

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

1997

HOMENAJE  
A  
ISAIAH BERLIN



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

*Editor:*

Agustín Squella

*Asistentes del Editor*

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

*Comité Consultivo:*

Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),  
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),  
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

*Consejo Editorial:*

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín  
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,  
Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio  
Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
1997

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 15  
1997

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de la Santísima Concepción, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, de Antofagasta, de Concepción, de Las Condes, de Chile, de Valparaíso, del Mar, Diego Portales y La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,  
Errázuriz 2120 - Valparaíso

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1997

HOMENAJE  
A  
ISAIAH BERLIN

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



## SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

## JURIDICA Y SOCIAL

## D I R E C T O R I O

(1997 - 1999)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

## P R E S E N T A C I O N

La *Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social* presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 15, correspondiente al año 1997. Los 15 volúmenes de este *Anuario* han sido publicados, ininterrumpidamente, desde 1983 a la fecha, y pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, de Valparaíso.

Al presente número 15 se le ha dado el título de *Homenaje a Isaiah Berlin*, dado que la segunda de sus secciones contiene diversos testimonios y trabajos en memoria de este pensador, muerto el 6 de noviembre de 1997.

Además de la sección en homenaje a Berlin, este número 15 contiene secciones de *Estudios, Traducción, Comentarios y Discursos, Recortes de Prensa, y Recensiones*.

En la primera de tales secciones se contiene un conjunto de artículos sobre temas diversos de filosofía jurídica, política y social.

En la parte de *Traducción* se incluye el texto "Rawls: filosofía política sin política", de Chantal Mouffe, cuya versión castellana debemos a Aldo Valle Acevedo.

Seguidamente, en *Comentarios y Discursos* se incluye un texto de Fernando Quintana sobre la obra de Sebastián Soler, así como unas palabras sobre el fenómeno de la globalización, pronunciadas por Agustín Squella, en 1997, con motivo del acto inaugural de un seminario sobre el impacto de la globalización en la educación superior.

La parte llamada *Recortes de Prensa* reproduce diversos comentarios aparecidos en la prensa sobre ensayos de interés que en 1997

publicaron Carla Cordua, Tomás Moulian, Martín Hopenhaym, Alfredo Jocelyn-Holt y Humberto Giannini. Se incluye también en esta sección una entrevista a Jorge Eduardo Rivera, autor de la segunda traducción castellana de "Ser y tiempo", de Martín Heidegger.

Por último, en la sección de *Recensiones* se publican comentarios a otros libros de interés para nuestros lectores.

Nuestra sociedad agradece a los autores de los textos que se publican en este número y reitera que las colaboraciones para números próximos del Anuario deben ser dirigidas a la Casilla 211-V, de Valparaíso.

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

E S T U D I O S

EL DERECHO A CASTIGAR EN BECCARIA Y VOLTAIRE.  
Aproximación a los elementos de Derecho Penal en la Ilustración.

RODRIGO MEDINA JARA \*

1. *Introducción*

Llegados a los doscientos años de la muerte del Marqués de Beccaría, resulta justo e indispensable recrear nuevamente las motivaciones conducentes a su obra, analizar algunos de los postulados y extenderlos en una beneficiosa comparación con Voltaire, uno de los autores ilustrados con el cual éste mantuvo grandes relaciones.

El objeto del presente ensayo será buscar los elementos de derecho que giran en torno al derecho a castigar que se asignó "por contrato" al Estado. En torno a este punto girarán otras consideraciones: Unas de carácter filosófico-político y otras, definitivamente, de orden moral-práctico. De ahí que, la búsqueda acerca del quién es capaz de castigar, es una interrogante simultánea acerca del porqué y del cómo del castigo.

Es así cómo en el curso del ensayo apreciaremos que nuestro punto de partida —el derecho a castigar del Estado—, por la índole de los autores analizados, se manifestará como un estadio conceptual intermedio entre las primeras de nuestras cuestiones ya nombradas, la concepción última de la sociedad liberal iluminista, su

---

\* Magíster en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

concepto de Estado e individuo (adquirido), y las cuestiones segundas, derivadas de las anteriores o simplemente asuntos que se relacionarán únicamente por una coyuntura histórica con aquellos. v. gr la arbitrariedad judicial, que constituirán los tópicos en que centrarán sus preocupaciones.

Intentaremos modelar el conjunto de las ideas expuestas por Beccaría en su obra cumbre, "De los delitos y las Penas", y conjuntamente, las de Voltaire, el patriarca de Ferney, en algunos de los escritos en los cuales aparecen cuestiones relacionadas con la ley y las judiciales, exponiéndolos por ideas fundamentales para apreciar las relaciones entre las mismas.

## 2. *Beccaría y Voltaire. Relaciones y vínculos*

No nos detendremos aquí a puntualizar detalles de la vida ni cómo llegó el Marqués de Beccaría a concebir su obra más conocida. (Esto puede verse más detenidamente en VENTURI, p. 4-6, SAINZ CANTERO, p. 45 y ss.; en resección del libro "De los delitos y las penas" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XXIII, F. 1, E-A, 1970, p. 176-177 y en estudio preliminar en la edición de AGUDELO BETANCOURT, p. X y ss.), como tampoco nos aproximaremos a la dilatada vida de Voltaire (que puede verse en el primer capítulo de la obra de AYER con gran detalle), sino que nos ocuparemos de los tópicos y motivos más definidos y recurrentes en el ideario iluminista con especial detención en aquellos puntos que reflejan, acompañan o inciden más directamente al tema de estudio.

Bien sabemos que "De los delitos y las Penas", aparecida por primera vez en Livorno (Italia) en 1764, tendría una gran influencia en la Europa "eclairée" (iluminada) del siglo XVIII y en los venideros, tanto que se ha considerado a Beccaría como el precursor del moderno Derecho Penal, en sus aspectos de política criminal más fundamentales y que incluso mereció el título de "primer evangelista de la razón" por parte del propio Bentham (RADZINOWICZ, BANDINTER, p. 235 y DELMAS-MARTY, p. 252 y 253).

Sin embargo, quizás sea en la Francia iluminista en la cual las ideas de Beccaría habrían de producir los mayores frutos, aceptación e influencia posterior. Casi toda la generación ilustrada se nutre y

nutrirá las ideas plasmadas en el Tratado de Beccaría (según la carta del Marqués al abate Morellet, fechada el 26 de enero de 1766, aquel ha tenido profundo conocimiento de los más renombrados autores de esa época y las anteriores, en VENTURI, p. 6-7).

Y en el caso que nos ocupa, tal como nos dice GODECHOT, Voltaire no va a ser el primero de aquella larga lista que se hubo interesado y que hubo leído el Tratado del Marqués de Beccaría. D'Alembert en carta dirigida a su amigo, el Padre Frisi, un matemático italiano, fechada el 9 de julio de 1765, al año siguiente de la publicación de la obra, expresaba de ella: "On ne saurait être plus enchanté, plus enthousiasme même que le je suis de cet ouvrage. Je l'ai fait lire à plusieurs bons philosophes qui en ont porté le même jugement que moi. Ce livre, quoique d'un petit volume, suffit pour assurer à son auteur une réputation immortelle" (GODECHOT, p. 68. El texto de la carta en BADINTER, p. 236, tomada, a su vez de VENTURI).

La respuesta a estas muestras de admiración no se hizo esperar y el 24 de agosto del mismo año el Marqués de Beccaría agradece los conceptuosos elogios de D'Alambert (GODECHOT, p. 69 y BADINTER, p. 236). El punto culminante de esta primera etapa en la relación con la Francia ilustrada sería la traducción de la obra de Beccaría en Francia por el abate Morellet. Este, en los dos años siguientes (1765 y 1766), la transformará en la obra conocida hoy en día, recomponiéndola y dándole el orden de los capítulos actuales. Tal como dice BADINTER citando al mismo abate, "pour rétablir dans l'ouvre L'ordre naturel et la rendre ainsi plus utile à notre nation" (GODECHOT p. 69 y BADINTER, p. 237. Destacado en el original).

