su séquito que le salvó la vida sacando la espada y cortando con ella el cinturón, le hizo cortar la cabeza, por haber hecho uso de la espada en contra de él. Quién podría pensar que el mismo príncipe dictara sentencias tan desiguales?": edición de Heliasta, cit. pág. 123; pág. 124: en la China se descuartiza a los ladrones cruentos; hay robos pero no asesinan; en cambio en Rusia, la pena es la misma, haya sangre o no; entonces los ladrones asesinan siempre.

necesaria la ayuda de los más sublimes motivos y un tan grande aparato de graves formalidades.

Son imposibles de prevenir todos los desórdenes en el combate universal de las pasiones humanas. Tales desórdenes crecen en razón directa de la población y del entrechocar de los intereses particulares, que la autoridad pública no puede dirigir geométricamente. La exactitud matemática hay que sustituirla, en la aritmética política, por el cálculo de probabilidades. Échese una mirada sobre la historia, se verán crecer los desórdenes con las fronteras de los imperios; y disminuyendo en la misma proporción el sentimiento nacional, el impulso hacia los delitos crece en razón del interés que cada cual encuentra en esos mismos desórdenes; de ahí que la necesidad de agravar las penas vaya aumentando siempre por ese motivo.

La fuerza, semejante a la de gravedad, que nos lleva a nuestro bienestar, no se detiene sino a medida de los obstáculos que se le oponen. Los efectos de esa fuerza son la confusa serie de las acciones humanas. Si éstas chocan entre sí y se ofenden recíprocamente, las penas, que yo llamaría *obstáculos políticos*, impiden el mal efecto sin destruir la causa impelente, que es la sensibilidad misma, inseparable del hombre; y el legislador hace como el hábil arquitecto, cuyo oficio es el de oponerse a la dirección ruinosa de la gravedad, y aprovechar las direcciones de esa misma gravedad que contribuyen a la solidez del edificio.

Dada la necesidad de la unión de los hombres, dados los pactos que necesariamente resultan de la oposición misma de los intereses privados, se encuentra en escala de desórdenes cuyo primer grado consiste en los que destruyen inmediatamente la sociedad, y el último en la mínima injusti-

cia posible que se haga a los particulares, miembros de ella. Entre ambos extremos se comprenden todas las acciones opuestas al bien público que se llaman delitos, y todas van, por grados insensibles, descendiendo del más elevado al más ínfimo. Si la geometría pudiera adaptarse a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, que descendiese de las más fuertes a las más débiles; si hubiese una escala exacta y universal de las penas y de los delitos, tendríamos una probable y común medida de los grados de tiranía y de libertad, del fondo de humanidad o de malicia de las diversas naciones[104]. Pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales sin perturbar el orden, no decretando para los delitos del primer grado las penas del último.

104 El derecho penal, la forma como se practique, muestra el grado de civilización de un pueblo; así se expresa *Jellinek*: "Si de la historia de un pueblo cualquiera no nos hubiera quedado otra cosa que su Derecho penal, se podría averiguar únicamente por ello su grado de cultura, ético e intelectual, de igual modo que un palenteólogo está en situación de reconstruir la estructura de un animal prehistórico habiendo encontrado un solo hueso"; citado por *Francisco Muñoz Conde*, en *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1975, pág.75.

Capítulo XXIV — Medida de los delitos

Hemos visto cuál es la verdadera medida de los delitos: *el daño de la sociedad*[105]. Es ésta una de aquellas palpables ver-

105 La idea del delito como conducta externa que daña, comenzó a ser predicada por el Jusnaturalismo Racionalista; este es uno de los axiomas del derecho penal liberal: *cogitationis poenam nemo patitur*, "nadie sufre pena por el pensamiento"; *Grocio* sostiene que las acciones que no atentan contra la sociedad humana, no deben ser castigadas, aunque se les considere pecado, lo cual es de suma importancia, ya que sólo había que considerar como delito *los actos externos dañosos*; los pecados los castiga Dios. Por su parte *Hobbes*, afirma: "Delito es un pecado que consiste en la comisión (por acto o por palabra) de lo que la ley prohíbe, o en la omisión de lo que ordena. Así, pues, todo delito es un pecado: en cambio, no todo pecado es un delito. Proponerse robar o matar es un pecado, aunque no se traduzca en palabras o en hechos, porque Dios, que ve los pensamientos del hombre, puede cargárselo en cuenta; pero hasta que se manifieste por alguna cosa hecha o dicha, en virtud de la cual la intención pueda ser argüida por un juez humano, no tiene el nombre de delito": *Thomas Hobbes, Leviatan o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, Segunda Reimpresión de la Primera Edición, 1984, páginas 238 y 239. Por su parte, *Samuel Pufendorf*, expresaba que quedan eximidos de pena los actos "meramente internos", por ejemplo, el pensamiento delectable sobre algún delito, la aspiración, la añoranza, el propósito no llevado a efecto, aunque después lleguen a ser conocidos por otros por una confesión posterior. Miremos la razón que da para no ser sancionados: "Pues con ese proceso interno no se hace daño a nadie, y a ningún hombre le interesa que alguien sea castigado por eso": *Samuel Pufendorf, De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 2.002, pág. 147. Después de *Beccaria*, la idea central del delito como daño, sería retomada por *Carrara* quien construyó la estructura catedralicia de su *Programa*, a partir del siguiente axioma: "El delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho": *Programa de derecho criminal*, Bogotá, editorial Temis, 1978, t.1, pág. 5. La exigencia del daño para dar por existente el delito, es la base para distinguir

dades que, aunque no tengan necesidad ni de cuadrantes ni de telescopios para ser descubiertas, sino que están al alcance de cualquier inteligencia mediocre, sin embargo, por una maravillosa combinación de circunstancias, no son conocidas con seguridad más que por algunos pocos pensadores, hombres de toda nación y de todos los siglos. Pero las opiniones asiáticas, las pasiones revestidas de autoridad y de poder, las más de las veces por insensibles propensiones, otras veces por violentas impresiones sobre la tímida credulidad de los hombres, han disipado las sencillas nociones que acaso formaban la primera filosofía de las sociedades nacientes, y a las que la luz de este siglo parece que nos retorna, con la mayor firmeza que puede ser suministrada por un examen geométrico, por mil funestas experiencias y aun por los obstáculos mismos.

Erraron los que creyeron verdadera medida de los delitos la intención de quien los comete. Esta depende de la impresión actual de los objetos y de la precedente disposición de la mente; aquéllas varían en todos los hombres y en cada uno de ellos, con la rapidísima sucesión de las ideas, de las pasiones y de las circunstancias. Sería necesario, pues, formar, no sólo un código particular para cada uno de los ciudadanos, sino una nueva ley para cada delito. En ocasiones los hombres, con la mejor intención, hacen el mayor mal

---

dos grandes tendencias en el derecho penal: la *objetivista*, según la cual la antijuridicidad propia del delito exige un daño al interés jurídico; y la *subjetivista*, conforme a la cual se da por existente la ilicitud penal con la sola mala intención exteriormente expresada: aquí se ubica la denominada Escuela Positivista, para la cual lo que importa es ante todo la *peligrosidad* del sujeto; también son subjetivistas las corrientes de pensamiento penal que hacen radicar la esencia del delito en la desobediencia al derecho, antes que en la lesión de él.

a la sociedad; y en otras ocasiones, con la peor voluntad, le hacen el mayor bien.

Otros miden los delitos más por la dignidad de la persona ofendida que por su importancia respecto del bien público. Si ésta fuese la verdadera medida de los delitos, una irreverencia al Ser de los seres debería castigarse más atrozmente que el asesinato de un monarca; ya que la superioridad de la naturaleza es una infinita compensación a la diferencia de la ofensa.

Por último, algunos pensaron que la gravedad del pecado entraba en la medida de los delitos[106]. La falacia de esta opinión saltará a la vista de un indiferente examinador

106 Ya hemos visto la importancia que tiene en *Beccaria* la distinción de los distintos órdenes de regulación de la conducta humana; unas son las relaciones del hombre con Dios, otras son las relaciones de los hombres entre sí: una cosa es el pecado, otra el delito. Aparte de la influencia que tuvieron en el autor el jusnaturalismo racionalista, como ya se ha visto, de manera inmediata puede verse aquí la influencia de *Montesquieu* quien dijo: "En las cosas que turban la tranquilidad o la seguridad del Estado, las acciones ocultas son de la incumbencia de la justicia humana; pero en las que ofenden a la divinidad, en las que no cabe la acción pública, no puede haber materia delictiva: todo queda entre el hombre y Dios, que sabe la medida y el tiempo de sus venganzas. Y si, confundiendo las cosas, busca el magistrado el sacrilegio oculto, practica una inquisición que no es de ninguna manera necesaria, con la cual destruye la libertad de los ciudadanos, alarma sus conciencias, excita el celo de las conciencias tímidas y de las conciencias atrevidas contra el sosiego de los mismos ciudadanos. El mal ha venido de la falsa idea de que es preciso vengar la divinidad. Pero a la divinidad es menester honrarla y no vengarla". Como ejemplo de a dónde puede conducir esa idea de defender a la divinidad, cuenta que un judío fue condenado a ser desollado vivo por blasfemia contra la virgen; y "hubo caballeros que subieron al cadalso, con careta y con cuchillo en mano, expulsaron al verdugo y creyeron que así vengaban ellos mismos el honor de la Santísima Virgen"; *Espíritu de las leyes*, Libro XII, Capítulo IV, edición de Heliasta, pág. 211.

de las verdaderas relaciones entre hombres y hombres y entre los hombres y Dios. Las primeras son relaciones de igualdad. Sólo la necesidad ha hecho nacer del choque de las pasiones y de la oposición de los intereses la idea de la *utilidad común*, que es la base de la justicia humana. Las segundas son relaciones de dependencia respecto de un Ser perfecto y creador, que se ha reservado a sí solo el derecho de ser legislador y juez al mismo tiempo, porque sólo él puede serlo sin inconvenientes. Si ha establecido penas eternas para quien desobedece a su omnipotencia, ¿cuál será el insecto que se atreva a suplantar la divina justicia; que quiera vindicar al Ser que se basta a sí mismo, que no puede recibir de los objetos impresión alguna de placer o de dolor, y que es el único entre todos los seres que obra sin reacción? La gravedad del pecado depende de la inescrutable malicia del corazón. Esta no pueden conocerla sin revelación unos seres finitos. ¿Cómo, pues, de ella se tomará norma para castigar los delitos? Pudiera ser que en tal caso los hombres castigaran cuando Dios perdona, y perdonarán cuando Dios castiga. Si los hombres pueden estar en contradicción con el Omnipotente al ofenderlo, pueden estarlo también al castigar.

FUNDADA EN 1620 QUITO

Capítulo XXV — División de los delitos

Unos delitos destruyen inmediatamente la sociedad, o a quien la representa; otros ofenden la seguridad particular de un ciudadano en su vida, en sus bienes o en su honor;

otros son acciones contrarias a lo que cada cual está obligado a hacer o no hacer con miras al bien público[107].

Cualquier acción no comprendida entre los dos antedichos límites, no puede llamarse *delito*, o ser castigada como tal, sino por quienes encuentran su interés en llamarla así. La incertidumbre de tales límites ha producido en las naciones una moral que contradice a la legislación; varias legislaciones actuales, que se excluyen recíprocamente; una multitud de leyes que exponen al más sensato a las penas más rigurosas; y, por tanto, convertidos en vagos y fluctuantes los nombres de *vicio* y de *virtud*, de donde la incertidumbre de la propia existencia, que produce el letargo y la somnolencia fatal en los cuerpos políticos. La opinión de que cada ciudadano tiene que poder hacer todo lo que no es contrario a las leyes, sin tener otro inconveniente que el que pueda surgir de la acción misma, he ahí el dogma político que debiera ser creído por los pueblos y predicado

107 Afirma *Calamandrei*, en la nota 1 de la página 191 de la edición de EJEA citada, que aquí está la raíz de la clasificación moderna de los delitos, según la naturaleza del derecho afectado; y la emparenta con la división que más tarde haría *Carrara*, entre delitos *sociales*, los que destruyen de modo inmediato a la sociedad, y delitos *naturales*, los que "ofenden a las seguridad privada de un ciudadano"; la tercera categoría correspondería a lo que hoy se denomina *contravenciones;* en el tiempo de *Beccaria*, a las contravenciones se las denominaba "delitos políticos"; el autor, en el Capítulo XXXIII, pone como ejemplos, "los estrépitos y las jaranas en las vías públicas"; no se corresponde esta terminología con la posterior, según la cual, por delitos políticos se entiende los que atentan contra la estructura del Estado, "personalidad del Estado" dice el Código Penal Rocco de 1931, o el funcionamiento básico de ella; lo que hoy se denominan delitos políticos, en los tiempos de *Beccaria*, eran los delitos de lesa majestad. Ver, *Calamandrei*, nota 1, edición EJEA citada, págs. 194 y 195; *Franceso Carrara*, *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Editorial Temis,1967, Parte Especial, t.3, parágrafo 1081, págs. 31 y 32.

por los magistrados supremos, con la incorruptible custodia de las leyes; dogma sagrado, sin el cual no puede haber sociedad legítima[108]; justa recompensa del sacrificio hecho

108 En la teoría liberal del derecho y del Estado, lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido; las leyes señalan el ámbito de libertad del individuo; es la fórmula de la libertad, entendida como legalidad, dice *Calamandrei*, referenciando al efecto a *Montesquieu* y a *Voltaire*; en esta perspectiva, *Montesquieu* expresa: "Es verdad que en las democracias el pueblo aparentemente hace lo que quiere; mas no consiste la libertad política en hacer lo que se quiere; en un Estado, es decir, en una sociedad que tiene leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no debe quererse. Es necesario distinguir lo que es independencia de lo que es libertad. La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan; y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo derecho". El problema que se presentó a los teóricos de la política, es decir, a la teoría de la coexistencia del hombre en sociedad, era este: qué forma había para que superado el estado de naturaleza permaneciera, sin embargo, la libertad; según *Rousseau*, cuando los hombres hacen un pacto y se sujetan a él, permanecen libres: toda la problemática de los hombres en el estado de naturaleza consiste en "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 así mismo y permanezca tan libre como antes"; con referencia a este párrafo de *Rousseau* en que nos habla de cómo se conforma la soberanía y su finalidad, dice *Víctor Flórez Olea*, que "los individuos, en cuanto participan de esa soberanía, encuentran asegurado el ejercicio de sus derechos particulares"; *Voltaire*, narrar un diálogo sostenido entre un europeo y un brahmán atravesando la 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 brahma". Insisto, es la "libertad entendida como legalidad": *Calamandrei*, nota 2, edición de EJEA citada, pág. 192; *Montesquieu*, en *El espíritu de las leyes*, Libro XI, Capítulo III, edición de Heliasta citada, pág. 180; *Rousseau*,

por los hombres de aquella acción universal sobre todas las cosas que es común a todo ser sensible, y está limitada únicamente por las propias fuerzas. Esto hace a las almas libres y vigorosas, y a las mentes audaces; hace a los hombres virtuosos, pero con aquella virtud que resiste al temor, y no de plegadiza prudencia, digna sólo de quien puede tolerar una existencia precaria e incierta.

Quien lea con ojos de filósofo los códigos de las naciones y sus anales, encontrará casi siempre que los nombres de *vicio* y de *virtud*, de *buen ciudadano* o de *reo*, cambian con las revoluciones de los siglos, no en razón de las mutaciones que acaecen en las circunstancias de los países, y, en consecuencia, siempre conformes al interés común; sino en razón de las pasiones y de los errores que sucesivamente agitaron a los diferentes legisladores. Verá muy a menudo que las pasiones de un siglo son el fundamente de la moral de los siglos siguientes; que las fuertes pasiones, hijas del fanatismo y del entusiasmo, debilitadas y roídas, como si dijéramos, por el tiempo, que todos los fenómenos físicos y morales los reduce al equilibrio; pasan a ser poco a poco la prudencia del siglo y el instrumento útil en manos del fuerte y del astuto. De este modo nacieron las oscurísimas nociones de honor y de virtud; y tales son, porque cambian con

---

en *El contrato social o Principios de derecho político*, cit. pág. 853; *Voltaire*, en *Diccionario Filosófico*, Buenos Aires, Editorial Arayú, 1938, t. 2, pág. 26; *Víctor Florez Olea*, en *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, México, Universidad Autónoma de México, 1975, pág. 29. Me parece que antes que en *Montesquieu*, *Voltaire* o *Rousseau*, la idea está en *Locke*: "La libertad del hombre sometido a un poder civil consiste en disponer de una regla fija para acomodar a ella su vida, que esa regla sea común a cuantos forman parte de esa sociedad, y que haya sido dictada por el poder legislativo que en ella rige. Es decir, la facultad de seguir mi propia voluntad en todo aquello que no está determinado por esa regla": *Ensayo sobre el gobierno civil*, cit. pág. 19.

las revoluciones del tiempo, que hace sobrevivir los nombres a las cosas; cambian con los ríos y las montañas, que muy a menudo son los confines, no sólo de la geografía física, sino también de la geografía moral[109].

Capítulo XXVI — Delitos de lesa majestad

Los primeros, que son los máximos delitos, porque son los más dañosos, son los que se denominan de lesa majestad.

109 La relatividad de los valores morales, éticos y políticos, es uno de los principios del liberalismo, lo que conduce al libre examen y a un pluralismo ideológico; éste implica la tolerancia, pero es mucho más que tolerancia: no solamente es respetar las creencias o criterios de los demás, sino también partir de la base de que la verdad no es un única ni absoluta, y que se puede llegar a acuerdos y matización de posiciones; en este sentido hay que entender a *Humberto Eco* cuando *Guillermo de Baskerville* dice al novicio *Adso:* "El Anticristo puede nacer de la misma piedad, del excesivo amor por Dios o por la verdad, así como el hereje nace del santo y el endemoniado del vidente. Huye, Adso, de los profetas y de los que están dispuestos a morir por la verdad, porque suelen provocar la muerte de muchos otros, a menudo antes que la propia, y a veces en lugar de la propia. Jorge ha realizado una obra diabólica, porque era tal la lujuria con que amaba la verdad, que se atrevió a todo para destruir la mentira. Tenía miedo del segundo libro de Aristóteles, porque tal vez éste enseñase realmente a deformar el rostro de toda verdad, para que no nos convirtiéramos en esclavos de nuestros fantasmas. Quizá la tarea del que ama a los hombres consista en lograr que éstos se rían de la verdad, lograr que la *verdad ría*, porque la única verdad consiste en aprender a liberarnos de la insana pasión por la verdad": *Humberto Eco*, en *El nombre de la rosa*, Barcelona, Editorial Círculo de Lectores, 1997, página 609.La democracia, al menos entendida como "método para la creación del orden social", permite la discusión libre del contenido de los valores: *Kelsen*, en *El valor de la democracia*, México, Editora Nacional, 1980, especialmente, pág.127.

Sólo la tiranía y la ignorancia, que confunden los vocablos y las ideas más claras, pueden dar este nombre y, por consiguiente, la máxima pena, a delitos de diferente naturaleza y hacer así a los hombres, como en mil otras ocasiones, víctimas de una palabra. Todo delito, aunque sea privado, ofende a la sociedad; pero no todo delito intenta su destrucción inmediata. Las acciones morales, como las físicas, tienen su limitada esfera de actividad, y están diversamente circunscritas, como todos los movimientos naturales, por el tiempo y el espacio, y por tanto, sólo una cavilosa interpretación, que es de ordinario la filosofía de la esclavitud, puede confundir lo que la eterna verdad distinguió con inmutables relaciones[110].

110 Este capítulo es tan corto como oscuro; creo que de lo que se trata es de lo siguiente: los delitos de lesa majestad son los que "destruyen inmediatamente la sociedad, o a quien la representa", ha dicho en el Capítulo XXV, iniciando. Empero, algunas veces, a pesar de que "las acciones morales, como las físicas, tienen su limitada esfera de actividad", la magia, la blasfemia, la hechicería, el "delito contra natura" (así se denominaba a la homosexualidad), en la práctica se trataban como de lesa majestad, ya que la pena era el fuego; *Montesquieu* destaca que la magia (que no existe, dice), la herejía (que se presta a un gran número de distinciones), y el crimen contra natura (que es a menudo oscuro), "es singular que los tres hayan sido castigados con la pena del fuego":*El espíritu de las leyes*, edición de Heliasta, cit., páag.214. De modo que dándoles, por ejemplo, el nombre de "delitos de lesa majestad divina", los reos resultaban ser "víctimas de una palabra", pues las consecuencias eran las de los delitos de lesa majestad humana. Este corto pasaje implica una crítica soslayada a la Inquisición. La prudencia de *Beccaria*, se explica por aquello de que "quería ser redentor de la humanidad, sin ser mártir...".El ser víctimas de las palabras no es nuevo: los Monarcas de España prohibieron matar a los indios de Lantinoamérica: sólo había que "corregir" su paganismo y adoctrinarlos; pero a los *Caribes*, que eran corajudos y beligerantes porque tenían su libertad en gran estima, sí se les podía matar; de aquí resultó que cuando a una pacífica comunidad indígena se la quería destruir sin consecuencias, simplemente se

Capítulo XXVII —Delitos contra la seguridad de cada uno de los particulares. Violencias. Penas de los nobles

Siguen los delitos contrarios a la seguridad de cada uno de los particulares. Siendo éste el fin primario de toda asociación legítima, no puede menos de asignarse a la violación del derecho de seguridad, adquirido por cada ciudadano, alguna de las penas más considerables establecida por las leyes.

Unos delitos son atentados contra la persona, otros lo son contra los bienes. Los primeros deben ser infaliblemente castigados con penas corporales.

Los atentados, pues, contra la seguridad y la libertad de los ciudadanos son uno de los mayores delitos; y bajo esta clasificación, no sólo los asesinatos y los hurtos de los hombres plebeyos, sino también los de los nobles y de los magistrados, cuya influencia obra a mayor distancia y con mayor vigor, destruyendo en los súbditos las ideas de justicia y de deber y sustituyéndolas por la del derecho del más fuerte, igualmente peligroso en definitiva para quien lo ejerce que para quien lo sufre.

Ni el noble ni el rico deben poder poner a precio los atentados contra el débil y el pobre; de lo contrario, las riquezas, que bajo la tutela de las leyes son el premio de la industria, se convierten en sostén de la tiranía. No hay libertad allí donde las leyes permitan que en determinadas circunstancias el hombre deje de ser *persona* y se convierta

---

les "bautizaba" como *Caribe* !!!. Como quien dice, con la palabra, se volvía caníbal a quien se quería canibalizar...

en *cosa* [111]; veréis entonces a la industria del poderoso dirigida toda ella a lograr de la multitud de las combinaciones civiles la que la ley le da en su favor. Este descubrimiento es el secreto mágico que transforma a los ciudadanos en animales de servicio, que en mano del fuerte es la cadena con que esclaviza las acciones de los incautos y de los débiles. Esta es la razón de que en algunos gobiernos, que tienen toda la apariencia de libertad, se esconda la tiranía, o se introduzca de improviso en algún ángulo desdeñado

111 Este es un principio esencial del cual tienen que partir las leyes y todo el andamiaje del Estado, al menos en la perspectiva del Estado de Derecho: el hombre es persona y no cosa, es fin y no medio; *Beccaria* expresó lo que también habría de decir *Kant*: "Jamás un hombre puede ser tomado como instrumento de los designios de otro, ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad innata lo garantiza contra tal ultraje". Hay que anotar que *Kant* hace su afirmación en el marco de la crítica que hace a *Beccaria* cuando éste alega en contra de la pena de muerte; dice *Rodolfo Mondolfo* que alguna sugestión o confirmación debió tener el filósofo alemán en su lectura de *Beccaria*, para llegar a su fórmula ya transcrita; en efecto, es cierto que *Kant* critica el eudemonismo o utilitarismo de *Becaria*; sin embargo, es fácil ver la coincidencia de los dos autores en la consideración de la persona humana como fin y no como medio. Es interesante anotar que *Carrara* en su concepto de responsabilidad, exige que el hombre sea tratado ante todo como persona, dotado de comprensión y voluntad: no se puede juzgar a un hombre como se juzga a un animal; se le debe juzgar como a un ser pensante, "el cual cuando se trata de hechos dolosos solo es imputable en cuanto quiso, conoció y previó, y fuera de esto en ningún caso" !!!. Ver, *Kant, Principios metafísicos del derecho*, Buenos Aires, Americalle, 1943, pág. 171; *Francesco Carrara, Violencia carnal y prostitución putativa*, en *Opúsculos de derecho criminal*, Bogotá, Editorial Temis, 1976, Vol. III, pág. 211; *Rodolfo Mondolfo, Cesare Becaria y su obra*, cit., pág. 46 a 49.

por el legislador, donde insensiblemente adquiere fuerza y se agranda[112].

Los hombres ponen por lo común los diques más sólidos contra la abierta tiranía, pero no ven el insecto imperceptible que roe esos diques y abre una tanto más segura cuanto más oculta vía al río inundador.

¿Cuáles serán, pues, las penas debidas a los delitos de los nobles, cuyos privilegios forman gran parte de las leyes de las naciones? No examinaré yo aquí si esta distinción hereditaria entre nobles y plebeyos es o no útil en un gobierno, o necesaria en la monarquía[113]; si es o no verdad

112 Notemos que se plantea en este capítulo el problema de la igualdad; se trata, ante todo de la igualdad ante la ley, ya que la igualad de hecho entre los hombres es sólo una bella utopía planteada por el Cristianismo primitivo y por algunas teorías políticas: "... igualdad fundada en las leyes". Sin embargo, parece claro que la igualdad formal no puede satisfacer y las sociedades tienen que buscar también, en cuanto posible, la igualdad material, promoviendo las mejoras materiales y espirituales de sus miembros; de lo contrario, habrá tiranía de los menos sobre los más, usando el Estado y el Derecho como medios o instrumentos de explotación de unas clases sobre otras; *Rousseau* había expresado: "Que ningún ciudadano sea suficientemente opulento para poder comprar a otro, ni ninguno bastante pobre para ser obligado a venderse, lo cual supone de parte de los grandes, moderación de bienes y de crédito, y de parte de los pequeños, moderación de avaricia y de codicia": *El contrato social*, cit. pág. 887. *Beccaria* habla de gobiernos que bajo la apariencia de libertad, esconden la tiranía; y esta idea está unida a las ideas inmediatamente anteriores de igualdad y de no explotación del hombre por el hombre; en esta visión, no puede ser conveniente para una democracia (*sustancial*, en el sentido de *Ferrajoli*), la excesiva concentración de la riqueza, que conlleva a la influencia y dominio de pocas personas en casi todos los ámbitos de la vida de los demás miembros de la sociedad. Democracia y República son más que palabras: sus contenidos tienen que ser *humanidad* y *libertad*.

113 Así pensaba *Montesquieu*, cuando hablaba de la nobleza como de poderes intermedios: "El poder intermedio subordinado más na-

que constituye como un poder intermedio que limite los excesos de los extremos, o no forme más bien una clase que, esclava de sí misma y de los demás, recluye toda circulación de crédito y de esperanza en un estrechísimo círculo, semejante a aquellos fecundos y amenos oasis que de cuando en cuando aparecen en los arenosos y vastos desiertos de Arabia; y que, aun suponiendo verdad que la desigualdad resulte inevitable, o útil, en la sociedad, sería igualmente verdad que deba consistir más bien en las clases que en los individuos; detenerse en una parte, en lugar de circular por todo el cuerpo político; perpetuarse, en lugar de nacer y destruirse incesantemente. Yo me limitaré sólo a las penas debidas a esta clase, afirmando que deben ser las mismas para el primero y para el último de los ciudadanos[114]. Toda distinción, sea en los honores, sea en las riquezas, para que resulte legítima, supone una anterior igualdad fundada en las leyes, que consideren a todos los súbditos como igualmente dependientes de ellas. Es de suponer que los hombres que renunciaron a su despotismo natural, se habrían

tural en una monarquía es el de la nobleza. Entra en cierto modo en la esencia de la monarquía, cuya máxima fundamental es ésta: "Sin monarca no hay nobleza, como sin nobleza no hay monarca". Pero habrá un déspota. En algunos Estados de Europa no ha faltado gente que quisiera abolir todas las prerrogativas señoriales. No veían que eso sería hacer lo que hizo el Parlamento de Inglaterra. Abolid en una monarquía los privilegios de los señores, del clero, de la nobleza y de las ciudades, y tendrán muy pronto un Estado popular o un Estado despótico": *El espíritu de las leyes*, edición de Heliasta, cit., págs. 57 y 58.

114 En la Revolución Francesa, *Guillotin* propuso la igualdad en la pena de muerte con la guillotina, para superar el uso de ahorcar al plebeyo y al noble cortarle la cabeza; por esto podemos decir que, paradójicamente, la guillotina fue humanitaria e igualitaria: *humanitaria*, porque se superaba la orquestación de sufrimientos que se prodigaban en la ejecución (*tortura praevia*); y fue *igualitaria*: para todos la misma forma de muerte.

dicho: *Quien sea más industrioso, tenga mayores honores, y su fama resplandezca en sus descendientes; y quien sea más feliz y más honrado, espere más, pero no tema menos que los demás si viola los pactos en virtud de los cuales ha sido elevado sobre los otros.* Es verdad que tales decretos no emanaron de una dieta del género humano, pero tales decretos existen en las relaciones inmóviles de las cosas; no destruyen las ventajas que se suponen productos de la nobleza, e impiden sus inconvenientes; hacen temibles las leyes, cerrando todo acceso a la impunidad. A quien diga que la misma pena impuesta al noble y al plebeyo no es realmente la misma por la diversidad de la educación, por la infamia que se extiende sobre una ilustre familia, responderé que no es la medida de las penas la sensibilidad del reo, sino el daño público, tanto mayor cuanto sea más favorecido quien lo produzca; que la igualdad de las penas no puede ser más extrínseca, siendo realmente diversa en cada uno de los individuos; que la infamia de una familia puede evitarla el soberano con demostraciones públicas de benevolencia hacia la inocente familia del reo. ¿Y quién no sabe que las formalidades sensibles sirven de razón al pueblo crédulo y admirador?

Capítulo XXVIII — Injurias al honor

Las injurias personales y contrarias al honor, es decir, a la justa porción de sufragios que un ciudadano tiene derecho a exigir de los demás, deben ser castigadas con la infamia.