Siguiendo igual derrotero, las relaciones con Voltaire no pudieron ser mejores desde el primer momento. Conjuntamente con la visita de Beccaría a París en el otoño de 1766 (GODECHOT, p. 69 y BADINTER, p. 237), Voltaire va a tener ocasión de leer el Tratado, el que va a conocer por medio de un escocés, James Macdonald, quien había retornado de un viaje por Italia. En efecto, Voltaire escribe así a su amigo Damilaville el 16 de octubre de 1765: "Je commence à lire aujourd'hui le livre italien Des delits et des peines.



L'auteur est un frère". Pronto pueden encontrarse influencias precisas de la obra de Beccaría en los trabajos de Voltaire.

En el panfleto André Destouches à Siam, se hacen referencias respecto de las utilidades prestadas por la "question" para el descubrimiento de los culpables de un delito, elemento usual en la práctica judicial de la época, pero que parcializaba la decisión en perjuicio de quienes tenían una complexión física más débil. De la misma manera en otros escritos de Voltaire (Le philosophe ignorant, L'Avis au public sur les parricides imputés aux Calas et aux Sirven) pueden apreciarse otras influencias de Beccaría.

Incluso, la tragedia del caballero de la Barre (aparece suscitadamente relatada en AYER, p. 166) quien fue ejecutado el primero de julio de 1766, y cuyo caso conmocionó a Francia (BADINTER, p. 237), dio pie para que Voltaire enviara a Beccaría su Relation de la mort du chevalier de la Barre. El mismo escribiría a M. Damiaville, el 23 de junio de 1766, que la condenación de de la Barre era una transgresión de los principios de Beccaría (GODECHOT, p. 70). Además, como ya veremos, Voltaire escribiría más tarde su Commentaire al libro de Beccaría, el que disfrazaría primeramente como escrito por un abogado amigo suyo, y así sería distribuido primeramente por toda Europa (GODECHOT, p. 71. Esto también en TORIO. En la portada de tal escrito se lee "Rélacion de la mort du chevalier de la Barre, par Monsieur Cass\*\*\* Avocat au Conseil du Roi, à Monsieur le Marquis De Beccaría, écrite en 1766, en VOLTAIRE, Dictionnaire...).

Con posterioridad al envío del Commentaire a Beccaría, son múltiples las muestras de afecto que ambos personajes se brindaron por correspondencia, ya que nunca llegaron a conocerse personalmente. Las versiones del librero Chirol, que intentó el encuentro físico entre ambos ("Vous connaissez le pinceau de l'auteur, mais il faudrait connaitre la peintre lui-meme" le expresó en alguna oportunidad al marqués, en GODECHOT, p. 71-72) y los relatos del conde Mazzuchelli, sobre la hospitalidad de Voltaire en Ferney y los deseos que siempre manifestó éste por conocer al autor del Tratado, aunque infructuosos, evidencian las excelentes relaciones entre ambos.

Así Mazzuchelli escribirá a Beccaría el 26 de septiembre de 1770, entre otras impresiones de su visita a Ferney: "Toutes les

fois que j'ai été a Ferney, le grand Voltaire ne cessait de pronocer votre nom avec ces épanchements de coeur que vous avez su exciter dans les hommes les plues célèbres" (todos los relatos mencionados en GODECHOT, p. 71-72). Con posterioridad y en otras publicaciones Voltaire siguió evidenciando un gran respeto a Beccaría en textos como Le Cri du sang innocent de 1775 y le Prix de la justice et de l'humanité, de 1777, un año antes de su muerte.

### 3. Fundamentos de Derecho en Beccaría y Voltaire

Nos centraremos, respecto de Beccaría, en las ideas generales que señalan tanto el estudio de AGUDELO en la versión latinoamericana de la obra, el esbozo de SAINZ CANTERO, los apuntes sintéticos de STEPHAN GLASER y PIETRO NUVOLONE, acerca de las cuestiones más interesantes así como las ideas más destacadas de ella.

Y en cuanto a Voltaire recurriremos a los múltiples trabajos, que hemos obtenido tanto en original como en reseñas y extractos que hemos ido mencionando anteriormente. Agruparemos el estudio en los puntos centrales de las ideas jurídicas de ambos autores y que incidirán en una configuración más precisa del derecho a castigar.

#### 3.1. Acerca de la influencia del carácter del Estado en el Derecho Penal. La teoría contractualista

Para cualquiera que siquiera lea, aun superficialmente, parecerá conocido el mensaje que Beccaría lanza cuando habla del Origen de las Penas:

"Las leyes son condiciones bajo las cuales hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil por la incertidumbre de gobernarla. sacrificaron por eso una parte de ella para gozar del resto en segura tranquilidad, la suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de la nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario". (p. 9).

No resulta exagerado señalar el origen de estas citas, ya que para el siglo XVIII, parecía una enseñanza asumida en los círculos

ilustrados: la idea contractualista, que tiene —por lo menos hoy se reconoce así— a HOBBS como punto de partida. No extraña pues que, en la historia del *ius puniendi*, y como directo antecedente de Beccaria, nos encontraremos, en primer lugar a MONTESQUIEU (a quien Beccaria señaló como aquel en virtud del cual se hubo convertido a la filosofía, en Carta al abate Molleret, en mayo de 1766; en DERATHE, p. 83, nota 2 y CATTANEO, p. 318), ROUSSEAU (a quien según VENTURI leyó, p. 7) y luego a HOBBS (DELTALA, p. 122).

El mismo Beccaria se referirá al “sentido hobbesiano” en que podría entenderse el estado de naturaleza (p. 3), cuando se refiere precisamente a la relación entre convenciones sociales, creadoras de principios, vicios y virtudes políticas y revelación y moral que darían origen a manifestaciones distintas pero relacionadas con ellas.

El derecho a punir, por consiguiente, tiene su origen en el pacto de societatis que el autor no aclara, ya que a continuación del párrafo anteriormente mencionado expresa que el “depósito” de las libertades debe ser defendido de las “usurpaciones privadas” para lo cual

“se necesitan motivos sensibles que fuesen bastantes para contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quiere sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas para los infractores de aquellas leyes”. (p. 9). Asimismo

“Eran, pues, necesarias impresiones más fuertes y más durables que los separasen de los continuados regresos que hacían al primer estado de desunión, siempre más y más funesto”. (p. 100).

Parece resultar claro que Beccaria no pretendía realizar una obra religiosa ni filosófica. Sus propósitos se encontraban más bien en abordar preocupaciones prácticas hasta el momento injustamente preteridas.

Esto quedará demostrado desde un principio por lo señalado en la “Advertencia al Lector” cuando expresa que “conocemos ya las verdaderas relaciones entre el soberano y los súbditos, y las que tienen recíprocamente entre sí las naciones” (p. 8) (hecho que, a esas alturas, debía constituir una “verdad indivisible” —p. 9—) y que “muy pocos han examinado y combatido la crueldad de las penas y

la irregularidad de los procedimientos criminales” (p. 8), asunto que será el centro del trabajo.

Debe recordarse los filósofos del siglo XVIII no son únicamente escritores, sino que hombres de acción. Sus propósitos no son puramente literarios, sino que poder influir, directa o indirectamente sobre los poderes públicos.

Nada mejor para demostrar este espíritu que la carta escrita por el abate Morellet a Beccaria en septiembre de 1766:

“Mi querido amigo, es la opinión pública lo que cuenta. Ni M. de Voltaire, ni M. d’Alembert, ni Rousseau, ni usted, ni ningún filósofo, producirá ningún efecto inmediato sobre el espíritu de los que gobiernan. Nosotros actuamos sobre la opinión pública y la opinión pública someterá a los fanáticos e igualmente a los tiranos, los unos antes que los otros, aunque impotente contra la resistencia que le oponen los gremios que son siempre los últimos en ‘iluminarse’ ” (DERATHE, p. 94 y GODECHOT, p. 69. La traducción es nuestra).

Sin embargo, y sin perjuicio, de la lejanía temporal y propositiva, existen importantes vínculos con el planteamiento de Hobbes, aún cuando la omnipotencia del soberano ya se encontraba limitada porque es el pueblo quien era “poseedor y detentador de la soberanía” (GLASER, p. 49). No obstante ello, el planteamiento central permanece: la idea de contrato social subyace al derecho a castigar como un efecto lógico de una idea incorporada y aceptada.

Tal como nos señala VACHET, y teniendo en cuenta que el pensamiento liberal se sustenta sobre la defensa de la propiedad, “las leyes necesariamente deben ser expresión de este fin” y por lo tanto, también “la existencia del Estado deriva, por ello, de la utilidad de hacer manifiestas estas leyes de la naturaleza y de la propiedad de manera que el poder político no está encargado de dictar leyes sino reconocer las leyes naturales del orden social” (VACHET, t. II, p. 93-96).

De ahí que el autor ni siquiera mencione el asunto como antecedente de las penas y los delitos: el postulado se encontraba asumido y toda discusión penal-legal tenía como antecedentes una idea del Estado —filosófica e histórica— ya asentada casi desde el humanismo y que daba lugar a discusiones de más simpleza o, si se

quiere, excesivamente casuísticas y poco dogmáticas (SCHAFFSTEIN, p. 16, 17 y 26).

Por ello, el análisis sobre el derecho a castigar basado en la idea contractualista hay que hacerlo, como mínimo, desde Hobbes. No por nada se dirá que "Hobbes es el padre de la moderna teoría del castigo y absolutamente central en cualquier análisis de la idea liberal del castigo criminal" (NORRIE, ch. II, p. 16, la traducción es mía, lo mismo CATTANEO, *Hobbes's Theory of Punishment*, en K. C. Brown —ed.— *Hobbes Studies*; Oxford 1965; p. 275-297).

Sin ahondar en la teoría del castigo en Hobbes —que escapa al objeto de este trabajo—, en el tratamiento que éste y la teoría contractualista hacen del derecho a castigar es posible apreciar ciertas cuestiones no resueltas, que podemos resumir en la existencia de una contradicción entre dos conceptos de libertad que provoca una contraposición entre el ideal jurídico abstracto en la formación del Commonwealth y el sometimiento de la naturaleza humana a los apetitos naturales. NORRIE lo señala exactamente de la manera siguiente:

"Actuar voluntariamente es actuar libremente, pero para Hobbes, el hombre es gobernado por la necesidad causal de su naturaleza. De esta manera el objeto de todo acto voluntario es algo bueno para el individuo y este es el miedo, que los conduce a la Commonwealth. ¿Pueden ser conducidos al contrato por el miedo y decir que se actúa libremente? ¿Puede verdaderamente su acto contractual ser llamado voluntario en estas circunstancias?... Si el concepto de Hobbes del género humano aliena al hombre con otros objetos de la naturaleza en su supervivencia a las fuerzas de la naturaleza (recuérdese el pasaje donde Hobbes habla de "Water descending by a channel") entonces, al mismo tiempo, no puede atribuirle una libertad moral-jurídica que lo hace consentir al contrato como un acto propio" (NORRIE, p. 28. La traducción es nuestra. La cita de HOBBS es de C. B. MacPherson, *Political Theory of Possesive Individualism*, p. 263).

Las menciones que se hacen de la teoría contractualista en la obra de Beccaría no dejan lugar a dudas sobre la vinculación ya expresada: v. gr. cuando se habla de justicia, se la define como el

"vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares sin el cual se reducirían al antiguo Estado de insociabilidad" (p. 11); cuando se habla del papel que le cabe al honor se expresa, un poco críticamente, que constituye "momento de retorno al estado de naturaleza, y un recuerdo del patrón de la igualdad antigua" (p. 27); cuando trata la pena de muerte expresa que las leyes no son sino "la suma de porciones de libertad de cada uno que representan la voluntad general como agregado de las particulares" (p. 62); en fin, cuando se hace mención a las "reflexiones" del asesino o ladrón, como resultado del efecto preventivo-general de las penas, y éste señala "Volveré a mi primer estado de independencia natural" (p. 66).

En cuanto a Voltaire, hemos recogido impresiones un tanto tangenciales sobre su pensamiento acerca del tema que, sin embargo, se encuentra, si se quiere, un tanto contaminado por las hostilidades ejercidas contra Rousseau durante mucho tiempo (VOLTAIRE, *Politique...*, p. 64). En el escrito *Idées republicaines*, par un membre du corps (1765), hará ciertas críticas a pasajes del "Contrato Social" del mismo Rousseau.

En primer lugar, se situará en una línea contraria a un ejercicio directo de la Soberanía por parte del pueblo, antes bien, señalará que ésta debe ejercerse a través de los representantes. Parece ser que Voltaire tenía en mente que las naciones más poderosas eran aquellas colectividades que, teniendo como base una sólida cultura, podían reservar la decisión de las cuestiones más importantes a sus representantes o, sencillamente, a los déspotas ilustrados. La primera de ellas, por supuesto, era la creación de las leyes (Esto puede verse en los comentarios a los escritos relativos a Pedro el Grande, en AYER, p. 98).

El estilo de estos pasajes no es de una gran profundidad y filosóficamente podrían ser hasta débiles, sin embargo, están llenos de ironía y elocuencia.

Así, para eliminar el ejercicio de "democracia directa" preconizado, al parecer por Rousseau señala "Parece bien extraño que el autor del "Contrato Social" se atreva a decir que todo el pueblo inglés debería tomar sitio en el Parlamento, y que cesa de ser libre cuando su derecho consiste en hacerse representar él por diputados. ¿Querría que tres millones de ciuda-

danos vengan a dar su voz en Westminster? ¿Los paisanos de Suecia, comparecerían de otro modo que por diputados?” (VOLTAIRE, *Politique...*, p. 64. La traducción es nuestra).

Luego expresa ideas parecidas

“Nosotros tenemos el derecho, cuando somos convocados, de rechazar o aprobar los magistrados y las leyes que nos son propuestas; nosotros no tenemos el derecho de destituir a los oficiales del Estado “cuando nos place”; este derecho sería el código de la anarquía” (VOLTAIRE, *Politique...*, p. 66. La traducción es nuestra).

Cierto es que los gobiernos y los cargos superiores de los Estados son copados, generalmente por los “petits brouillons, les petits fripons, les petits intrigants” —de acuerdo al decir del propio Voltaire—, sin embargo, como dice más adelante, a pesar de este método,

“debemos convenir en que ninguna república moderna puede vanagloriarse de haber producido ministros tales como los Oxenstiern, los Sully, los Colbert y los grandes hombres que han sido elegidos por Isabel de Inglaterra” (VOLTAIRE, *Politique...*, p. 66, la traducción es nuestra).

El último fin de la sociedad, su control a través de leyes, justifica estas situaciones porque basta precisamente que el “livre sur le gouvernement..., etre écrit avec la dignité de la sagesse” (VOLTAIRE, *Politique...*, p. 66).

Por otra parte, igualmente Voltaire arremetería contra ciertos “lugares comunes” en torno al “estado de naturaleza”, en la *Philosophie de l'histoire* (1765), que pasaría a ser el capítulo introductorio del *Essai sur les moeurs*:

“Se ha escrito (se refiere a Rousseau) que éste (el estado de vida salvaje) es el verdadero estado del hombre, y que no hacemos más que degenerar miserablemente después de abandonarlo. Yo no creo que esta vida solitaria, atribuida a nuestros padres, sea la naturaleza humana” (VOLTAIRE, *Politique...* p. 74, la traducción es nuestra).

En efecto

“Nosotros somos, si no me engaño, el primer rango (si se me permite decirlo) de los animales que viven en tropa, como las abejas, las hormigas, los castores, los gansos, las gallinas, los carneros, etc. Si se encuentra una abeja errante, ¿Debe concluirse que está en es-

tado de pura naturaleza y que las que trabajan en sociedad en la colmena se degeneran?” (Ibídem, la traducción es nuestra).

Voltaire aprecia que, al contrario de los nómades, el hombre manifiesta un “instinto irresistible” a formar parte de entidades superiores a su pura individualidad y que tal instinto aparece inscrito en su personalidad: Tal como afirma él “unirse con una mujer; ver nacer un ser parecido a él” son demostraciones de la ley natural que trae como manifestaciones más destacables en lo que se refiere a nuestro tema, dos importantes sentimientos insustituibles para su vida en sociedad: la conmiseración y la justicia.