Hay una contradicción evidente entre las leyes civiles, celosos custodios, más que de ninguna otra cosa, del cuerpo y de los bienes de cada uno de los ciudadanos, y las leyes

de lo que se llama el *honor*, que a todo antepone la opinión. Esta palabra *honor* es una de las que han servido de base a largos y brillantes razonamientos, sin que haya llegado a atribuírsele una idea fija y permanente. Miserable condición la de las mentes humanas, a quienes las remotísimas y menos importantes ideas de las revoluciones de los cuerpos celestes les son presentes con más distinto conocimiento que las próximas e importantísimas nociones morales, fluctuantes siempre y confusas, según que los vientos de las pasiones las impulsen y la ignorancia dirigida las reciba y las trasmita. Pero desaparecerá la aparente paradoja si se considera que, como los objetos demasiado próximos a los ojos se confunden, así también la excesiva proximidad de las ideas morales hace que fácilmente se entremezclen las muchísimas ideas simples que las componen y se confundan las líneas de separación necesarias al espíritu geométrico que pretenda mensurar los fenómenos de la sensibilidad humana. Y se desvanecerá del todo la maravilla en el indiferente indagador de las cosas humanas, que sospechará que no hay por ventura necesidad de tanto aparato de moral ni de tantos vínculos, para hacer felices y seguros a los hombres.

Este *honor*, pues, es una de aquellas ideas complejas que son un agregado, no sólo de ideas simples, sino de ideas igualmente complicadas, que en el variado ofrecerse a la mente ya admiten, ya excluyen algunos de los diversos elementos que las constituyen; y no conservan más que algunas pocas ideas comunes, como varias cantidades complejas algebraicas admiten un común denominador. Para hallar ese común denominador en las varias ideas que los hombres se forman del *honor*, es necesario tender una rápida mirada sobre la formación de la sociedad. Las primeras leyes y los

primeros magistrados nacieron de la necesidad de poner remedio a los desórdenes del despotismo físico de cada uno de los hombres; éste fue el fin que instituyó la sociedad, y este fin primario se conserva siempre real o aparentemente, a la cabeza de todos los códigos, incluso de los destructores; pero el acercamiento de los hombres y el progreso de sus conocimientos han hecho nacer una infinita serie de acciones y de necesidades recíprocas, siempre superiores a la providencia de las leyes e inferiores al poder actual de cada uno. Desde esa época comenzó el despotismo de la opinión, que era el único medio para obtener de los demás aquellos bienes y alejar de sí aquellos males a que las leyes no eran suficientes para proveer. Y la opinión es la que atormenta al sabio y al ignorante; la que ha dado crédito a la apariencia de la virtud por encima de la virtud misma; la que convierte en misionero incluso al criminal, porque encuentra en ello su interés. Por consiguiente, los sufragios de los hombres vinieron a ser, no sólo útiles, sino necesarios, para no caer por debajo del nivel común. Y de ahí que, si el ambicioso los conquista como útiles, si el vanidoso los va mendigando como testimonio de sus méritos, se vea al hombre de honor exigirlos como necesarios. Ese *honor* es una condición que muchísimos hombres ponen a la propia existencia. Nacido después de su formación, no pudo ser puesto en el depósito común, y hasta es un instantáneo retorno al estado natural, y una momentánea sustracción de la propia persona a las leyes, que en tal caso no defienden suficientemente a un ciudadano.

Por consiguiente, tanto en la extrema libertad política como en la extrema dependencia, desaparecen las ideas del honor o se confunden totalmente con otras; porque en la primera el despotismo de las leyes hace inútil la búsqueda de los otros sufragios; y en la segunda, porque el despo-

tismo de los hombres, anulando la existencia civil, los reduce a una precaria y momentánea personalidad. El honor es, pues, uno de los principios fundamentales de aquellas monarquías que son un despotismo atenuado; y en ellas es lo que en los Estados despóticos son las revoluciones, un momento de retorno al estado de naturaleza, y un recuerdo del patrón de la antigua igualdad[115].

Capítulo XXIX — De los duelos

De esta necesidad de los sufragios ajenos nacieron los duelos privados, que tuvieron precisamente su origen en la anarquía de las leyes. Se pretende que fueron desconocidos en la antigüedad, acaso porque los antiguos no se reunían sospechosamente armados en los templos, en los teatros y en los círculos de sus amistades; tal vez porque el duelo era un espectáculo ordinario y común que los gladiadores es-

115 Cuando se habla de honor, hay que distinguir dos conceptos: honor *subjetivo* y honor *objetivo;* el primero es el sentimiento del propio valor; está referido a uno mismo como persona; este honor es indestructible, pues como dijo *Tomás De Kempis,* en su bello libro *La imitación de Cristo,* "no eres más porque te alaben, ni menos porque te vitupere, lo que eres, eso eres"; el honor objetivo, es un concepto social: es la estimación o rechazo frente a los demás, en la medida en que se ajuste o no el comportamiento a un sistema de valores, o los demás creen que ello es así; se le llama honra. No coinciden: se puede ser honesto y ser, sin embargo, deshonrado; se puede ser honrado por el medio, pero sin merecerlo. *Beccaria* tiene en miras el honor en sentido objetivo.Destaca *Calamandrei,* edición EJEA, cit., pág. 203, nota 1, la influencia aquí de *Montesquieu;* en efecto, en el *Espíritu de las leyes,* III, Capítulo VI a VIII, dice que el resorte que mueve en una Monarquía, es el *honor;* en la República, la *virtud;* en el Despotismo, *el temor,* y explica estos conceptos.

clavos y envilecidos daban al pueblo y los hombres libres se tenían a menos de que se los creyera y llamara gladiadores en razón de los combates privados. En vano los edictos de muerte contra quien acepte un duelo, han tratado de extirpar esta costumbre, que tiene su fundamento en algo que ciertos hombres temen más que la muerte; porque, privado de los sufragios de los demás, el hombre de honor se ve expuesto o a convertirse en un ser meramente solitario, estado insufrible para el hombre sociable, o a convertirse en blanco de los insultos y de la infamia, que con su repetida acción prevalece sobre el peligro de la pena. ¿Por qué motivo el pueblo bajo no se bate ordinariamente en duelo como los nobles? No sólo porque está desarmado, sino también porque la necesidad de los sufragios ajenos es menos común en la plebe que en aquellos que, por estar más elevados, se miran con más suspicacia y mayores celos[116].

116 En los medios culturales en los que se ha dado el duelo se ha partido de la base de que el honor objetivo, honra, se gana y se puede perder: quien me quita la honra me quita la vida, porque una vida sin honor no vale la pena vivirla, se afirma; esto lo denota el autor con las siguientes palabras: "Ese honor es una condición que muchísimos hombres ponen a su propia existencia". En la Ilustración se hacían cuestionamientos al duelo como forma de resolver los problemas; así, *Rousseau:* "En qué consiste esta preocupación del duelo que debería *tratarse* de destruir? En la opinión la más extravagante y bárbara que jamás entró en el entendimiento humano: saber, que el valor suple a todos los deberes de la sociedad; que un hombre no es ya falaz, pícaro, calumniador; que es civil, humano, y político, cuando sabe batirse; que la mentira se cambia en verdad; que el robo llega a ser legítimo, la perfidia honrada, la infidelidad laudable, tan luego como todo esto se sostiene con el acero en la mano: que una afrenta queda siempre bien reparada con una estocada, y que nunca se tiene culpa con un hombre, con tal que se le mate". La he tomado *De los delitos y de las penas*, edición de Porrúa citada, nota h, pág. 217.

No es inútil repetir lo que otros han escrito, a saber, que el mejor método de prevenir este delito es castigar al agresor, es decir, a quien dio ocasión al duelo, declarando inocente a quien sin culpa suya fue constreñido a defender lo que las leyes *actuales* no aseguran, que es la opinión.

Capítulo XXX — Hurtos

Los hurtos que no llevan unida la violencia, deberían ser castigados con pena pecuniaria. Quien trata de enriquecerse con lo ajeno, debería ser empobrecido de lo propio. Pero como esto no es de ordinario más que el delito de la miseria y de la desesperación, el delito de aquella desdichada parte de hombres a quienes el derecho de propiedad (terrible, y acaso no necesario derecho) no les ha dejado más que una nuda existencia; y como las penas aumentan el número de los reos *más que el de los delitos, y quitan el pan a los inocentes por* quitárselo a los criminales; la más oportuna será la única suerte de esclavitud que se puede llamar justa, la esclavitud por un tiempo de las obras y de la persona a la sociedad común, a fin de resarcirla con la propia y perfecta dependencia del injusto despotismo usurpado sobre el pacto social[117]. Pero cuando el hurto lleve consigo violencia, la pena debe ser igualmente una mezcla de corporal y servil.

117 Recordemos que según *Beccaria*, los hombres entregan parte de sus derechos para gozar del resto con seguridad y tranquilidad; pero los hombres tienden a usurpar o sacar del depósito los derechos cedidos y la porción que los demás han entregado también; y en tanto que es un comportamiento arbitrario, por eso lo llama el autor *"despotismo usurpado sobre el pacto social"*; precisamente lo que hace la pena es servir de contramotivo a esa tendencia de los hombres a violar el pacto.

Otros escritores antes que yo han demostrado el evidente desorden que nace de no distinguir las penas de los hurtos violentos de aquellas de los hurtos dolosos, haciendo la absurda ecuación de una gruesa suma de dinero con la vida de un hombre[118]. Estos delitos son de naturaleza diferente; y es certísimo también en política aquel axioma matemático de que entre las cantidades heterogéneas hay un infinito que las separa; pero no es nunca superfluo repetir lo que casi nunca se ha llevado a la práctica. Las máquinas políticas conservan como ninguna otra el primer movimiento que se les imprimió, y son las más lentas en adquirir otro nuevo.

Capítulo XXXI — Contrabandos

El contrabando es un verdadero delito, que ofende al soberano y a la nación; pero su pena no deber ser infamante, porque una vez cometido no produce infamia en la opinión pública. Pero ¿por qué este delito no ocasiona infamia a su autor, siendo como es hurto hecho al príncipe y, por consiguiente, a la nación misma? Respondo que las ofensas que los hombres creen que no pueden hacérselas a ellos, no les interesan al punto de producir la indignación pública contra quien las comete. Así es el contrabando. Los hombres, en los cuales las consecuencias remotas producen debilísimas impresiones, no ven el daño que puede acaecerles por el contrabando; incluso gozan a menudo de sus ventajas presentes. No ven más que el daño que se le hace al príncipe.

118 Cuando el autor opone "hurto violento" a "hurto doloso", para exigir una penalidad distinta, parece distinguir dos categorías dentro de los delitos contra la propiedad: los atentados con violencia y lo no violentos; aquí entraría hasta la estafa que implica engaño.

No están, pues, tan interesados en privar de sus sufragios a quien hace un contrabando, como lo están contra quien comete un hurto privado, contra quien falsifica la letra o comete otros males que pueden acaecerles a ellos. Es un principio evidente que ningún ser sensible se interesa más que por los males que conoce.

Este delito nace de la ley misma, porque al crecer la gabela, crece siempre la ventaja; y, por tanto, la tentación de hacer el contrabando y la facilidad de cometerlo crecen con la periferia que hay que custodiar y con la disminución del volumen de la mercancía. La pena de perder tanto la mercancía prohibida como lo demás que la acompaña, es justísima; pero será tanto más eficaz cuanto menor sea la gabela; porque los hombres no se arriesgan más que a proporción de la ventaja que el éxito feliz de la empresa pueda producirles[119].

Pero ¿habrá que dejar impune un tal delito en quien nada más tenga que perder? No: hay contrabandos que interesan de tal modo a la naturaleza del tributo, parte tan esencial y tan difícil en una buena legislación, que semejante delito merece una pena considerable, hasta la prisión misma, hasta la servidumbre; pero prisión y servidumbre conformes a la naturaleza del delito mismo. Por ejemplo, la prisión del contrabandista de tabaco no deber ser común con la del sicario o la del ladrón; y las labores del primero, limitadas al trabajo y servicio de la regalía misma que quiso

119 En sentido general, la gabela era el tributo que se pagaba al Estado por las mercancías o productos; era uno de los focos de insatisfacción en el Antiguo Régimen; normalmente los monarcas delegaban el cobro en personas privadas, lo cual era una fuente de arbitrariedad, pues eran verdaderas aves de rapiña exaccionando al pueblo; por esto el contrabando no se percibía como inmoral.

defraudar, serán las más conformes a la naturaleza de las penas[120].

Capítulo XXXII — De los deudores

La buena fe de los contratos y la seguridad del comercio constriñen al legislador a asegurar a los acreedores las personas de los deudores fallidos. Pero yo creo importante distinguir entre el fallido doloso y el fallido inocente; el primero debería ser castigado con la misma pena que se signa a los falsificadores de moneda; pues el falsificar un trozo de metal acuñado, que es una prenda de las obligaciones de los ciudadanos, no es mayor delito que falsificar las obligaciones mismas. Pero el fallido inocente, aquel que después de un riguroso examen ha probado ante sus jueces que la malicia o la desgracia ajenas o accidente inevitables por la prudencia humana lo han despojado de sus bienes, ¿por qué bárbaro motivo habrá de ser arrojado a una prisión, privado del único y triste bien que le queda, de una nuda libertad, a probar las angustias de los culpables, y con la desesperación de la honradez oprimida, a arrepentirse acaso de aquella inocencia con la cual vivía tranquilo bajo la tutela de las leyes que no estuvo en su mano dejar de ofender? Leyes dictadas por los poderosos por avidez y sufridas por los débiles por la esperanza que de ordinario brilla siempre en el ánimo del hombre y le hace creer que los acontecimientos desfavo-

120 Recordemos el pasaje de *Voltaire* en *Le prix de la justicie et de l'humanité*, afirmando que había que aprovechar las habilidades del infractor en la ejecución de la pena.

rables serán para los demás y los ventajosos para él[121]. Los hombres, abandonados a sus sentimientos primarios, aman las leyes crueles por más de que, sujetos a ellas, sería del interés de todos que fuesen moderadas, porque es más grande el temor a ser ofendidos que el deseo de ofender[122].

Retornando al fallido inocente, digo que habrá de ser su obligación inextinguible hasta el pago total, si no se le concede sustraerse a ella sin el consentimiento de las partes interesadas, y llevar consigo bajo otras leyes su industria, la cual debiera ser constreñida bajo penas a comprometerse a volverlo a poner en estado de satisfacer en proporción a las ganancias. ¿Cuál será el pretexto legítimo, como la seguridad del comercio, como la sagrada propiedad de los bienes, que justifique una privación de libertad inútil, fuera de hacer que con los males de la esclavitud se revelen los

121 "Leyes dictadas por los poderosos por avidez y sufridas por los débiles": vuelve a insistir el autor en lo que no debe ser la ley; en el capítulo sobre la pena de muerte, XVI, había dicho: "Quién ha hecho esas leyes?. Hombres ricos y poderosos..."; a mi manera de ver, es la insistencia en que la ley debe procurar el "bien común". La crítica a la ley hecha sólo para favorecer a los poderosos, es también un tema recurrente en *Voltaire:* "Las leyes no pueden menos que resentirse de la debilidad de los hombres que las han hecho. Son variables como ellos. Algunas han sido dictadas en las grandes naciones por los potentados para aplastar los débiles. Han sido tan equívocas que mil intérpretes se han afanado en comentarlas; y como la mayor parte no han hecho su glosa sino como un oficio para ganar algún dinero, han hecho el comentario más oscuro que el texto de ella. La ley se ha convertido en un puñal con dos filos que degüella igualmente al inocente y al culpable": *Le prix de la justice et l'humanité,* cit., pág. 534.