La concepción de Voltaire ni afirma tajantemente ni elimina del todo la idea contractualista clásica tomada de Hobbes, aunque es notorio el cambio desde una visión del hombre en un estado de guerra continuo, hacia un hombre que extrae ideas sumamente benéficas y constructivas desde este estado primitivo (TRINIDAD FERNANDEZ, p. 52). Lo que hace Voltaire es rechazar supuestos “salvajes” del estado de naturaleza, o más bien, “gregarios” y simplitas para concebir esta fase (Puede verse VOLTAIRE, *Dictionnaire...*, p. 51 y ss., art. Betes), y al mismo tiempo, inscribe en el hombre en sociedad ciertos rasgos indefectiblemente incluidos en la ley natural, con lo cual, es posible apuntar un paralelismo con la posición crítica de Norrie, cuando éste habla de ciertos elementos que traspasan o prescinden del umbral del pacto.

### 3.2. *El fin de la sociedad*

La consecuencia más importante de la teoría contractualista aplicada a la teoría de Derecho Penal, radica en la clasificación de los delitos. Sin lugar a dudas, Beccaría coloca en primer lugar en la escala de desórdenes a “aquellos que destruyen inmediatamente la sociedad” (p. 19) “o a quien la representa” (p. 23), a estos se los califica de delitos de “lesa majestad” (p. 23). Todo ello porque el daño infringido a la sociedad (p. 21), la seguridad y el buen orden de la sociedad (p. 29), la seguridad de la nación (p. 62), la seguridad pública interior (p. 68), la seguridad y la libertad (p. 82), el daño público (p. 86), son el parámetro de diferencia entre las infracciones (GLASER, p. 50; ANTON ONECA, p. 415-416).

Tan fuerte parece ser la relación daño social-gravedad del delito (y la defensa de la propiedad) que Beccaría llega a expresar cuando se refiere al suicidio que

“Cualquiera que se mata hace menos mal a la sociedad que aquel que para siempre se sale de sus confines, porque el primero deja toda su hacienda y el segundo se lleva consigo parte de sus haberes”. (p. 80).

Resulta interesante recordar que la importancia de la “supervivencia estatal” era una cuestión tan asumida en las naciones ilustradas que hasta los detractores de las teorías de Beccaría daban idénticos argumentos para atacarlas. En efecto, Muyart de Vuglans, uno de los adversarios más encarnizados de las ideas beccarianas, afirma que las bases sobre las cuales se sustentan las “leyes criminales” son “la seguridad del Estado y la tranquilidad pública” y que se ha hecho necesario “establecer penas que tendiesen a poner al criminal en estado de no dañar más a la sociedad” (ANTON ONECA, p. 416).

Asimismo, defiende la tortura (“question”) con alusiones que hoy en día encontrarían gran eco y que se basan en que “sin la question, millones de crímenes quedarían impunes” o “no hay duda de que la experiencia ha dejado en claro que se la puede usar con éxito en casos particulares” y siempre “con juiciosas precauciones” (Lettre concernant la réfutation de quelques principes hasardés dans le Traité des les peines, en GODECHOT, p. 74 y PETERS, p. 106. Cfr. TORIO).

De igual manera, resulta interesante remarcar un aspecto de la concepción de delito de Beccaría basado en elementos absolutamente objetivos. Este ha dicho que el “daño” es el elemento distintivo de la configuración del hecho punible, pero no ha hecho alusión a la importancia de los aspectos subjetivos.

Esto podría resultar un tanto contradictoria con el hecho de que precisamente la razón es “el crecimiento sobre el que se forma toda la fábrica del entendimiento humano” (p. 48 y AYER, p. 167) y que desde mucho antes del siglo XVIII se tenía conocimiento de los aspectos subjetivos del delito del dolus y del delito como actus voluntatis (SCHAFFSTEIN, p. 63, 111, 112, 113, 115; también TOMAS Y VALIENTE, p. 295 y ss.). Aún en los momentos en que se llegó a identificar la voluntas y la indirecta, como en el caso

de CARPZOVIO, o que la voluntad como “causa efficiens delicti” no se contemplase en las categorías modernas de dolo o culpa sino que se usase como un elemento de impunidad de menores, enfermos del espíritu u otros, nunca dejó de apreciarse para toda definición de los delitos el “animus delinquendi” (SCHAFFSTEIN, p. 113, 141 y 174).

Por ello que los comentarios que diferencian a Beccaría de su ilustre sucesor, LARDIZABAL, por la aplicación de los aspectos subjetivos deberían ser menos efectivos y de menos profundidad que la realidad (BALDO LAVILLA y SILVA SANCHEZ, p. 1617-1618. Cfr. ANTON ONECA II, p. 622 y ss.).

### 3.3. Principios de la Necesidad

Otra consecuencia de la importancia de la unión social como elemento central en la configuración de las categorías penales, está dado por el hecho de que

“Toda pena... que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica”. (p. 10).

Obviamente esta “necesidad” es la que “obligó a los hombres a ceder parte de su libertad... El agregado de todas estas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar” (p. 11) y “la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones” (p. 10).

No será la única mención que se hará de esta importante cuestión. En efecto, ya hemos puntualizado anteriormente que el concepto de “justicia” de Beccaría está basado en la “necesidad”: “el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de indisociabilidad” (p. 11).

De igual forma, todas las prevenciones acerca de la necesidad y alcance de las penas (p. 13, 30, 47, 48, 50, 54, 55, 63, 65, 68, 73), se fundan en la necesidad en torno a objetivos de supervivencia social preestablecidos. No extraña, entonces, la inclinación de Beccaría hacia la prevención general en tales precisiones.

No obstante lo indubitado de los términos empleados, recientemente el hecho de que la necesidad de conservación del vínculo social sea una explicación coherente del derecho castigar que posee el Estado ha sido rebatida incluso con argumentos salidos de la propia idea contractualista. Es así como NORRIE, por ejemplo, nos

expresa los rincones oscuros de la explicación: Si la "necesidad" es la explicación del castigo, entonces, tiene su origen lógico en el acto del control social, no antes.

Sin embargo, también es un lugar común de esta concepción que el soberano obtenga sus derechos de la reunión del pueblo que ha cedido parte de los suyos en beneficio de su seguridad en el estado social. ¿De dónde deriva, pues, el derecho que tiene el soberano a sancionar? Se producirá, tras esta interrogante, una confusión entre los que consideran que el derecho a castigar nace del pacto y quienes sostienen que tal derecho se proyecta a la comunidad desde el estado de naturaleza.

Si el pueblo ha fijado los derechos del soberano con el propósito primario de acarrear su propia seguridad y, principalmente, evitar la muerte ("a constant fear in the state of nature") el ejercicio del derecho a castigar no hace sino socavar ("undermine") el propósito señalado. El soberano cavaría su propia tumba en la ejecución de actos que están fuera de sus fines y objetivos al momento de ser establecido. Sin embargo, el mismo Hobbes señaló que

"El derecho, que tiene la comunidad (el soberano) para dar muerte a un hombre por crímenes... permanece ("remains") desde el primer estado de naturaleza, en el que todo hombre tiene que preservarse a sí mismo". (T. HOBBS, *Leviathan* (Ed. C. B. Macpherson, Harmondsworth, 1968. p. 354 en NORRIE, p. 17. la traducción es mía).

Para los partidarios de la "permanencia" del derecho a castigar, el nacimiento de éste a través del pacto, no podría superar problemas tan decisivos como el que un condenado haya podido autorizar su propia muerte en el acto de constitución, hecho absolutamente contradictorio con los propósitos de la unión (NORRIE, p. 18 y ss.).

Esta posible contradicción no es resuelta en Beccaria: Después de expresar que es el mantenimiento del pacto ("la necesidad de defender el depósito de salud pública..."), señala que es en el "corazón humano" donde "encontraremos los principios fundamentales del verdadero derecho que tiene el soberano para castigar los delitos" (p. 10).