122 Las personas corrientes ven la función punitiva como lejos de ellas: no imaginan que puedan ser tocadas por esas leyes, aunque sean draconianas; hasta que les toque el derecho penal en "carne propia": entonces se dan cuenta que el aparato penal, bien puede ser guardián de la inocencia o, mal manejado, puede destruirlas como el potente molino pulveriza un frágil grano de trigo...

secretos de un supuesto fallido inocente, caso rarísimo en la hipótesis de un riguroso examen? Creo que es un principio legislativo que el valor de los inconvenientes políticos está en razón directa del daño público, e inversa de la improbabilidad de verificarse. Se podría distinguir el dolo de la culpa grave, la grave de la leve, y ésta de la perfecta inocencia[123]; y asignando al primero las penas de los delitos de falsificación, a la segunda otras menores, pero con privación de libertad de libertad, y reservando para la última la elección libre de los medios de restablecerse, quitar a la tercera libertad de hacerlo, dejándola a los acreedores. Pero

123 Distinguir el "dolo de la culpa grave..."; parece evidente que hay que establecer cuándo se trata de una verdadera quiebra y cuando una "quiebra hacia adentro"; es bien conocida la expresión "delincuencia de cuello blanco" y sus características; he visto gente honesta que queda en la ruina, por variadas circunstancias entre las cuales, a veces, está el Estado alcabalero; pero también puede haber empresarios, industriales o comerciantes muy "respetables" que trabajan con la plata de los demás, manejan los negocios con incuria o son derrochones, ellos mismos se decretan sueldos por encima de las posibilidades de la empresa y disfrutan de comodidades más allá de lo ordinario. En estas circunstancias hay que ver si la llamada "quiebra" es sólo una estafa, por simulación de cualidades o capacidades, para inducir en error; a veces el silencio o la omisión de circunstancias que de conocerlas el contratante, éste no hubiera obrado como obró, o no hubiera entregado lo que entregó, puede dar lugar al delito de estafa: el negocio civil o comercial puede servir de medio engañoso. La falsedad de documentos (material e ideológica), generalmente está vinculada a esos comportamientos. En estos casos, el derecho penal tiene que jugar un papel decisivo, para evitar lo que normalmente inspira la indolencia de un deudor "panzudo" a costa del hambre y palidez de la víctima: la justicia por propia mano, un regreso al derecho romano, cuando al acreedor se le descuartizaba y se le entregaba una porción a cada acreedor !!!; el derecho penal cuando se necesita y no obra, es criminógeno. Ver: *Vittorio Scialoja*, en *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1954, páginas 286 y 287.

las distinciones de grave y leve deben ser fijadas por la ley ciega e imparcial, no por la peligrosa y arbitraria prudencia de los jueces. Las fijaciones de los límites son tan necesarias en la política como en la matemática, tanto en la medida del bien público como en la de las extensiones[124].

¡Con qué facilidad el próvido legislador podría impedir una gran parte de las quiebras culpables y remediar las desgracias del inocente industrioso! El registro público y manifiesto de todos los contratos, con la libertad en todos los ciudadano de consultar los documentos bien ordenados; un banco público, formado por los tributos sabiamente distribuidos sobre la feliz mercaduría, y destinado a socorrer con sumas oportunas al infeliz e inculpable miembro de ella, ningún real inconveniente tendría, y podrían producirse innumerables ventajas. Pero las fáciles, sencillas y grandes leyes, que no esperan más que la anuencia del legislador para expandir en el seno de la nación la abundancia y lo robustez, leyes que serían acogidas con himnos inmortales de reconocimiento de generación en generación, son las menos conocidas y las menos deseadas. Un espíritu desasosegado y meticuloso, la tímida prudencia del momento presente, una circunspecta rigidez frente a las novedades, se posesionan

124 Nota de *Beccaria:* El comercio y la propiedad de los bienes no son un fin del pacto social, pero pueden ser un medio para obtenerlo. Exponer a todos los miembros de la sociedad a los males que tantas combinaciones hay para hacer que surjan, sería subordinar los fines a los medios; paralogismo de todas las ciencias, y principalmente de la política, en la cual caí en las ediciones anteriores, en las que decía que el fallido inocente debía ser custodiado como una prenda de sus deudores, o utilizado como esclavo en el trabajo para sus acreedores. Me avergüenzo de haber escrito tal cosa. He sido acusado de irreligión, y no lo merecía. He sido acusado de sedición, y no lo merecía tampoco. Ofendí los derechos de la humanidad, y nadie me ha hecho reproche por ello.

de los sentimientos de quien combina la multitud de las acciones de los pequeños mortales.

Capítulo XXXIII — De la tranquilidad pública

Finalmente, entre los delitos de la tercera especie están particularmente los que perturban la tranquilidad pública y la quietud de los ciudadanos; como los estrépitos y las jaranas en las vías públicas, destinadas al comercio y al tránsito de los ciudadanos; como los sermones fanáticos, que excitan las fáciles pasiones de la curiosa multitud, que toman fuerza de la muchedumbre de los oyentes, y más todavía del oscuro y misterioso entusiasmo que de la clara y tranquila razón, la cual nunca obra sobre una gran masa de hombres.

La noche iluminada a expensas del público, los guardias distribuidos por los diferentes barrios de la ciudad, los sencillos y moralizadores discursos de la religión, reservados al silencio y a la sagrada tranquilidad de los templos protegidos por la autoridad pública[125], las arengas desti-

125 Debe haber absoluta libertad de conciencia para que el creyente practique su religión y para que el no creyente no sea constreñido a aceptar credo alguno. En la Ilustración había autores materialistas, que negaban la necesidad o la existencia de Dios, por ejemplo, el barón de *Holbach, Helvetius y Diderot*; otros, como *Rousseau* defendían la religión natural, criticando las religiones positivas: el hombre tiene un sentido religioso y una necesidad infinita de comunicarse con su Creador; según el ginebrino, paradigma de esa religión natural o "religión del hombre", eran las predicaciones de *Jesús*: si la vida y la muerte de Sócrates son las de un sabio, la vida y la muerte de *Jesucristo* son de un Dios; en un momento de su producción intelectual (*El contrato social*), llegó a aceptar que hubiera una "religión civil", impuesta por el gobernante, como medio de hacer buenos ciudadanos y súbditos; los dogmas serían

nadas a sostener los intereses privados y públicos en las

pocos y elementales: la existencia de Dios poderosa, inteligente, bienhechora, previsora y providente, la vida futura, la felicidad de los justos, le castigo de los malvados, la santidad del contrato social y de las leyes; no se debía obligar a nadie a aceptar esa "religión civil", pero el que no la aceptase podía ser expulsado como impío e insociable; el que haya reconocido estos dogmas y los traicione, puede ser castigado con la muerte. Por su parte, *Voltaire* era deísta: "todas las lenguas son iguales para los oídos de los Dioses", decía; había un Dios superior a las religiones particulares; creía en un ser creador y en la religión como un instrumento que ayudaría a la gente a "comportarse" (discutía en una comida con unos amigos acerca de la existencia de Dios; como se aproximara el mesero u hombre del servicio, dijo, "Silencio"; cuando el sirviente se alejó, continuó: "esta gente nos degollaría si no creyeran en Dios!!!"). En la Ilustración, también había teístas, creyentes en el Dios de la Iglesia, Dios creador del universo, Dios hecho hombre, *Jesús de Galilea* como encarnación del Verbo Divino, etc. En el libro *De los delitos y de las penas, Beccaria* se muestra como deísta y cree que la religión sin fanatismos contribuye al buen gobierno. Durante la Revolución Francesa, *Hébert* y su grupo eran, ante todo, anticlericales, si bien creían en la religión natural: no había incompatibilidad entre los postulados del evangelio y la revolución: "Hay que seguir sus máximas para ser un perfecto jacobino. Concibo a Cristo como fundador de las sociedades populares"; su anticlericalismo lo llevó a organizar las "mascaradas", procesiones ridiculizando la religión católica; *Danton*, creía que la religión podía ser un elemento más que ayudara en la labor del gobierno del pueblo: "Cuando hayáis tenido durante algún tiempo maestros de moral que hayan hecho penetrar la luz en las chozas, entonces será bueno hablar al pueblo de moral y de filosofía. Pero mientras esto no ocurra, es bárbaro, es un crimen de lesa nación, quitar al pueblo los hombres en los cuales él puede encontrar algún consuelo", decía el 30 de noviembre de 1792, cuando defendía el salario para los sacerdotes; con lo que no estaba de acuerdo era con el fanatismo; en cambio *Robespierre* era deísta; había alcanzado a visitar a *Rousseau* en Ermenonville, su última residencia (donde habría de morir el 2 de julio de 1778), y se había proclamado su discípulo; ya parapetado en el poder, oficializó la religión, organizando e implementando una religión de Estado, lo que ocurrió en la gran ceremonia del Ser Supremo. Ver: *Philipp Blom*, en *Gente peligrosa, El radicalismo olvidado de la Ilustración Europea*, Barcelona,

asambleas de la nación en los parlamentos, o donde resida la majestad del soberano, con otros tantos medios eficaces para prevenir la peligrosa condensación de las pasiones populares. Estos medios forman una rama principal de la vigilancia del magistrado, que los franceses llaman *police*; pero si ese magistrado actúa con leyes arbitrarias y no establecidas por un código que circule entre las manos de todos los ciudadano, se abre con ello una puerta a la tiranía, que siempre merodea en torno a los confines de la libertad política. Yo no encentro excepción alguna a este axioma general: que todo ciudadano debe saber cuándo es reo o cuándo es inocente[126]. Si los censores, y en general los magistrados arbitrarios, son necesarios en algún gobierno, ello nace de la debilidad de su constitución, y no de la naturaleza del gobierno bien organizado. La incertidumbre de la propia suerte ha sacrificado más víctimas a la oscura tiranía, que la crueldad pública y solemne. Más que envilecer, trastorna los ánimos. El verdadero tirano comienza siempre por reinar sobre la opinión, que previene el valor, el cual sólo puede resplandecer o en la clara luz de la verdad, o en el fuego de las pasiones, o en la ignorancia del peligro.

Editorial Anagrama, 2.012, especialmente, capítulo 9; *Rousseau*, en *El contrato social*, cit. págs. 956 a 966; Voz *Hebert*, en *Dictionaire hístórique et bibliographique de la Révolution et de L´Empire*, París, Librairie Historique de la Révolution et de L´Empire, sin fecha, t., G-Z, pág. 154; *Danton*, en Doctor *Robinet*, *Danton, Homme d´ état*, París, Chavay Fréres, Éditeurs, 1889, pág. 335; sobre el tema en relación con *Robespierre*, puede verse a *Mario Mazzuchelli*, en *Robespierre, Símbolo y víctima de la Revolución Francesa*, México, Editorial Renacimiento, S.A., 1959, pág. 261 y siguientes.

126 El principio de legalidad es axioma en una concepción demoliberal del Estado; desde luego, también rige este principio para la función de policía.

Capítulo XXXIV — Del ocio político

Los sabios gobiernos no toleran en el seno del trabajo y de la industria el ocio político. Yo llamo ocio político al que no contribuye a la sociedad ni con el trabajo ni con la riqueza; que adquiere sin perder jamás; que, venerado por el vulgo con admiración estúpida, es contemplado por el sabio con desdeñosa compasión hacia los seres que son sus víctimas; que, privado del estímulo de la vida activa, que es la necesidad de custodiar o de aumentar las comodidades de la vida, deja a las pasiones intelectuales que no son las menos fuertes, toda su energía. Este ocio ha sido confundido por los austeros declamadores con el ocio de las riquezas acumuladas por la industria; pero no es la austera y limitada virtud de algunos censores, sino las leyes, las que deben definir cuál es el ocio que hay que castigar. No es ocioso políticamente quien goza de los frutos de los vicios o virtudes de sus antepasados, o vende por placeres actuales el pan y el sustento a la industriosa pobreza; que ejerce en paz la guerra tácita de industria con la opulencia, en vez de la incierta y sangrienta con la fuerza. Este ocio es necesario y útil a medida que la sociedad se dilata y la administración se restringe.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR FUNDADA EN 1982 QUITO

Capítulo XXXV — Del suicidio y de los emigrantes

El suicidio es un delito que parece no poder admitir una pena propiamente dicha; porque ella no puede recaer más que o sobre los inocentes o sobre un cuerpo frío e insensible. Si ésta no hace impresión alguna sobre los vivientes, como no la haría el azotar a una estatua, aquélla es injusta y tiránica, porque la libertad política de los hombres supone necesariamente que las penas sean meramente personales[127]. Los hombres aman demasiado la vida, y todo cuanto los rodea los confirma en ese amor; la seductora imaginación del placer, y la esperanza, dulcísimo engaño de los mortales, por la que ingieren a grandes sorbos el mal mezclado con unas pocas gotas de contento, les halaga demasiado para que se pueda temer que la necesaria impunidad de semejante delito tenga alguna influencia sobre los hombres. Quien teme el dolor, obedece a las leyes; pero la muerte extingue en el

127 Esta idea de que la pena es personal, hoy es clara, pero no en el sistema que *Beccaria* combatía; basta pensar en lo que decían *Jousse* y *Muyart de Vouglans*, ya mencionados como máximos intérpretes de la Ordenanza Francesa de 1670, en materia de delitos de lesa majestad; en efecto, en el Antiguo Régimen, a veces había *responsabilidad vicaria;* con esto me refiero a un tipo de responsabilidad por el hecho de otro, lo que se daba sobre todo en los delitos de lesa majestad; en estos casos se condenaba también a los familiares del penado, "a fin de causar un más grande horror de este crimen", dice *Jousse*, o con el fin "de hacer a los padres más vigilantes en relación con las costumbres y la conducta de sus hijos y parientes", como afirmaba *Muyart de Vouglands*. Sobre estos dos autores puede verse a *Raymond Charles, Histoire du droit pénal*, París, Presses Universitaires de France, 1969, pág. 30; las citas que muestran la responsabiilidad por el hecho de otro, las he tomado de *René Garraud, Traité théorique et pratique de droit Pénal*, París, Recueil Sirey, 1909, t. 1, pág. 145.

cuerpo todas las fuentes de él. ¿Cuál será, pues, el motivo que detenga la mano desesperada del suicida?

Todo el que se mata hace a la sociedad un menor mal que el que sale para siempre de sus fronteras[128]; pues aquél le deja todos sus bienes, pero éste se lleva consigo parte de su haber. Incluso, si la fuerza de la sociedad consiste en el número de los ciudadanos, al sustraerse a sí mismos y darse a una nación vecina, hace un doble daño que el que simplemente se sustrae con la muerte a la sociedad. La cuestión, pues, se reduce a saber si es útil o dañoso a la nación el dejar una perpetua libertad de ausentarse a todos y cada uno de los miembros de ella.