De tal manera, y como el "corazón humano" es, a todas luces, precedente a la formación del pacto, no puede ser fundamento del mismo y no puede nacer de él. De la misma manera, si el derecho castigar tuviese su nacimiento en el pacto social, seguramente los hombres renunciarían a tantas libertades como fueran necesarias para asegurar el mantenimiento de la colectividad reunida.

El mismo Beccaria se encarga de desmentirlo cuando expresa que "ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su libertad propia con la mira del bien público: esta quimera no existe sino en las novelas" (p. 11). La "justicia", pues, o la necesidad de mantener la pureza del depósito de libertades es muy superior al pacto, donde los hombres entregan menos de lo que deberían proveer.

Sin perjuicio de ello, a través de este concepto de "necesariedad" en la actuación de los órganos políticos, podemos apreciar que, tras estas preocupaciones "particularizadas" en torno a los límites del derecho a castigar del Estado, se traslucen elementos sumamente valiosos en la concepción del papel del Estado moderno y que tendrían enorme importancia posteriormente. Así lo señala STEPHAN GLASER comentando las relaciones de Beccaria con la configuración del moderno concepto de "Estado de Derecho":

"Ciertamente es que para Beccaria el objetivo esencial de la política del Estado no consiste en el poder de éste, en su omnipotencia, sino en la utilidad común, en el interés general, en el bienestar de la sociedad". (GLASER, p. 50. La traducción es nuestra).

En Voltaire encontramos poderosos indicios de la "necesariedad" en la aplicación de la ley y de las penas derivadas de ellos. En el *Commentaire* ha señalado que una sanción "inhumana" que se infringe a la mujer que abandona a sus hijos a su suerte, al aprobar su condena a muerte, siempre lleva un componente "pernicioso" porque

"Arrebata a la sociedad a una ciudadana que debe dar súbditos al Estado en una provincia que se queja de la despoblación". (VOLT-AIRE, en *Politique...*, p. 163. La traducción es nuestra).

En el artículo "Lois Civiles et Ecclésiastiques" del *Diccionario Filosófico*, manifiesta "Que los suplicios de los criminales sean útiles. Un hombre ahorcado no hace bien a nadie, y un hombre condenado a obras públicas

sirve todavía a la patria y es una lección viviente". (VOLTAIRE, en *Dictionnaire...*, p. 290. La traducción es nuestra).

Similares expresiones se encuentran en "Le Prix de la justice et de l'humanité" en donde afirma que, a su juicio, no había más que un solo caso donde la tortura parecía necesaria. Este era el asesinato del Rey Enrique IV (ocurrido en 1610 a manos de un fanático apellidado Ravillac) precisamente porque "Este asesinato pierde a Francia, expone nuestras provincias, turba veinte años".

A la vez que ha sido cometido "contra Europa". (VOLTAIRE, *Le Prix...*, article 24, en *Politique...*, p. 169-170. La traducción es nuestra).

Más adelante a la vez se señala que la filosofía ilustrada tenía por objeto "Inspirar a los gobiernos de Europa los medios de cambiar a los malvados en servidores de la patria". (VOLTAIRE, *Le Prix...*, article 28, en *Politique...*, p. 172. La traducción es nuestra).

Digno es de destacar, en el orden establecido por la "utilidad" que ésta, a juicio de los autores analizados, debe empezar con anterioridad a la aplicación de las leyes persecutorias de los delitos: esta comienza en la fase educativa. De ahí que Beccaria dedique un capítulo entero (el XLV) (p. 103). En él señala que "el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación... guiar a la virtud por el camino fácil del sentimiento y en separar del mal por la infalible vía de la necesidad y del inconveniente en vez de hacerlo por la incierta vía del mando". (p. 103).

Voltaire se refiere a él cuando en "Le prix..." pregunta "¿No se ha persuadido que el amor al honor y la crianza en la honra son mejores moralistas que el verdugo?". (VOLTAIRE, "Le prix...", article 28, en *Politique...*, p. 173).

Al igual que lo que expresamos anteriormente, la "necesidad" preventivo-general no sería una originalidad "ilustrada". Así se demuestra con las palabras de Muyart de Vouglans, para quien la función de las penas y los suplicios también estaba en servir de ejemplo a sus conciudadanos (DERATHE, p. 84 y nota I y ANTON ONECA, p. 417). Incluso anteriormente existen poderosos indicios

de la prevención general en el tratamiento de la doctrina penal de los siglos XVI en adelante. Así ANDREAS TIRAQUELLUS fija el fin de la pena en la "correctio" y, a su lado, el efecto intimidador sobre la colectividad; PETRUS THEODORICUS también hace extensas indicaciones sobre el efecto preventivo-general de la pena y lo mismo puede encontrarse en COVARRUBIAS ("Igitur leges ita punientes homicidas nec iustae sunt nec Rec publicae conveniunt") (SCHAFFSTEIN, p. 54, 147 y 166).

Sin embargo, es posible encontrar en esta "necesidad" funciones ideológicas distintivas en las primeras etapas del capitalismo primitivo. En estos tiempos, tal como afirman ABERCROMBIE, HILL Y TURNER, "la utilidad individual reemplazó a la obligación como principio guía de la organización social... El gobierno sólo tenía derecho a infringir la libertad individual si con ello promovía la utilidad relativa, que era concebida como el interés general de acuerdo con el criterio de la utilidad social. La justificación era que maximizaba la utilidad de un mayor número de personas" (ABERCROMBIE, HILL Y TURNER, p. 111).

Tal como veremos más adelante, durante este siglo de las luces, las concepciones humanitarias irán acompañadas, como un alter ego, por la firme idea utilitaria y pragmática. Todo ello refleja que el pensamiento ilustrado gira en torno a dos parámetros en este punto: el rechazo a las fórmulas contrarias a la dignidad del ser humano (vale decir, la cara abstracta del problema) y los fundamentos del capitalismo primitivo, según el cual toda mano de obra es necesaria y el Derecho Penal no podía estar ajeno a ello (esto es, la cara pragmática) (TRINIDAD FERNANDEZ, p. 59-60). La proporción de las penas responde a ambas inclinaciones: la humanitaria y la pragmática o "geométrica" que proviene de la aplicación de las leyes naturales al juego social (Ibídem, TRINIDAD FERNANDEZ y NORRIE, p. 25 a 27).

Esta digresión, nueva en el análisis, nos lleva a consideraciones sobre las cuales estimamos oportuno entregar un esbozo, sin perjuicio de abordarla nuevamente en otros apartados. A nuestro juicio, sin perjuicio de los efectos que el liberalismo tuvo en la estructuración de las bases fundamentales del Derecho penal moderno, sin duda fundamentales, creemos necesario que éstos deben ser

analizados con una perspectiva histórico-ideológica, de la cual resultan como elementos residuales de un propósito distinto.

No debe olvidarse nunca que las bases del Derecho Penal, por muy incontrarrestables que se consideren y por muy legitimadas que se encuentren, responden a una concepción parcial y segregadora, como es el liberalismo, concepción que precisamente no enaltece la "dignidad" humana. Antes bien, el fundamento "productivo" del hombre en cuanto sustentador último de este modelo. (En este sentido, puede verse VACHET, especialmente el t. I y el análisis que hace C. B. MACPHERSON cuando estudia el igualitarismo de Locke en la "Teoría Política del Individualismo Posesivo", Libros de confrontación, 2, Ed. Fontanella, Barcelona, 1979, p. 167 y ss.).

#### 3.4. Separación de Poderes y Principio de Legalidad

Otro de los elementos necesarios para la constitución de un Estado capacitado para sancionar es la distribución de las funciones en el mismo, de manera tal que cada uno de los órganos del mismo reserve cometidos específicos que eviten la arbitrariedad y el abuso.

En el capítulo tercero Beccaría nos expresa que "El soberano que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros: pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social" (p. 13).

De la misma manera "Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales". (p. 13).

Herederos de esta separación de funciones, es que únicamente el legislador es capaz de establecer delitos y penas: Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esa autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida en el contrato social (p. 12).

Aun cuando, por las razones que formulamos en el apartado anterior, esta idea del principio de legalidad aparece contaminada ad initium porque supone el nacimiento del derecho a castigar del contrato. Así Beccaría lo reafirma al tratar tal principio como una consecuencia del principio de necesidad y de la idea contractualista (Cap. 3, p. 12).

DELITALA nos vuelve a señalar este vínculo cuando nos recuerda las razones por las cuales se radica en el legislador la facultad de determinar los delitos y las penas:

"La sola razón que justifica el establecer al poder legislativo como único detentador del poder normativo en materia penal reside en la representatividad de aquel poder, no sólo expresión de una estrecha oligarquía, sino del pueblo entero, que, a través de sus representantes, atiende a que el ejercicio del poder no devengue en arbitrario sino en su bien y su interés". (DELITALIA, p. 124. El destacado es nuestro, así como la traducción).

La reserva de ley para delitos y penas y el deseo de evitar los abusos e intromisiones de otro poder estatal (la judicatura) hace que sea recurrente en la obra:

—Ningún magistrado puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad (p. 12).

—Ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente (p. 12).

—Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores (p. 13).

—No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley (p. 14).

—Únicamente lo comprendido en los límites de la ley puede ser llamado delito o castigado como tal (p. 19).

—Cada ciudadano debe saber cuándo es reo y cuándo es inocente (p. 29).

—Donde las leyes son claras y precisas el oficio del juez no consiste más que en asegurar un hecho (p. 34).

—Las leyes son expresión de la voluntad pública (p. 67).

Antes de todo, debe señalarse que tampoco ésta es una creación original del Iluminismo, sino que ya había menciones en los siglos anteriores. TIRAQUELLUS menciona que el juez debe encontrarse sometido a la ley. Siguiendo a TOMAS DE AQUINO expresó que el malhechor recibe la pena que le está señalada por el derecho divino y humano. Si el juez atenúa o excluye arbitrariamente la pena legal o consuetudinaria, entonces se hace por ello



consciis criminis. De igual forma TIBERIUS DECIANUS señalaba entre las causas delicti a la ley, como causa formalis, la siguiente frase de Decianus es más que una prefiguración del Nullum crimen sino lege de FEUERBACH: "Nullum potest cognosci delictum, nisi praecedat lex, quae illud prohibeat et puniat". (SCHAFFSTEIN, p. 64 y 108).

En segundo lugar, el principio de legalidad ha sido formulado por Beccaría con dos objetivos: Uno indirecto, que es la formulación de las características y requisitos que deben cumplir las leyes que deben regir una sociedad política y otro, a través de ello, la superación de la arbitrariedad, especialmente del aparato judicial de la época.

Por una parte, en "De los delitos y las penas" podemos encontrar numerosas indicaciones acerca de las características que deben tener las leyes para constituirse en adecuadas formas de conducta social. Beccaría consagró el Capítulo V para especificar dos características de las buenas leyes: Estas deben ser claras, es decir, adecuadas para la comprensión de todos

"Si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidentemente la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y aún lo será mayor cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos" (p. 16) (el destacado es nuestro).

La segunda de ellas, la escrituración de la voluntad general en forma de leyes (y su conformación en códigos fijos —p. 15—), se halla formulada más adelante cuando expresa que "Sin leyes escritas no tomará jamás una sociedad forma fija de gobierno, en donde la fuerza sea un efecto de todo y no de las partes" (p. 17). (El destacado es nuestro).

La ley, además, debe ser imparcial, derivada de su carácter general y del principio de igualdad ante la ley, lo que no significa, sin embargo, una concesión al privilegio "Toda distinción sea en honores, sea en las riquezas, para que se tenga por legítima supone una anterior igualdad fundada sobre las leyes" (p. 50).

De igual manera, y por los mismos motivos, arremete contra el espíritu de familia como fundante de las leyes, ya que éste es un "espíritu de pormenor y limitado a los pequeños hechos", mientras que "el espíritu regulador de las repúblicas, dueño de los principios generales, ve los hechos y los distribuye en las clases principales e importantes al bien de la mayor parte" (p. 57).

Aunque

"A medida que los sentimientos de reunión se debilitan en la nación se refuerzan los sentimientos por los objetos que nos rodean" (p. 59).

En Voltaire también hay menciones (también sobre una base ya supuesta) acerca de la majestad de la ley en primer lugar, y acerca de la utilidad como norma rectora en la creación e interpretación de las leyes.

Al primero de los asuntos se refiere el artículo "Etats, gouvernements" (1757) en el cual concluye magistralmente cuando reproduce el diálogo entre un europeo, consejero de la colonia francesa en la India de Pondichéry y un brahmán "—'Pero una vez más, dijo el Europeo, ¿Qué Estado elegiría Ud.?' El brahmán respondió: 'Aquel donde no se obedece más que a la ley'—. 'Esta es una antigua respuesta', dijo el consejero—. 'No es menos mordaz —dijo el brahmán—. ¿Dónde está este país?' —dijo el consejero. El brahmán dijo: —'Hay que buscarlo'—" (VOLTAIRE, en *Politique...*, p. 58 y *Dictionnaire...*, p. 188. La traducción es nuestra).

Buen ejemplo del segundo son las palabras ubicadas en el *Commentaire*, al referirse a la pena de muerte en las cuales se dice "Hace tiempo agité esta cuestión delicada y funesta, si está permitido a los jueces penar a muerte cuando la ley no pronuncia expresamente el último suplicio. Esta dificultad fue solemnemente debatida ante el emperador Enrique VI. El juzga y decide que ningún juez puede tener ese derecho" (VOLTAIRE, en *Politique...*, p. 165. La traducción es nuestra).

En artículo "Lois Civiles et Ecclésiastiques" contiene una adecuada sentencia para finalizar el punto "Que toda la ley sea clara, uniforme y precisa: el intérprete casi siempre la corrompe" (VOLTAIRE, en *Dictionnaire...*, p. 290).

### 3.5. *Humanización del Derecho y de la aplicación de la ley penal en particular*

Este será la segunda consecuencia que extraeremos del principio de la necesidad y donde mayores ejemplos y situaciones podemos encontrar en ambos autores, debido, en gran medida a que, como ya hemos visto, en ambos no existe un propósito filosófico o meramente literario, sino que podemos englobarlos en la categoría de filósofos "militantes", y además, porque si había un aspecto del cual saltaba a la vista las transgresiones más flagrantes a las ideas ilustradas eran los procesos criminales.

Existía, en efecto, en la Europa Occidental, con honrosísimas excepciones, dictadas acaso por las influencias tardías de la escolástica (Es el caso de España, puede verse en CUELLO CALON, TORIO y TRINIDAD FERNANDEZ), un deplorable estado en la justicia criminal, principalmente en la ausencia de reglas ciertas y precisas que impidiesen la arbitrariedad (TOMAS Y VALIENTE señala las increíbles situaciones en que no se era ni culpable ni inocente, en p. 178); la existencia de métodos que transgredían nítidamente la dignidad humana (la tortura) y eran, a esas alturas, enteramente ineficaces y la existencia de figuras y procesos penales, en primer lugar farragosos y complejos (TRINIDAD FERNANDEZ, p. 55) y luego, fundados no en normas racionales sino en el fanatismo y la intolerancia. Dignos de mención como inspiradores de los escritos del momento (especialmente en el caso de Voltaire) son los casos de Jean Calas. M. de Sirven y del caballero de la Barre (suscintamente en AYER, p. 160 y ss.) que sirven de ingrato ejemplo para este último tipo.

Basándonos en GODECHOT, HELIE (citado por NUVOLONE), TOMAS Y VALIENTE y TRINIDAD FERNANDEZ, los principales elementos de justicia criminal existentes a la época y contra cual se dirigió la intelectualidad ilustrada eran los siguientes: —La existencia de prácticas inhumanas como sistema de prueba (HELIE. p. IX.; GODECHOT, p. 69; TOMAS Y VALIENTE, p. 173 y ss.; TRINIDAD FERNANDEZ, p. 57; PETERS, p. 99 y ss.).

—Un gran cúmulo de leyes diversos y en el más completo desorden lo que dificultaba la resolución de los casos (TRINIDAD FERNANDEZ, p. 55, HELIE, *Ibidem*).