Ninguna ley que no esté armada, o que la naturaleza de las circunstancias haga inexistente, debe promulgarse[129];

128 Cuando *Montesquieu* defendía la no punición del suicidio, decía:"¿Por qué quieren que me afane yo en beneficio de una sociedad que me resuelvo a abandonar y que cumpla condiciones de un convenio que no he pactado? La sociedad se funda en la utilidad recíproca; pero cuando se me hace gravosa ¿quién me quita que renuncie a ella? La vida se me ha concedido como un beneficio, luego la puedo restituir cuando ha dejado de serlo; que cesando la causa también debe cesar el efecto": *Cartas persas*, cit. pág. 113.

129 Cuando el autor dice que "ninguna ley que no esté armada...debe promulgarse", me suscita el siguiente pensamiento: cuál es la esencia del deber jurídico?. En una perspectiva formal, el derecho es un sistema coactivo de prohibiciones y mandatos; sólo existe obligación jurídica cuando el hacer o no hacer algo es el supuesto de la consecuencia-sanción; así, si la violación de la norma no está sancionada con una determinada consecuencia, estamos en presencia de una obligación religiosa, o ética, pero no jurídica: no hay mandato en sentido jurídico. Claro, como fenómeno social, el derecho debe ser más que coacción. Ver, *Hans Kelsen, Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Sexta Edición, 1968, página 79 y siguientes; *Genaro Carrió*, en *Sobre el concepto de deber jurídico*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1966, especialmente página 39; *Carlos Gaviria Díaz*, en un bello escrito, *Qué puede significar una expresión como*

y como sobre los ánimos reina la opinión, que obedece a las lentas e indirectas *impresiones* del legislador, y resiste a las directas y violentas, así también las leyes inútiles, despreciadas por los hombres, comunican su envilecimiento aun a las leyes más saludables, que se miran más como depositarias del bien público.

Incluso, como ya dijimos, si nuestros sentimientos son limitados, cuanta mayor veneración tributen los hombres a objetos ajenos a las leyes, tanta menos reservarán para las leyes. De este principio puede sacar el sabio dispensador de la felicidad pública alguna provechosas consecuencias, cuya exposición me alejaría demasiado de mi objeto, que es el de probar la inutilidad de convertir al Estado en una prisión. Una tal ley es inútil porque, a menos que escollos inaccesibles o un mar innavegable separen a un país de todos los demás, ¿cómo cerrar todos los puntos de su periferia, y cómo custodiar a los custodios? Quien se lleva todo, no puede ser castigado una vez que lo haya hecho. Tal delito, inmediatamente después de cometido, no puede ya ser castigado, y el castigarlo antes sería castigar la voluntad de los hombres y no sus acciones; sería mandar a la intención, parte libérrima del hombre, independiente del imperio de las leyes humanas[130]. El castigar al ausente en los bienes que hubiere dejado, además de la fácil e inevitable colusión, que sin tiranizar los contratos no puede precaverse, estancaría

"la conducta 'x' es obligatoria?, en *Temas de introducción al derecho*, Medellín, Señal Editora, 1992, pág. 59 a 69; noto aquí una gran influencia del pensamiento de *Alf Ross*, en *Tû-Tû*, citado.

130 Nota esencial del pensamiento liberal es la defensa del ámbito de la conciencia donde nadie, menos el Estado, puede interferir; a quien fuera uno de mis guías en el derecho penal, *Castor Iván Correa Castaño* (+), oí decir una vez en una intervención forense: "La conciencia de cada cual es un santuario a donde nadie puede entrar ni con los pies descalzos...".

todo comercio de nación a nación. El castigarlo cuando regresara el reo, sería impedir que reparara el mal que hizo a la sociedad, haciendo que todas las ausencias fuesen perpetuas. La prohibición misma de salir de un país aumenta en los nacionales el deseo de hacerlo, y es una advertencia a los extranjeros para que no entren en él.

¿Qué habríamos de pensar de un gobierno que no tuviera otro medio de retener a sus hombres, naturalmente unidos a su patria por las impresiones de la infancia, más que el temor? La más segura manera de fijar a los ciudadanos en la patria es aumentar el bienestar relativo de cada uno de ellos[131]. Así como debe hacerse todo esfuerzo para que la balanza del comercio se incline en nuestro favor, así también es el máximo interés del soberano y de la nación que la suma de la felicidad, parangonada con la de las naciones que la circundan, sea mayor que en otras partes. Los placeres del lujo no son los principales elementos de esa felicidad, aunque sea éste un remedio necesario a la desigualdad, que crece con los progresos de una nación, sin lo cual las riquezas se condensarían en una sola mano[132].

131 Meditemos en el calvario que sufren los que han debido emigrar buscando más posibilidades para ellos y sus familias: los trabajos que deben realizar, la zozobra permanente por falta de documentos, la soledad, las rupturas familiares, la orfandad de hecho de los hijos, la añoranza por el "olor a la guayaba..."

132 Nota de *Beccaria*: Donde las fronteras de un país aumentan en mayor razón que su población, el lujo favorece al despotismo; porque cuando los hombres son más raros, tanto es menor la industria, y cuanto ésta es menor, tanto mayor es la dependencia de la pobreza respecto del fausto, y tanto más difícil y menos temida la reunión de los oprimidos contra los opresores; porque los homenajes, los cargos, las distinciones y la sumisión, que hacen más sensible la distancia entre el fuerte y el débil, se obtienen más fácilmente por los pocos que por los muchos, siendo los hombres tanto más independientes cuanto menos observados, y tanto menos observa-

Pero el comercio y la circulación de los placeres del lujo tienen este inconveniente, que por más que se haga por medio de muchos, comienza, sin embargo, en pocos y termina en pocos, y sólo una poquísima parte de él gusta en mayor número; de manera que no impide el sentimiento de la miseria, más ocasionado por el parangón que por la realidad. Pero la seguridad y la libertad, sólo limitadas por las leyes, son las que forman la base principal de esa felicidad, con las cuales los placeres del lujo favorecen a la población y sin las cuales vienen a ser instrumento de la tiranía[133]. Como las fieras más generosas y los libérrimos pájaros se retiran a las soledades o a los bosques inaccesibles y abandonan las fértiles y risueñas campiñas al hombre asechador, así también los hombres huyen hasta de los placeres mismos, cuando es la tiranía quien los distribuye[134].

---

dos cuanto mayor es su número. Pero donde la población crece en mayor proporción que las fronteras, el lujo se opone al despotismo, porque anima la industria y la actividad de los hombres; y la necesidad ofrece demasiados placeres y comodidades al rico para que los de ostentación, que aumentan la opinión de dependencia, ocupen el mayor lugar. Por consiguiente, se puede observar que en los Estados extensos, débiles y despoblados, si otras causas no lo obstaculizan, el lujo de ostentación prevalece sobre el de comodidad; pero en los Estados más poblados que extensos, el lujo de comodidad hace siempre que disminuya el de ostentación.

133 Nótese que la seguridad y la libertad están, en *Beccaria*, en los más altos rangos de la escala axiológica.

134 Aún en los peores momentos de crisis sociales y políticas, le quedará al hombre decente el consuelo de hacerse su pequeño mundo con su familia y dos o tres amigos, a manera de oasis; y los ambiciosos, que tienen que estar siempre como turiferarios del poder, que tengan presente el siguiente "consejo" de *Maquiavelo:* "Algunos dicen que convendría no estar tan cerca de los príncipes que su ruina te arrastrase, ni tan separado que no llegases a tiempo de saltar sobre su ruina. Este término medio sería el mejor si pudiera observarse. Pareciéndome imposible conseguirlo, conviene acogerse a uno de los dos modos apuntados"; ver: *Los maquiavelismos*

Está demostrado, pues, que la ley que aprisiona a los súbditos en su país, es inútil e injusta; por consiguiente, lo será igualmente la pena del suicidio; y por ello, aunque sea una culpa que Dios castiga, ya que sólo él puede castigar también después de la muerte, no es un delito ante los hombres; porque la pena, en vez de recaer sobre el reo mismo, recae sobre su familia. Si alguien me objetase que una tal pena puede, sin embargo, retraer de matarse a un hombre determinado, responderé que quien tranquilamente renuncia al bien de la vida, que odia la existencia de aquí abajo al punto de preferir a ella una eternidad desdichada, es muy difícil que se sienta movido por la menos eficaz y más remota consideración de los hijos o de los parientes[135].

Capítulo XXXVI — Delitos de prueba difícil

Hay algunos delitos que son al mismo tiempo frecuentes en la sociedad y difíciles de probar. Tales son el adulterio, la pederastia y el infanticidio[136].

El adulterio es un delito que, considerado políticamente, toma su fuerza y su dirección de dos causas: las leyes va-

de Maquiavelo, Madrid, Editorial Anaya & Mario Muchnik, 1995, sin paginación.

135 Por ejemplo, en el suicidio intentado, cómo se podría penar a una persona cuya existencia le es ya una carga, aumentando los motivos de su desgracia?. Este tendría que haber sido un argumento en contra de la punición del suicidio intentado.

136 Cuando en el texto se habla de pederastía, la palabra se toma en la segunda acepción del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, o sea, "sodomía".

riables de los hombres, y la fortísima atracción que impele a un sexo hacia el otro[137].

Si tuviese que hablar a naciones privadas todavía de la luz de la religión, diría que hay aún otra diferencia considerable entre éste y los demás delitos. Nace del abuso de una necesidad constante y universal en toda la humanidad: necesidad anterior, y hasta fundadora de la sociedad misma; allí donde los demás delitos, destructores de ella, tienen un origen más determinado por pasiones momentáneas que por una necesidad natural. Tal necesidad parece, para quien conoce la historia y conoce al hombre, siempre igual en el mismo clima en una cantidad constante. Si esto fuese verdad, serían inútiles y hasta perniciosas las leyes y las costumbres que tratasen de disminuir la suma total de tales delitos, pues su efecto sería el de cargar a una parte con las necesidades propias y las ajenas; pero serían sabias, por el contrario, las que siguiendo, por así decirlo, la fácil inclinación del plano, dividieran y distribuyeran la suma en tantas pequeñas porciones iguales que impidiesen uniformemente en todas las partes tanto la aridez como el anegamiento. La fidelidad conyugal es siempre proporcionada al número y a la libertad de los **matrimonios**. Donde los prejuicios hereditarios los rigen, donde la potestad doméstica los combina y los desata, allí la galantería rompe secretamente sus vínculos a despecho de la moral vulgar, cuyo oficio es

137 Nota de *Beccaria:* Esta atracción es semejante en muchos casos a la gravedad, fuerza motriz del universo; pues, como ella, disminuye con las distancias; y si la una modifica todos los movimientos de los cuerpos, así la otra modifica casi todos los del alma, mientras dura su período; disímil, en esto, en que la gravedad se pone en equilibrio con los obstáculos, pero aquélla, por lo común, adquiere fuerza y vigor cuando los obstáculos aumentan.

declamar contra los efectos perdonando las causas[138]. Pero no hay necesidad de tales reflexiones para quien, viviendo en la verdadera religión, tiene más sublimes motivos, que corrigen la fuerza de los efectos naturales. La acción de un tal delito es tan instantánea y misteriosa, tan cubierta por el velo mismo que las leyes le han puesto (velo necesario, pero frágil, y que aumenta el mérito de la cosa en vez de disminuirlo), las ocasiones tan fáciles, las consecuencias tan equívocas, que más al alcance del legislador está el prevenirlo que el corregirlo. Regla general: en todo delito que por su naturaleza debe quedar las más de las veces impune, la pena se convierte en un incentivo. Es propiedad de nues-

138 En la época en que vive *Beccaria*, los matrimonios eran generalmente arreglados entre las familias por conveniencia; el autor fue víctima de esa tiranía paterna, tuvo fuerte oposición su relación y matrimonio con su primera esposa, *Teresa de Blasco*, hija de un oficial con poca dote, al punto que fue puesto en prisión domiciliaria durante 4 meses; el matrimonio se realizó el 22 de febrero de 1761, después de mucha lucha e insistencia por parte de *Beccaria*; fue condición renunciar al mayorazgo; por esto dice en la nota que cuando hay amor, aumentan la "fuerza y el vigor cuando los obstáculos aumentan". No obstante, todo da a entender que *Beccaria* no fue feliz en su matrimonio: más amaba él a ella, que ella a él. Cuando viajó a París el 2 de octubre del año 1766, invitado por el círculo de los "filósofos", gemía por estar ausente de su amada; entre tanto, según le "chismoseaba" *Pedro Verri* a su hermano *Alejandro*, quien lo acompañó, desde su partida, *Teresa* "se ha divertido de lo lindo", e inclusive, organizaba viaje para la playa "en alegre compañía": ver carta de 3 de diciembre , *Pietro et Alessandro Verri*, en *Voyage à París et à Londres*, París, Editions Laurence Teper, año 2.004, pág. 43. Por su parte, *Donata Chiomenti Vassalli*, dice que *Teresa de Blasco* era vivaz y exuberante, y que de esas notas pasó a un desenfrenado libertinaje: hacía las delicias del grupo de intelectuales que se daba cita en la casa de los *Verri*, al punto que era una de las "siete bancantes" que se prodigaban sin límites y sin cuidados: el carnaval de 1774, fue el último que vivió, pues murió a los 29 años de una enfermedad venérea: *I fratelli Verri*, Milano, Casa Editrice Ceschina, 1960, págs. 121 y 122.

tra imaginación que las dificultades, si no son invencibles o demasiado difíciles respecto de la pereza de ánimo de los hombres, excitan más vivamente la imaginación y magnifican el objeto; porque son como otros tantos reparos que impiden a la vagabunda y voluble imaginación que salga del objeto; constriñéndola a considerarlo bajo todos sus aspectos, se adhiere más estrechamente a la parte placentera, que es a la que naturalmente se abalanza nuestro ánimo, que no a la dolorosa y funesta, de la cual huye y se aleja.

Los delitos de pederastia, tan severamente castigados por las leyes, y tan fácilmente sometidos a los tormentos vencedores de la inocencia, se fundan menos en las necesidades del hombre aislado y libre, que en las pasiones del hombre sociable y esclavo. Toman su fuerza, no tanto de la saciedad de los placeres, como de aquella educación que comienza por hacer a los hombres inútiles para sí mismos, a fin de hacerlos útiles a los demás; en aquellas casas donde se congrega la ardiente juventud, donde habiendo un dique infranqueable a todo otro comercio, todo el vigor de la naturaleza que se desarrolla se consume inútilmente para la humanidad, hasta anticipa su senectud[139].

El infanticidio es igualmente el efecto de una inevitable contradicción en que se ve puesta una persona que por debilidad o por violencia ha cedido. Quien se halla entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir los males,

139 La civilización, por fortuna, ha llegado a la no punición de esta conducta: el homosexualismo y el lesbianismo, son formas de gratificación sexual. El concepto de libertad implica que a nadie se pida cuenta del comportamiento privado o individual; la libertad se opone a cualesquiera formas de dictadura moral, impuesta por credos religiosos, o concepciones políticas, de centro, de derecha, o de izquierda!!! El axioma de libertad responsable debe ser absoluto en lo personal.

¿cómo no habrá de preferir ésta a la miseria infalible a que quedarían expuestos ella y el fruto infeliz? La mejor manera de prevenir este delito sería proteger con leyes eficaces la debilidad contra la tiranía, la cual exagera los vicios que no se pueden cubrir con el manto de la virtud.

No pretendo disminuir el justo horror que merecen tales delitos; pero al indicar sus fuentes, me creo con derecho a sacar una consecuencia general, que es: no se puede llamar precisamente justa (lo cual quiere decir necesaria) la pena de un delito, mientras la ley no haya empleado el mejor medio posible, en las circunstancias dadas de una nación, para prevenirlo[140].

140 En este punto, la Escuela Positivista reclama a *Beccaria* como su precursor: siempre insistió en la prevención del delito antes que en su sanción; como quien dice, "es mejor prevenir que curar"; los positivistas hablarían de *sustitutivos penales*, o sea, de reformas económicas, políticas y educativas; Ver: *Enrico Ferri, Principios de derecho criminal*, Madrid, editorial Reus, 1933, pág. 49. En otra parte, dice que defiende una teoría, la de los *sustitutivos penales*, que afirma la necesidad de una "higiene *social* bajo la forma de prevención remota, continua e insistente de las causas del delito, mucho más eficaz y fecunda que la higiene *individual*, defendida por algunos sistemas penitenciarios": *Trabajo y celdas de los condenados*, en *Estudios de antropología criminal*, Madrid, editorial La España Moderna, sin fecha, pág. 32. Hablando en concreto de la educación afirmaba: "no basta educar al condenado, sino que es preciso reformar también el ambiente social, ya que la génesis del delito no existe solo en el individuo": *Principios de derecho criminal*, cit., pág. 62. Ahora bien, la teoría de la prevención del delito hace parte, en la Escuela Positivista, del derecho penal; y si no fuera así, se estaría "incurriendo en el error en que incurría un médico que declaraba ser extrañas a su arte las reglas higiénicas, dejándolas al cuidado de otros menos inteligentes": *Trabajos y celdas de los condenados*, cit. pág. 19. No es cierto entonces que al Estado le basta con la mera represión que "constata la vigencia de la norma", para prevenir el delito: es deber del Estado remover las causas que condicionan o influyen en el delito como fenómeno social.

Capítulo XXXVII — De un género particular de delitos

Quien lea este escrito, observará que dejo 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. Pero los hombres razonables verán que el lugar, el siglo y la materia no me permiten examinar la naturaleza de semejante delito[141]. De-

141 Este es un párrafo macabramente hermoso: la forma es bella, el contenido es horrible; es claro que en este pasaje el autor se refiere a la Inquisición y a la persecución de los herejes, magia, brujería; *Beccaria* es cauteloso, por aquello de que "he querido ser redentor de la humanidad sin ser su mártir", según lo he trascrito ya. Entonces, como lo destaca *Paul Janet*, era preciso que recurriera al método equívoco y de doble sentido que consiste en defender las cuestiones mediante el "argumento de maldad", a fin de insinuar la opinión contraria que viene a ser la que se defiende: se utilizan una serie de expresiones lingüísticas bastante emotivas que suscitan aversión hacia lo que se describe con el fin de llevar al lector a rechazar y a pensar que así no deben ser las cosas. En la lingüística moderna se habla de "definición persuasiva": se usan términos con rico significado emotivo, laudatorio o despreciativo, con el fin de obtener aprobación o desaprobación. Ver, *Paul Janet, Historia de la ciencia política*, México, Edit. Nueva España, 1948, t. 2, pág. 411; *Ch.L. Stevenson*, en *Ética y lenguaje*, Barcelona, Editorial Paidos, 1984, pág. 194 y siguientes. En *Prix de la justice et de l'humanité*, de *Voltaire*, he encontrado un pasaje que recuerda directamente este de *Beccaria*; cuando habla de la herejía dice, con sarcasmo, que los fanáticos que aplicaban la tortura y la muerte, creían que obraban de acuerdo con el querer de Dios quemando a los impíos, anticipando el infierno por unos minutos; creían "que

masiado largo y ajeno a mi propósito sería el probar cómo debe ser necesaria una perfecta uniformidad de pensamientos en un Estado, contra el ejemplo de muchas naciones; cómo opiniones que discrepan entre sí solamente por algunas sutilísimas y oscuras diferencias, demasiado alejadas de la humana capacidad, pueden, sin embargo, trastornar el bien público, cuando no esté autorizada una de ellas con preferencia sobre las demás; y cómo la naturaleza de las opiniones es de tal índole, que mientras unas con el contraste, fermentando y combatiendo a la vez, se esclarecen y, al flotar las verdaderas, las falsas se sumergen en el olvido, otras, inseguras en su desnudez, deben ser revestidas de autoridad y de fuerza. Demasiado largo sería el probar cómo, por más odioso que parezca el imperio de la fuerza sobre las mentes humanas, cuyas únicas conquistas son el disimulo y, por tanto, el envilecimiento; por más que me parezca contrario al espíritu de mansedumbre y de fraternidad ordenado por la religión y por la autoridad que más veneramos, es, sin embargo, necesario e indispensable. Todo ello debe creerse evidentemente probado y conforme a los verdaderos intereses de los hombres, ya que hay quien, con reconocida autoridad, así lo hace. Yo no hablo más que de los delitos que emanan de la naturaleza humana y del pacto social, no de los pecados, cuyas penas, incluso las temporales, deben regirse por principios distintos de los de una limitada filosofía[142].

no había música celestial más agradable a Dios, el autor de nuestra vida, que los gritos de toda una familia de herejes en medio de las llamas": pág. 548.

142 Se insiste en la distinción de los distintos órdenes de regulación de la conducta; con este principio, se afirma la idea de que el derecho penal se ocupa de los delitos y no de los pecados; insistamos en lo que dice *Montesquieu:* "A la divinidad es menester honrarla y no vengarla"; por su parte, *Voltaire* expresa: "La religión es de

Capítulo XXXVIII —Falsas ideas de utilidad

Una fuente de errores y de injusticias son las falsas ideas de utilidad que se forman los legisladores.

Falsa idea de utilidad es la que antepone los inconvenientes particulares al inconveniente general; la que manda a los sentimientos, en vez de excitarlos; la que dice a la lógica: sirve.

Falsa idea de utilidad es la que sacrifica mil ventajas reales por un inconveniente o imaginario o de escasas consecuencias; que quitaría a los hombres el fuego, porque incendia, y el agua, porque inunda; que no pone remedio a los males más que destruyendo. Las leyes que prohíben llevar armas, son leyes de esta índole; no desarman más que a los no propensos ni determinados a los delitos; mientras que quienes tienen el valor para violar las leyes más sagradas de la humanidad y más importantes del código, ¿cómo respetarán las menores y las puramente arbitrarias, y de las cuales tan fáciles e impunes deben ser las contravenciones y cuya ejecución exacta quita la libertad personal, carísima al hombre, carísima al ilustrado legislador, y somete los inocentes a todas las vejaciones debidas a los reos? Las tales empeoran la condición de los asaltados, mejorando la de los asaltantes; no disminuyen los homicidios, sino que los aumentan, ya que es mayor la confianza en asaltar a los inermes que a los armados. Se llaman leyes no previsoras, sino temerosas de los delitos, que nacen de la tumultuosa impresión de ciertos hechos particulares, no de la razonada

---

Dios al hombre, la ley civil es de vosotros a vuestros pueblos": *Comentarios*, cit. pág. 134.

meditación de los inconvenientes y ventajas de un decreto universal.

Falsa idea de utilidad es la que quisiera dar a una multitud de seres sensibles la simetría y el orden de que es susceptible la materia bruta e inanimada[143]; que descuida los motivos presentes, que son los únicos que con constancia y con fuerza actúan sobre la multitud, para dar fuerza a los remotos, cuya impresión es brevísima y débil, si una fuerza de imaginación, no ordinaria en la humanidad, no suple con su magnificación la lejanía del objeto.

Finalmente, es falsa la idea de utilidad la que, sacrificando la cosa al nombre, distingue el bien público del bien de todos los particulares. Hay esta diferencia entre el estado de sociedad y el estado de naturaleza: que el hombre salvaje no hace daño a otros sino en cuanto le basta para hacerse bien a sí mismo; en cambio, el hombre sociable se ve a veces inducido por las malas leyes a ofender a otros sin hacerse bien a sí mismo. El déspota vierte el temor y el abatimiento en el ánimo de sus esclavos; pero, por repercusión, retornan con mayor fuerza a atormentar luego el suyo. Cuanto más solitario y doméstico sea el temor, tanto menos peligroso será a quien haga de él el instrumento de su felicidad; pero

143 Algunas concepciones quieren la uniformidad y un consenso impuestos, a cualquier precio; el pensamiento libre no solo no le teme a la diferencia, sino que la aúpa; que cada cual viva de acuerdo a su concepción o "mirada del mundo" (*Weltanchauung*, dicen los alemanes), con una regla clara: *el derecho propio va hasta donde comienza el derecho del otro.* "Entre los individuos, como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz", dijo *Benito Juárez.* Otra cosa es cómo se crean las reglas y las normas de convivencia: ante todo, la legitimidad de ellas comienza por la participación ciudadana en su instauración; algunos prefieren dar órdenes y tienen en la mira la paz de los cementerios; o quieren la docilidad de las ovejas orientadas por el cayado: pero estos pastores, al final, se comen a las "ovejitas negras" y también ...a las blancas!!!

a medida que sea más público y agite a una multitud mayor de hombres, tanto más fácil será que surja el imprudente, el desesperado o el audaz inteligente, que haga servir a los hombres a su propio fin, despertando en ellos sentimientos más gratos y tanto más seductores cuanto recaiga sobre un mayor número el riesgo de la empresa; y el valor que los infelices dan a su existencia, disminuye a proporción de la miseria que padecen. Esta es la causa de que las ofensas hagan surgir otras nuevas; que el odio sea un sentimiento tanto más duradero que el amor, cuanto que el primero toma su fuerza de la continuación misma de los actos, que es lo que debilita al segundo.

Capítulo XXXIX — Del espíritu de familia

Estas funestas y autorizadas injusticias fueron aprobadas incluso por los hombres más ilustrados, y practicadas por las repúblicas más liberales, por haber considerado más bien a la sociedad como una unión de familias que como una unión de hombres. Supongamos cien mil hombres, o sea veinte mil familias, cada una de las cuales está compuesta de cinco personas, incluyendo a la cabeza que la representa; si la asociación se hace por familias, habrá veinte mil hombres y ochenta mil esclavos; si la asociación es de hombres, habrá cien mil ciudadanos y ningún esclavo. En el primer caso, habrá una república y veinte mil pequeñas monarquías, que la componen; en el segundo, el espíritu republicano, no sólo respirará en las plazas y en las asambleas de la nación, sino también en los hogares domésticos, que es donde se vive

gran parte de la felicidad o de la desdicha de los hombres[144]. En el primer caso, como las leyes y las costumbres son efecto de los sentimientos habituales de los miembros de la república, o sea, de los jefes de familia, el espíritu monárquico se introducirá poco a poco en la república misma, y sus efectos sólo serán frenados por los intereses opuestos de cada cual, pero no ya por un sentimiento que inspire libertad e igualdad. El espíritu de familia es un espíritu de detalle, limitado a hechos pequeños. El espíritu regulador de la república, dueño de los principios generales, ve los hechos y los condensa en las tales clases principales, como importantes que son al bien de la mayoría. En la república de familias, los hijos continúan bajo la potestad del jefe mientras vive, y son constreñidos a esperar de la muerte de él una existencia que sólo dependa de las leyes. Avezados a someterse y a temer en la edad lozana y vigorosa, cuando los sentimientos están menos modificados por aquel temor de experiencia que se llama moderación, ¿cómo resistirán los obstáculos que el vicio siempre opone a la virtud en la edad lánguida y decadente, en que hasta la disposición misma a ver sus frutos se opone a los vigorosos cambios?

Cuando la república es de hombres, la familia no es una subordinación de mando, sino de contrato; y los hijos, cuando la edad los saca de la dependencia natural, que es la de la debilidad y de la necesidad de educación y de defensa, pasan a ser miembros libres de la ciudad, y se someten al cabeza

144 Este capítulo es, en parte, autobiográfico; recordemos el sometimiento que había en la familia de *Beccaria* a la autoridad del padre; la misma autoridad férrea ejercía el Conde *Gabriel Verri* en su casa; Resalta *Donata Chiomenti Vassalli*, en *I fratelli Verri*, cit. pág. 32, que por algunas desavenencias del Conde *Verri* con su hijo *Pedro*, el padre lo amenazó con hacerlo encarcelar en el Castillo, "como reo de rebelión a la autoridad paterna".

de familia para participar de sus ventajas, como los hombres libres en la gran sociedad. En el primer caso los hijos, es decir, la parte más numerosa y más útil de la nación, está a discreción de los padres, en el segundo, no existe otro vínculo de autoridad que el sagrado e inviolable de suministrarse recíprocamente los socorros necesarios, y el de la gratitud por los beneficios recibidos, el cual se destruye, no tanto por la malicia del corazón humano, cuanto por una mal entendida sujeción querida por las leyes[145].

145 Me parece que existe en este capítulo una crítica al *Modelo Aristotélico* sobre el origen y fundamento del poder político: aquí el Estado proviene de una forma primitiva de asociación, que es la familia; no hay diferencia cualitativa sino cuantitativa entre la familia y el Estado: este es una gran familia; dice *Aristóteles*: "La comunidad primaria constituida por varias familias para satisfacción de las necesidades meramente cotidianas es el pueblo. El pueblo o aldea, según la explicación más natural, parece ser una colonia de una familia, formada por los que algunos llaman 'compañeros de leche', hijos e hijos de los hijos. Debido a esto nuestras ciudades fueron al principio núcleos sometidos al dominio real, y los extranjeros son aún así, porque fueron hechas de partes que estaban bajo un gobierno monárquico; cada familia, en efecto, está gobernada monárquicamente por el más anciano de sus miembros, de modo que las colonias de la familia fueron también así, a causa de la realeza de sus miembros": *La política*, en *Obras*, Madrid, Editorial Aguilar, reimpresión de 1977, páginas 1412 y 1413. De la familia se pasa al Estado, pero no hay una transformación cualitativa, sino cuantitativa: el Estado es un conjunto mayor de familias. En la teoría política se conoce esta perspectiva, como *Teoría Organicista*: el todo es primero que las partes, la sociedad es primero que los individuos. Esta teoría da lugar a un concepto de autoridad vertical, de desigualdad: de superior a inferior, de padre a hijo, de señor a siervo. Esto se opone al concepto de autoridad que surge del *Modelo Jusnaturalista* o contractualista; aquí hay una relación horizontal: libertad e igualdad están en la base de éste modelo seguido por *Beccaria*, para quien el ideal de sociedad es la existencia de hombres libres, sin coacción más allá de la mínima implicada en las leyes, en orden a la convivencia. Ver: *Norberto Bobbio, Liberalismo y democracia*, Bogotá, Editorial Fondo