—La existencia de un amplísimo margen para el arbitrio judicial: falta de independencia de los magistrados, orientación del proceso a la culpabilidad; indeterminación y crueldad en los castigos (TOMAS Y VALIENTE, resumen de p. 199; HELIE y GODECHOT).

Este era el estado de la cuestión práctica al momento de la aparición de la obra de Beccaría y de las intervenciones de Voltaire. Ahora bien, no es el objeto de esta investigación abordar los detalles de los procedimientos judiciales o de los principios que sustentaban la actuación de la administración de justicia (que pueden verse con profundidad en TOMAS Y VALIENTE y sobre el tema de la tortura en PETERS), a los cuales nos referiremos tangencialmente cuando abordemos el tema del arbitrio judicial. Nos servirán, sí, de base para las conclusiones finales.

Corresponde, pues, que hagamos un repaso a las menciones que los autores en estudio hacen acerca de estos tópicos. En ellos podemos observar que apuntan hacia dos objetivos: en primer lugar, dejan traslucir la influencia de las leyes "de la naturaleza" al estudio de los problemas políticos y sociales. Esto derivó a un humanismo aplicado a los cambios sociales, a recetas morales en el ámbito del Derecho Penal. La segunda cuestión, derivada de aquella, dice relación con la lucha contra la arbitrariedad, especialmente la judicial, que caracterizaría las disputas filosóficas de la Ilustración militante.

Con respecto al primer punto apreciamos en Beccaría que existe una influencia precisa de la moral en el Derecho, sin que ello se extienda a una intromisión o confusión de lo religioso en lo jurídico, que era propio de la escolástica medieval. En este sentido, puede apreciarse cómo ya en la "Advertencia al lector" nos prepara para evitar la confusión entre justicia divina y natural y la justicia humana: mientras las primeras "son por su esencia inmutables y constantes", la segunda "puede variar a proporción de que se haga necesaria o útil a la misma sociedad" (p. 4). Esto mismo puede advertirse cuando el autor rechaza como criterio de graduación de las penas la gravedad del pecado (p. 21-22) y cuando señala que

“los negocios del cielo se rigen con leyes bien diferentes de las que gobiernan los negocios humanos” (p. 46).

Posteriormente abogará decididamente por la influencia de la moral en la acción política y jurídica.

“La incertidumbre de estos límites (los legales) ha producido en las naciones una moral que contradice la legislación... Cualquiera que leyere con mirada filosófica los códigos de las naciones y sus anales, encontrará casi siempre cambiarse los nombres de vicio y virtud” (p. 19-20).

“Es pues, necesario que la infamia de la ley sea la misma que aquella que nace de las relaciones de las cosas, la misma que resulta de la moral universal” (p. 52-53).

GLASER nos señala que el primer y más importante elemento aportado por Beccaría en la construcción del moderno concepto de Estado de derecho es la introducción del “ethos”. “La legislación —escribe— no debe estar separada de la moral y no debe ponerse jamás en oposición con ella. Esta unión de la moral y de la ley positiva, unión que es necesaria y deseada, puede asegurar a los hombres el bienestar y a las naciones la paz. La ley política, luego, la ley penal, debe apoyarse en la ley moral”.

Esto llevará, aplicando estas premisas, a que no haya delitos si estos no ofenden a la vez a la ley natural y social y que la infracción a la ley natural sea una de las condiciones del delito. Al decir de GLASER, lo que lleva a reconocer en Beccaría un primer principio de subjetividad, de culpabilidad (que por cierto, y como ya hemos apreciado, no sería original en el pensamiento ilustrado) (GLASER, p. 44. La traducción es nuestra).

En el caso de Voltaire, es posible apreciar esta influencia tras la lectura de su *Commentaire*, en primer lugar, y de ciertos artículos incluidos en el *Diccionario filosófico*.

Cuando Voltaire se refiere a las características de una buena ley, siempre en su estilo, critica la condena de una muchacha que ha abandonado su hijo pequeño a su propia ventura, ocasionándole la muerte, cuando la ha provocado por razones morales y de honor, señalando que la ley que provoca la condena de la afectada en esa situación de hecho era “injusta, inhumana y pernicioso” y era precisamente “inhumano”

“en lo que hace al matar cruelmente a una infortunada, a quien no puede reprocharse que su debilidad y su apresuramiento han ocultado su desgracia” (VOLTAIRE, *Commentaire*, en *Politique...*, p. 164-165, la traducción es nuestra).

De igual manera nos da a conocer una serie de razones que habitan precisamente en el corazón humano, y que pueden provocar la “injusticia” de las leyes en general o la “injusticia” aplicada al caso particular. A nuestro juicio, en su esfuerzo inductivo iniciado en el análisis casuístico se interna decisivamente en terrenos de la falta de exigibilidad de otra conducta. Su análisis es desde la culpabilidad:

“El primer error de esta niña o debe ser guardado en el secreto de la familia o no merece la protección de las leyes, porque es al seductor al que corresponde reparar el mal que se ha hecho; porque la debilidad da derecho a la indulgencia; porque todo habla en favor de una niña a la que el embarazo oculto la coloca en peligro de muerte; a la que el embarazo conocido arruina su reputación y que la dificultad de cuidar a su hijo es ahora la mayor desgracia” (Ibíd., p. 165, la traducción es nuestra).

Igualmente, se refiere a estos puntos en dos artículos inscritos en el *Diccionario filosófico*. En el primero de ellos, indagando la naturaleza de lo “justo e injusto” señala

“¿Quién nos ha dado el sentimiento de lo justo e injusto? Dios, quien nos ha dado un cerebro y un corazón. Pero ¿cuándo vuestra razón puede aprender que hay vicio y hay virtud? Cuando aprende que dos y dos son cuatro” (VOLTAIRE; *Dictionnaire...*, p. 269, artículo “Juste (du) et de l’injuste”, publicado en 1765. La traducción es nuestra).

Y también

“Dios ha dado el conocimiento de lo justo e injusto desde los tiempos que preceden al cristianismo. Dios no cambia ni puede cambiar: en el fondo de nuestra alma, los principios de la razón y de la moral serán eternamente los mismos” (Ibíd., p. 270, la traducción es nuestra).

En el segundo de los artículos, al que ya nos hemos referido (Des Lois), se sumergen en los fundamentos de la ley y afirma:

“Pleno de todas estas reflexiones, me complazco en pensar que hay

una ley natural, independiente de todas las convenciones humanas: el fruto de mi trabajo debe ser mío; yo debo honrar a mi padre y a mi madre; no tengo ningún derecho sobre la vida de mi prójimo y mi prójimo no tiene ningún derecho sobre la mía, etc.” (VOLTAIRE, article “Des Lois”, en Dictionnaire..., p. 285. La traducción es nuestra).

Asimismo señala

“Me parece que la mayor parte de los hombres han recibido de la naturaleza bastante sentido común para hacer las leyes, pero todo el mundo no tiene bastante justicia para hacer buenas leyes” (Ibídem, p. 286).

La segunda de las preocupaciones, como se ha expresado, es la decidida crítica a las formas procesales por las cuales se ejecutan los mandatos legales, realizando el humanitarismo en contra de la indignidad (o la inutilidad).

La administración de justicia y su arbitrariedad serán los blancos preferidos. Glaser ha señalado que la crítica al juicio es, en el fondo, una crítica política y al poder. “Las circunstancias o las condiciones políticas dejan una impronta en el proceso penal, todas las transformaciones en la vida política, se reflejan en la organización y en las instituciones del proceso”. Es así como “allí donde el objetivo (del Estado) se identifica con el poder del Estado o su omnipotencia, el proceso penal, o más bien, el procedimiento penal, se construirá sobre los principios conformes a esta concepción. El individuo, no se presenta aquí más que como un objeto del proceso y tiene el deber de contribuir a lo que el Estado considera como la realización de la justicia penal (GLASER, p. 46. Lo mismo en TRINIDAD FERNANDEZ, p. 48).