Tales contradicciones entre las leyes de familia y las fundamentales de la república, son fuentes fecundas de otras contradicciones entre la moral doméstica y la moral pública; y, por tanto, hacen nacer un conflicto perpetuo en el ánimo de cada uno de los hombres. La primera inspira sujeción y temor; la segunda, valor y libertad; aquélla enseña a restringir la beneficencia a un pequeño número de personas sin selección espontánea; ésta a extenderla a toda clase de hombres; aquélla manda un continuo sacrificio de sí mismo a un ídolo vano, que se llama *bien de familia*, y que muchas veces no es el bien de ninguno de los que la componen; ésta enseña a servir las propias ventajas, sin ofender a las leyes, o inicia a inmolarse a la patria con el premio del fanatismo que previene la acción. Tales contrastes hacen que los hombres se sustraigan a la práctica de la virtud, que encuentran enmarañada y confusa, y en aquella lontananza que nace de la oscuridad de los objetos tanto físicos como morales. ¡Cuántas veces un hombre, volviendo su vista hacia sus acciones pasadas, queda atónito de encontrarse deshonesto! A medida que la sociedad se multiplica, cada uno de los miembros pasa a ser más pequeña parte del todo, y el sentimiento republicano se reduce proporcionalmente, si las leyes no cuidan de reforzarlo. Las sociedades tienen, como los cuerpos humanos, circunscritos sus límites, y si crecen más allá de ellos, la economía se perturba necesariamente. Parece como que la masa de un Estado debiera estar en relación inversa a la sensibilidad de quienes lo integran; de lo contrario, al crecer la una y la otra, las buenas leyes encontrarían, para la prevención de los delitos, un obstáculo en el bien mismo que han producido. Una república demasiado extensa

de Cultura Económica, Quinta reimpresión, 1999, páginas 15 y 16; *Estudios de historia de la filosofía, De Hobbes a Gramsci*, Madrid, Editorial Debate, 1985, páginas 100 y 101.

no se salva del despotismo sino mediante la subdivisión y unión en otras tantas pequeñas repúblicas federativas. Pero ¿cómo conseguir esto? Por medio de un dictador despótico, que tenga el valor de *Sila*, y tanto genio para edificar como lo tuvo él para destruir[146]. A un tal hombre, si es ambicioso, le espera la gloria de todos los siglos; si es filósofo, las bendiciones de sus ciudadanos lo consolarán de la pérdida de la autoridad, aún cuando no viniese a ser indiferente a su ingratitud[147]. A medida que se debilitan los sentimientos

146 *Beccaria* menciona a Sila como dictador: fue enviado por el Senado a combatir en Asia al rey *Mitrídates*; celoso *Mario*, le quiso quitar ese mando; *Sila* lo atacó y entró victorioso a Roma y luego partió para el Asia; *Mario* se recompuso y sitió a Roma: hubo una matanza de patricios, cinco días y cinco noches duró el saqueo y el deguello; *Mario* murió en el año 86 a.C.; *Sila* regresó y combatió a *Cinna*, amigo de *Mario*; fue declarado por el Senado *Dictador Perpetuo*. Inició una tiranía como nunca antes vista, ni se verá: formó lista de *proscriptos*, para darles muerte (cualquiera podía hacerlo con impunidad), los bienes eran confiscados y se vendían a menos precio: un bien que valía veinte millones de pesos, se vendía en 570 (es un ejemplo); a los hijos de los *proscriptos* se les excluía de los cargos de la magistratura; los soldados se dedicaban a las masacres y al saqueo. Dio amplio poder al Senado, le quitó el poder a la asamblea del pueblo, los Tribunos perdieron el derecho de *veto*, y los Cónsules no mandaron más al ejército. Abdicó en el 79 y murió en el 78 a.C. Se ha dicho que fue *Sila* quien señaló el camino a *Pompeyo* y a *César* quienes vinieron poco después con actitudes de autócratas. En la Ilustración, *Sila* era puesto como paradigma de tiranía; por ejemplo, en *Servan*. Como cualquier tirano, siempre invocaba el beneficio del pueblo; por ejemplo, se dice que estaba haciendo degollar seis mil soldados tenidos como enemigos, en un circo vecino al Senado; y como se oyeran los gemidos de las víctimas, dijo a los Senadores, "Tranquilos, Padres Conscriptos, son los gritos de unos carnerillos que se castigan para asegurar la libertad de Roma": *Servan*, en *Des assassinats et des vols politiques ou des proscriptions et des confiscations*, en *Oeuvres choisies de Servan*, cit., t. 3, pág. 365 y siguientes; la cita concreta puede verse a página 396.

147 *Beccaria* viene de citar a *Sila*, dictador; ahora habla de alguien que ha perdido la autoridad pero se consuela de las bendiciones de sus

que nos unen a la nación, se fortalece el sentimiento por los objetos que nos rodean; por eso, bajo el más violento despotismo, las amistades son más duraderas y las virtudes de familia, siempre mediocres, son las más comunes o acaso las únicas. De lo dicho puede apreciarse cuán limitadas fueron las miras de la mayor parte de los legisladores[148].

Capítulo XL — Del fisco

Hubo un tiempo en que casi todas las penas eran pecuniarias. Los delitos de los hombres constituían el patrimonio del príncipe; los atentados contra la seguridad pública eran objeto de lucro; quien estaba llamado a defenderla, tenía interés en que se la ofendiera. El objeto de las penas era, pues, un litigio entre el fisco (el exactor de esas penas) y el reo; un asunto civil, contencioso, privado más que público, que daba al fisco otros derechos que los suministrados por la defensa pública, y al reo otros entuertos que aquellos en que había caído por la necesidad del ejemplo. El juez era, por tanto, un abogado del fisco, más bien que un indiferente investigador de la verdad; un agente del erario fiscal, en vez de ser el protector y el ministro de las leyes; pero como en este sistema el confesarse delincuente era reconocerse deudor ante el fisco, lo cual era el fin de los procedimientos criminales

conciudadanos; a quién tendría en mente *Becaria*?. No hay pistas; sin embargo, pienso que podía tener a la vista, en la historia de Roma, a un hombre que una vez dejado el poder tuvo el coraje de aislarse en el campo para seguir arando la tierra: *Cincinato.*

148 Para el párrafo que inicia con "*A medida que se debilitan...*", hasta terminar, he utilizado la traducción de editorial Arayú, edición dirigida por *Francisco P. Laplaza*, cit. págs. 247 y 248, corrigiendo los defectos de la traducción de EJEA, citada, página 235.

entonces, la confesión del delito, confesión combinada en forma que favoreciese y no perjudicase a los derechos fiscales, vino a ser, y es todavía (los efectos continúan siempre muchísimo después que las causas) el centro en torno al cual giran todos los órdenes criminales.

Sin ella, un reo convicto por pruebas indubitables tendrá una pena menor que la establecida; sin ella, no sufrirá la tortura por otros delitos de la misma especie que pueda haber cometido. Con ella, el juez se apodera del cuerpo de un reo y lo desgarra con metódicas formalidades a fin de extraer de él, como de un fundo adquirido, todo el provecho que le sea posible. Probada la existencia del delito, la confesión hace prueba convincente; y para hacer esa prueba menos sospechosa, se la exige, a la fuerza, entre los espasmos y la desesperación del dolor, en el momento mismo en que una confesión extrajudicial, tranquila e indiferente, sin los impuestos temores de un juicio tormentoso, no bastaría para la condena. Se excluyen las investigaciones y las pruebas que esclarecerían el hecho, pero que debilitarían los derechos del fisco; no es a favor de la miseria y de la debilidad por lo que se ahorran alguna vez los tormentos al reo, sino en favor de los derechos que pudiera perder esa entidad, hoy imaginaria e inconcebible. El juez se convierte en enemigo del reo, de un hombre encadenado, dado como presa a la sordidez, a los tormentos y al más terrible porvenir; no busca la verdad del hecho, sino que busca en el prisionero el delito, y le pone asechanzas, y cree perder, y sufrir menoscabo en la infalibilidad que el hombre se atribuye en todas sus cosas, si no sale airoso. Los indicios para la captura están a merced del juez; para que uno se pruebe inocente, debe ser antes declarado reo; esto se llama hacer un *proceso ofensivo*; y tales son en casi todos los lugares de la iluminada Europa, en el siglo XVIII, los procedimientos criminales. En

el verdadero proceso, el *informativo*, es decir, la investigación indiferente del hecho, el que la razón manda, el que las leyes militares adoptaron, usado por el mismo despotismo asiático en los casos tranquilos e indiferentes, es de poquísimo uso en los tribunales europeos[149]. ¡Qué laberinto complicado de extraños absurdos, increíbles sin duda para la posteridad, más feliz! Sólo los filósofos de aquel tiempo leerán en la naturaleza del hombre la posible verificación de un tal sistema.

Capítulo XLI — Cómo se previenen los delitos

Mejor es prevenir los delitos que castigarlos[150]. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de los bienes y de los males de la vida.

Pero los medios hasta ahora empleados son, por lo común, falsos y opuestos al fin apetecido. No es posible reducir la turbulenta actividad de los hombres a un orden geométrico, sin irregularidad y confusión. Como las constantes

149 Cuando el autor habla de *procedimiento ofensivo*, se refiere al proceso *inquisitivo;* cuando habla de *proceso informativo*, se refiere al proceso *acusatorio*; esta división se hace según que concurran o no en la misma persona las funciones de investigar, de acusar y de fallar, o que tales actividades estén en sujetos diferentes.

150 Dice *Montesquieu:* en los Estados modernos "un buen legislador pensará menos en castigar los crímenes que en evitarlos, se ocupará más en morigerar que en imponer suplicios": *El espíritu de las leyes*, Libro VI, Capítulo IX, edición Helista citada, página 116; por su parte, *Voltaire* dirá en *Le prix de la justice et de l'humanité*, en 1777: "Un Estado bien civilizado no debería prevenir los delitos tanto cuanto sea posible, antes de pensar en castigarlos?": cit. pág.535.

y simplicísimas leyes de la naturaleza no impiden que los planetas no se perturben en sus movimientos, tampoco en las infinitas y contrapuestas atracciones del placer y del dolor pueden las leyes humanas impedir sus perturbaciones y desórdenes. Y, sin embargo, ésta es la quimera de los hombres limitados, cuando tienen en sus manos el poder. Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan surgir, sino crear otros nuevos; es decidir a capricho la virtud y el vicio, que se nos predican eternos e inmutables. ¿A qué quedaríamos reducidos si hubiera de prohibírsenos todo lo que puede inducirnos al delito? Habría que privar al hombre del uso de los sentidos. Por un motivo que impulsa a los hombres a cometer un verdadero delito, hay mil que lo inducen a cometer las acciones indiferentes que las malas leyes llaman delito; y si la probabilidad de los delitos es proporcional al número de motivos, ampliar la esfera de los delitos es aumentar la probabilidad de cometerlos. La mayor parte de las leyes no son más que privilegios, es decir, una contribución de todos a la comodidad de unos pocos[151].

¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas, y que toda la fuerza de la nación se concentre para defenderlas, y ninguna parte de ella se empeñe en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos a las clases de hombres que a los hombres mismos. Haced que los hombres las teman, y teman sólo a ellas. El temor a las leyes es saludable, pero es fatal y fecundo en delitos el de hombre a hombre. Los hombres esclavos son más voluptuosos, más libertinos y más crueles que los hombres libres. Estos meditan sobre las ciencias, meditan sobre los

151 Insiste *Beccaria* en lo que no debe ser la ley: un instrumento de una minoría privilegiada en contra de la mayor parte de la comunidad.

intereses de la nación, ven grandes objetos y los imitan; pero aquéllos, contentos con el día presente, buscan entre el estrépito del libertinaje una distracción al anonadamiento en que se ven; avezados a la incertidumbre del éxito de todo, el éxito de sus delitos viene a ser problemático para ellos, en ventaja de la pasión que los determina. Si la incertidumbre de las leyes cae sobre una nación indolente por razón del clima, mantiene y aumenta su indolencia y estupidez; si cae en una nación voluptuosa, pero activa, malogra su actividad en un infinito número de pequeñas cábalas e intrigas que esparcen la desconfianza en todos los corazones, y hacen de la traición y el disimulo la base de la prudencia; si cae sobre una nación valiente y fuerte, la incertidumbre desaparece al fin, formando primero muchas oscilaciones de la libertad a la esclavitud y de la esclavitud a la libertad.

¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las luces acompañen a la libertad[152]. Los males que nacen de los conocimientos, son en razón inversa a su difusión, y los bienes lo son en razón directa. Un audaz impostor, que nunca es un hombre vulgar, se capta las adoraciones de un pueblo ignorante y las rechiflas de un pueblo ilustrado[153]. Los conocimientos, facilitando los parangones de los objetos y multiplicando sus puntos de vista, contraponen muchos sentimientos, que se modifican recíprocamente con tanta mayor facilidad cuanto se prevén en los demás los mismos

152 Es el poder de la educación como medio de promoción de la persona humana; siempre será cierta la sentencia de *Concepción Arenal*: "Cada biblioteca que se abre es una cárcel que se cierra"; la famosa autora española reclamaba también para los presos el derecho a la instrucción, o en sus palabras, se trataba de "ilustrar para mejorar": *El visitador del preso*, Buenos Aires, Editorial Tor, sin fecha, pág. 107.

153 *Helvetius*, inspirador de *Beccaria*, dice: "Toda nación sin luces, cuando deja de ser salvaje y feroz, es una nación envilecida y tarde o temprano subyugada": *Del Espíritu*, cit. pág. 87.

puntos de vista y las mismas resistencias. Frente a las luces profusamente esparcidas por la nación, calla la calumniosa ignorancia y tiembla la autoridad desarmada de razones, quedando inmóvil la fuerza vigorosa de las leyes; pues no hay hombre ilustrado que no ame los públicos, claros y útiles pactos de la seguridad común, parangonando lo poco de inútil libertad sacrificada por él, con la suma de todas las libertades sacrificadas por los demás, que sin las leyes podían llegar a ser conspiradores contra él. Quien tenga un alma sensible y eche una mirada sobre un código de leyes bien hechas y encuentre que no perdió más que la funesta libertad de hacer el mal a otros, se verá constreñido a bendecir el trono y a quien lo ocupa.

No es verdad que las ciencias sean siempre perjudiciales a la humanidad[154]; y cuando lo fueron, era un mal inevi-

154 Es una afirmación contra *Rousseau*, quien pensaba lo contrario: las ciencias y las artes resultaban fatales a la humanidad; son causa de la lujuria, de la ambición, del ímpetu de dominación; el lujo y la molicie pierden al hombre; el cúmulo de saberes socavan los fundamentos de la fe y destruyen la virtud; fue más grande Esparta que Sibaris; aquella hizo temblar al Asia; se lamenta de los males que ha causado la imprenta, está de acuerdo con el razonamiento del Califa *Omar* cuando le preguntaron qué hacer con la biblioteca de Alejandría: dijo que si esos libros hablaban en contra del Corán, eran malos y era preciso destruirlos; y si sólo contenían la doctrina del Coran, eran superfluos y también había que destruirlos; según el ginebrino, hay que volver a la sencillez y a la virtud de los primeros tiempos. Con este trabajo *Rousseau*, impulsado por *Diderot*, a quien fue a visitar encontrándose éste preso en el castillo de Vincennes, participó en el concurso que abrió la Academia de Dijon, en 1750, con el siguiente tema: "*Si el restablecimiento de las ciencias ha contribuido a depurar las costumbres*". Diría luego sobre la emoción que le suscitó la convocatoria que vio en el periódico: "Tan pronto como hube leído esto, nuevos horizontes se desplegaron ante mis ojos y me convertí en otro hombre", dice; significó el comienzo de su carrera como escritor: el trabajo presentado sería publicado como *Discurso sobre las cien-*

table para los hombres. La multiplicación del género humano sobre la faz de la tierra introdujo la guerra, las artes más burdas y las primeras leyes, que eran pactos momentáneos que nacían con la necesidad y perecían con ella. Esta fue la primera filosofía de los hombres, bastándoles sus pocos elementos porque su indolencia y poca sagacidad los preservaba del error. Pero las necesidades se multiplicaban cada vez más a medida que se multiplicaban los hombres. Eran, pues, necesarias, impresiones más fuertes y duraderas, que los apartasen de los reiterados retornos al primitivo estado de insociabilidad, que se hacía cada vez más funesto. Hicieron, pues, un gran bien a la humanidad aquellos primeros errores que poblaron la tierra de falsas divinidades (digo un gran bien político), y que crearon un universo invisible, regulador del nuestro. Fueron benefactores de los hombres aquellos que osaron sorprenderlos, y arrastraron a los altares la dócil ignorancia. Presentándoles objetos situados más allá de los sentidos, que huían ante ellos a medida que creían alcanzarlos, nunca despreciados, porque nunca bien conocidos, agruparon y condensaron las divididas pasiones en un solo objeto, que los ocupa fuertemente. Estos fueron los primeros pasos de todas las naciones que se formaron de pueblos salvajes. Esta fue la época de la formación de las grandes sociedades, y éste fue su vínculo necesario, y tal vez el único. No hablo de aquel pueblo elegido de Dios, en quien los milagros más extraordinarios y las gracias más señaladas hicieron las veces de la humana política. Pero, como

cias y las artes; de él habría de lamentarse: "Qué es la celebridad?. He aquí la infausta obra a la que debo la mía"; Ver: *Mis confesiones*, Buenos Aires, Editorial Futuro, 1944, pág. 268; el lamento por su suerte está en la *Advertencia* puesta al principio del *Discurso*, para una edición posterior: *Discurso sobre las ciencias y las artes*, Madrid, Editorial Alba, 1999, pág. 39.

es propiedad del error el subdividirse hasta el infinito, las ciencias que de ello nacieron convirtieron a los hombres en una fanática multitud de ciegos que en un cerrado laberinto se entrechocan y se conturban de tal modo, que algunas almas sensibles y filosóficas han envidiado hasta el antiguo estado salvaje[155]. He aquí la primera época, en que los conocimientos, o por mejor decir, las opiniones, son dañosas.

La segunda está en el difícil y terrible tránsito de los errores a la verdad, de la oscuridad no conocida a la luz. El choque inmenso de los errores útiles a unos pocos poderosos contra las verdades útiles a muchos débiles, la proximidad y el fermento de las pasiones que se despiertan en tal ocasión, hacen infinitos males a la desdichada humanidad. Quien reflexione sobre las historias, que después de ciertos intervalos de tiempo se asemejan en sus épocas principales, encontrará más de una vez que una generación entera queda sacrificada a la felicidad de las que le suceden en el luctuoso pero necesario tránsito de las tinieblas de la ignorancia a la luz de la filosofía, y de la tiranía a la libertad, que son sus consecuencias. Pero cuando, calmados los ánimos y extinguido el incendio que ha purgado a la nación de los males que la oprimían, la verdad, cuyos progresos al princi-

155 El alma sensible y filosófica que añoraba los tiempos primitivos, creo, se trataba de *Rousseau*, quien criticaba el origen mismo de nuestros conocimientos: "Aunque hojeemos los anales del mundo, aunque suplamos las crónicas inciertas por investigaciones filosóficas, no encontraremos para los conocimientos humanos un origen que responda a la idea que nos gusta tener sobre él. La astronomía nació de la superstición; la elocuencia, de la ambición, del odio, de la adulación, de la mentira; la geometría de la avaricia; la física de una vana curiosidad; todas, incluso la moral, del orgullo humano. Por lo tanto, las ciencias y las artes deben su nacimiento a nuestros vicios: dudaríamos menos de sus ventajas si lo debieran a nuestras virtudes", dice en el *Discurso sobre las ciencias y las artes*, cit. páginas 67 y 68.

pio son lentos y después acelerados, se asienta como compañera en los tronos de los monarcas y tiene culto y altar en los parlamentos de las repúblicas, ¿quién podrá afirmar ya que la luz que ilumina a la multitud es más perjudicial que las tinieblas, y que las verdaderas y sencillas relaciones de las cosas, bien conocidas de los hombres, les sean funestas?

Si la ciega ignorancia es menos fatal que el mediocre y confuso saber, ya que éste agrega a los males de aquélla los errores inevitables a quien tiene una visión restringida al más acá de los confines de la verdad, el hombre ilustrado es el don más precioso que haga a la nación y a sí mismo el soberano que lo hace depositario y custodio de las santas leyes. Avezado a ver la verdad y a no temerla, privado de la mayor parte de las necesidades de la opinión, nunca suficientemente satisfechas, que ponen a prueba la virtud de la mayoría de los hombres, acostumbrado a contemplar la humanidad desde los puntos de vista más elevados, para él su nación viene a ser una familia de hermanos, y la distancia que media entre los nobles y el pueblo le parece tanto menor, cuanto mayor es la masa de la humanidad que tiene ante sus ojos. Los filósofos adquieren necesidades e intereses desconocidos del vulgo, el principal de los cuales es el de no desmentir a la luz pública los principios predicados en la oscuridad, y adquieren el hábito de amar la verdad por sí misma. Una selección de tales hombres constituye la felicidad de una nación; pero felicidad momentánea, si las buenas leyes no aumentan en tal forma su número, que disminuya la probabilidad, cada vez mayor, de una mala elección.

Otro medio de prevenir los delitos es el de interesar al consenso ejecutor de las leyes, más en la observancia que en la corrupción de ellas. Cuanto mayor sea el número que lo compone, tanto menos peligrosa será la usurpación de

las leyes; pues la venalidad es más difícil entre miembros que se observen recíprocamente y estén tanto menos interesados en acrecentar la propia autoridad cuanto menor es la porción de ella que a cada cual le tocaría, sobre todo parangonada con el peligro de la empresa[156]. Si el soberano, con su aparato y su pompa, con la austeridad de sus edictos, permitiendo las querellas justas o injustas de quien se crea oprimido, habitúa a sus súbditos a temer más a los magistrados que a las leyes, se beneficiarán ellos más de ese temor que lo que pueda beneficiarse con ello la seguridad particular o pública.

Otro medio de prevenir los delitos es el de recompensar la virtud. A este propósito observo un silencio universal en las leyes actuales de todas las naciones. Si los premios propuestos por las academias a los descubridores de las verdades útiles han multiplicado los conocimientos y los buenos libros, ¿por qué los premios distribuidos por la benéfica mano del soberano no habrían de multiplicar también las

156 Salvo que el órgano colegiado obre de consuno según acuerdos ente sí, por solidaridad de cuerpo, por intereses burocráticos, etc.; esto ocurre cuando se da una justicia política o una justicia politizada; entiendo por *justicia política* aquella en la cual el tribunal que aplica la ley tiene, por origen y función, una tarea política de tratar a los presuntos responsables como enemigos, o como amigos; entiendo por *justicia politizada* la que, no obstante no tener de manera prístina una función política, en la práctica está permeada por ella, en mayor o menor medida. Esto puede ocurrir, por el otorgamiento de funciones políticas a los cuerpos colegiados de administración de justicia, en la elección de altos funcionarios; por rebatiñas o pretendidas búsquedas de equilibrios entre las Salas, o entre las tendencias o apetitos de una misma Sala; por enfrentamientos de poderes en el interior del Estado, etc.; en este sentido, con matices, podemos decir con *Karl Loewenstein* que la "judicialización de la política" lleva a la "politización de la justicia": *Teoría de la constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, 1986, páginas 321 y 322.

acciones virtuosas? La moneda del honor es siempre inexhausta y fructífera en las manos del sabio distribuidor.

Finalmente, el más seguro, pero más difícil medio de prevenir los delitos, es el de perfeccionar la educación; objeto demasiado vasto y que excede de los límites que me he prescrito; objeto, me atrevo incluso a decir, que afecta demasiado intrínsecamente a la naturaleza del gobierno, para que no sea siempre hasta los más remotos siglos de la felicidad pública, un campo estéril y sólo cultivado aquí y allá por unos pocos sabios. Un gran hombre, que ilustra a la humanidad que lo persigue, ha hecho ver en detalle cuáles sean las principales máximas de educación verdaderamente provechosas a los hombres[157]; que consisten menos en una

157 Cuando alude a "un gran hombre, que ilustra la humanidad que lo persigue", de manera evidente se refiere a *Rousseau*, quien en 1764 huía del Parlamento de París, institución que lo había condenado el 9 de junio del año 1762, por los libros *El contrato social* y el *Emilio*. En efecto, *Rousseau* y su mujer *Teresa Levasseur* vivían en las afueras de París, en Monlouis; cerca, en Montmorency, descansaba el *Mariscal de Luxemburgo*, amigo del *Rey Luis XV*; el Mariscal y su esposa, estaban enterados de la preparación del *Emilio* y que estaba próximo a aparecer editado en París; también sabían que en Holanda se preparaba la edición del *Contrato Social*. Cuando éste salió a la luz, no lo dejaron entrar a Francia por la vía de Rouen. Por esto el *Emilio* suscitaba preocupación entre los amigos del autor: una vez publicado, todos tomaron medidas preventivas: unos no firmaron la carta en la que agradecían el envío, ejemplo, *D'Lembert;* otros esperaron con expectación. La hija del Mariscal, madame de *Boufflers*, se mantenía en contacto con el *Príncipe de Conti*, quien era protector del filósofo. Al amanecer del 8 de junio de 1762, el *Mariscal de Luxemburgo*, le hizo llegar, con su mayordomo, una carta dirigida por el *Príncipe de Conti* a *Rousseau*, en la que le decía que sus gestiones habían sido infructuosas y que ese día se dictaría el decreto condenatorio: el *Emilio* sería incautado y quemado, y el autor detenido; lo único que había logrado era que no se le obstaculizaría la partida para salir de Francia. *Rousseau* debió salir huyendo, dejando a su esposa, con rumbo a Suiza; en el camino se cruzaron con una carroza en la que viajaban 4 hombres vestidos de negro que venían a

estéril multitud de objetos, que en la selección y precisión de ellos; en sustituir los originales a las copias en los fenómenos tanto morales como físicos, que el azar o la industria presentan a los noveles ánimos de los jóvenes, en inducir a la virtud por el fácil camino del sentimiento, y en desviarlos del mal por el infalible de la necesidad y de la inconveniencia, y no por el incierto del mando, que no obtiene más que una simulada y momentánea obediencia[158].

capturarlo. Dos días después el *Emilio* fue vejado y quemado por el verdugo en las escalas del Palacio de Justicia. *Rousseau* viajó rumbo a Suiza, pero a Ginebra tampoco pudo llegar, por el escándalo que habían causado sus libros *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* y *La nueva Eloísa;* por esto llegó hasta Yverdon, pero el gobierno de Berna ordenó que se fuera; entonces se radicó en Môtiers-Travers, en el vecino principado de Neuchâtel, cuyo soberano era *Federico el Grande*, rey de Prusia. Entre tanto, el arzobispo de París, *Christophe de Beaumont* escribió contra el *Emilio;* en Ginebra se prohibió que la *Nueva Eloísa* fuese prestada en las bibliotecas públicas y hubo división entre los que lo acusaban y los que lo defendían; como protesta, el 22 de mayo de 1763 renunció a la ciudadanía de Ginebra; en su libro *Cartas de la Montaña*, defendía una religión natural y sostenía que la conciencia era el origen de la moral: "Conciencia, instinto divino, voz celestial eterna, la guía segura de los ignorantes y de los sabios, de los esclavos y de los que tienen libertad; el juez infalible del bien y del mal". Como se sabe, *Rousseau* fue a parar luego a Inglaterra por invitación de *Hume;* en 1770 regresó a París y murió en Ermenonville el 2 de julio de 1778. Sobre lo anterior puede verse: *Jean Fabre, Jean-Jacques Rousseau et le prince de Conti*, en *Annales de la Societé J.J. Rousseau*, Número 36, 1963-1965, Genève, pág. 7 a 48; Sobre las peripecias del personaje en Suiza, he consultado a *Sir Gavin de Beer, Rousseau*, Barcelona, Editorial Salvat, 1985, pág. 103 y siguientes; también, *Carlos Quijano Lubary* y *Carlos Erguía Tabares*, en *J.J, Rousseau*, Colección Grandes Protagonistas de la Humanidad, Bogotá, Editora Cinco S.A., 1985, pág. 142 y siguientes.

158 Es cierto que no coinciden la moral y el derecho; empero, el derecho, debe contener unos mínimos contenidos éticos y estar inserto en los valores fundamentales de la comunidad; por esto su establecimiento debe ser participativo, buscando un adecuado equilibrio

Capítulo XLII — Conclusión

De cuanto hasta aquí hemos visto, se puede extraer un teorema en general sumamente útil, pero poco conforme al uso, legislador el más frecuente de las naciones, a saber: *para que una pena cualquiera no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de las posibles en las circunstancias de que se trate, proporcionada a los delitos y dictadas por las leyes*[159].

---

entre los distintos intereses sociales: esta es una de las condiciones de legitimidad; el derecho entonces como medio de regulación de las conductas tiene que partir del concepto de persona, como fin; sólo así el derecho se introyecta en los hombres como pauta de comportamiento y deja de ser equivalente a la mera fuerza; el poder tiene que ser más que coacción, debe tener condiciones de legitimidad para que los destinatarios lo perciban como valioso; si no es así, la mera orden o mando, conduce apenas a una "simulada y momentánea obediencia", como dice *Beccaria*. Me parece de suma importancia ver a *Hans Welzel, Derecho y poder*, en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, 1962, pág. 45 y siguientes.

159 En la Constitución francesa del 23 de junio de 1793, en plena época del terror, se dispuso en el artículo 15: "La ley solo puede imponer las penas que sean estricta y evidentemente necesarias; las penas deben ser proporcionadas al delito y útiles para la sociedad". Lastimosamente, durante la Revolución, y concretamente, hasta el 9 *Thermidor*, o sea el 27 de julio de 1794, los principios garantistas propuestos por *Beccaria*, tuvieron el oscurecimiento más tenebroso como poca veces en la historia humana; así pues, debemos distinguir entre el derecho penal *de* la Revolución Francesa y el derecho penal *en* la Revolución Francesa: como si los grandes principios ideados para beneficio de la humanidad, sólo pudieran germinar con dolor y sangre de la humanidad misma...

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

De los delitos y de las penas

Se terminó de reimprimir en febrero de 2015
en los talleres gráficos de Extrategia Ecoprint S.A.S.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

"Si sosteniendo los derechos de los hombres y los de la invencible verdad, contribuyese a arrancar de los espasmos y de las angustias de la muerte a alguna víctima desafortunada de la tiranía o de la ignorancia, igualmente fatales, las bendiciones y las lágrimas de un solo inocente, en los transportes de su alegría, me consolarán del desprecio de los hombres".

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIA PATENTIOR ESSE SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

EDICIONES
NUEVO FORO

NF

Calle 42 No. 63A-164
Teléfono: (4)235 83 04
Medellín - Colombia

ISBN 978-958-46-3916-5

9 789584 639165