En primer lugar, Beccaría apuntará hacia la arbitrariedad judicial y bajo su mirada caerán los elementos del proceso llevados en esos momentos en anómalas condiciones. Atacará la inexactitud en la aplicación de la ley y para solucionar este defecto introduciría la fórmula soligística en la sentencia que otorgaba seguridad a la vida comunitaria (p. 14). Asimismo rechazará la imparcialidad de los testigos (p. 31); la falta de publicidad de los procesos y de las pruebas (“Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito”); la existencia de acusaciones secretas, porque “¿quién puede defen-

derse de la calumnia cuando está armada del secreto, escudo el más fuerte de la tiranía” (p. 35 y 36); la falta de separación entre los patrimonios del príncipe y del Estado (p. 44); la concepción de la prisión preventiva como una condena anticipada y no como una mera medida de seguridad (“la cárcel es una simple custodia de un ciudadano hasta que sea declarado reo” p. 47); la facilidad para que los jueces puedan encarcelar a los simples ciudadanos (p. 70); el simplista examen de las pruebas (p. 75), etc. (NUVOLONE, p. 307 y ss.; GLASER, p. 47).

En segundo lugar se dirigirá contra ciertas formas procesales que afectaban poderosamente la dignidad de los delincuentes: Señalará que “es evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible” (p. 30); no debe aceptarse la tortura, por ser un instrumento ineficaz para la búsqueda de la verdad y deben eliminarse todas sus consecuencias procesales v. gr. la confesión arrancada por los tormentos (Cap. XVI, p. 37 y ss.); deben impedirse las violencias contra los reos ya que el hombre, en estas circunstancias, es concebido como una cosa más que como una persona (p. 49), en fin, suprimir la crueldad y las formas atroces con forma de juicio (p. 59, 60, 61).

En Voltaire es posible apreciar esta doble vertiente. En sus escritos hay llamados a la regularidad en diversos aspectos y elementos del proceso penal: En la crítica de la formalidad procesal, Voltaire plantea dudas acerca de los límites de la arbitrariedad en los términos de prueba y los límites probatorios: la condenación no debe nacer de elementos tan febles como un solo testimonio “Cuando un hombre es acusado de un delito no es absolutamente necesario que sea librado al verdugo sobre la más grande probabilidad... Puede que veinte personas contra él sean balanceadas por una sola en su favor” (VOLTAIRE; Essai sur les probabilités en fait de justice (1772), en DERATHE, p. 97).

También se dirige contra las deficiencias en los testimonios dados en juicio: Los testimonios provocados y no espontáneos; los obtenidos en secreto (récolement); los testimonios imparciales de aquellos a los cuales el juzgador puede hacer decir cualquier cosa; los testimonios que no son confrontados con el acusado, etc. (VOL-

TAIRE, *Le Prix...*, article 22; *Relation de la mort du chevalier de la Barre*; *Commentaire*, en DERATHE, p. 98-99).

Finalmente, sus preocupaciones se dirigieron a la situación de los acusados frente a los jueces. Se pronuncia respecto a las precarias posibilidades de defensa del acusado. Vale la pena reproducir aquí el clamor de Voltaire ante los casos en que los acusados no contaban con un letrado para su defensa, porque la ley se lo impedía

“Si se trata de un crimen, el acusado no puede tener un abogado, así, él toma el camino de la fuga: es todo lo que el verdugo le permite. ¡Cómo! ¡Vuestra ley permite que un concesionario, un banquero fraudulento pueda recurrir al ministerio de un abogado y muy frecuentemente priva a un hombre de honor de esta seguridad! ¿No es claro que esta ley es injusta?” (VOLTAIRE, *Commentaire*, XXII, en DERATHE, p. 100).

La segunda parte de la vertiente en Voltaire está dedicada al combate contra los tormentos aplicados por el aparato judicial como una forma de prueba: Por las mismas razones por las cuales los hombres quieren el bien y no el mal (“por una piedad que Dios ha puesto en sus corazones”) “se levantan contra las torturas”.

Sería excesivamente extenso que mencionáramos todas las referencias que Voltaire hace respecto de la tortura (VOLTAIRE; *Commentaire*, XII; *Le Prix de la justice et de la l'humanité*, article 24, 26 y article “Torture” de 1769, en *Dictionnaire...*, p. 408 a 410 y en *Politique...*, p. 166 a 172) sin perjuicio de lo cual, es menester que resaltemos un rasgo en ellas: El rechazo se origina en un atentado tanto a la humanidad reconocida en el delincuente como persona humana, descubrimiento del siglo de las luces, como de la inutilidad en que a esa altura habían caído los tormentos o semejantes como medios de prueba idóneos en la averiguación de las causas de los delitos.

Muchos afirman (como TRINIDAD FERNANDEZ, p. 58 y PETERS, p. 124) que la mera sensibilidad moralista no habría tenido éxito alguno sin que hubiesen operado contra la tortura otras situaciones de signos diversos: v. gr. políticas, como el nacimiento del Estado-Nación y la separación de poderes que limitó la omnipotencia judicial o económicas, porque el capitalismo primitivo exige

el mantenimiento de una poderosa fuerza de trabajo proletaria que sustentara la clase dirigente.

En este sentido, no parece justo ni intelectualmente correcto juzgar “moralmente” la actuación del Estado, penalmente hablando, o de sus agentes (magistrados, policías, etc.), con los ojos actuales, porque los alegatos de los autores que analizamos se fundan en criterios liberales (iluministas) distintos a ellos (ya que no existía el concepto de persona humana totalizador y omnicomprendivo que existe hoy en día) (¿Quién era el sujeto del Derecho Penal del siglo XVIII?) y que caminan de la mano con criterios utilitarios de la “dignidad humana” que, incluso, llegarían a repugnar hoy en día (casi los mismos términos en PETERS, p. 124 y ss.).

#### 4. Conclusiones

1. La búsqueda de la idea del derecho a castigar en el pensamiento iluminista se realiza en dos direcciones: hacia sus causas (la idea de contrato social) y hacia sus efectos (la reforma penal). Beccaria y Voltaire, dan por sobretendida la primera, porque su preocupación, como “filósofos militantes” es la segunda.

2. La idea de contrato social es marcadamente insuficiente para resolver todas las cuestiones de política criminal, respecto de la cual aporta criterios socializantes, v. gr. el principio de necesidad.

3. Los alegatos de los autores en las cuestiones secundarias (los efectos) se dirigen por dos vertientes: una vertiente humanista y dignidad humana y otra pragmática y utilitaria. La confrontación entre ambas originará las idas y venidas entre las diversas corrientes penales hasta nuestros días.

#### B I B L I O G R A F I A

ABERCROMBIE, Nicholas, HILL, Stephen y TURNER, Bryan S.; *La tesis de la ideología dominante*; siglo XXI de España editores (traducción de Andrea Morales), Primera Edición, 1987.

ANTON ONECA, José; *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, en *Revistas de Estudios Penitenciarios*, Año XX, número 166, Julio a Septiembre, Madrid, 1964.

ANTON ONECA, José; *El derecho penal de la Ilustración y Manuel de Lardizábal (Estudio preliminar de la reimpresión del Discurso sobre las penas)*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1967.

- AYER, A. J.; *Voltaire (traducción de Miguel Candel)*; Ed. Cítica; Grupo Editorial Grijalbo, Barcelona, 1988.
- BADINTER, Robert; *Beccaria, l'abolition de la peine de mort et de la revolution française*, en *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, número 2, Avril-Juil, Bruxelles, 1989.
- BALDO LAVILLA, Francisco y SILVA SANCHEZ, José María; *Introducción al pensamiento penal de la ilustración española. Ley penal y delito en Manuel de Lardizábal y Uribe*; en *Documentación Jurídica*, T. XV, Octubre-Diciembre, 1988.
- BECCARIA, Cesare; *De los delitos y las Penas*; Edición latinoamericana preparada por Nodier Agudelo Betancourt, Santa Fe de Bogotá, 1991.
- CATTANEO, Mario A.; *Beccaria e Robespierre. Contributo allo studio dell' Illuminismo giuridico*; en *Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria*, 4-6 Ottobre, 1964, en *Memorie dell' Accademia delle Scienze di Torino*, 1966.
- CUELLO CALON, Eugenio; *Contribución al estudio de la historia de la pena de muerte en España*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. X, F. 1, Enero-Abril, 1957.
- DELITALA, Giacomo; *Beccaria e il problema penale*, en *Atti...*
- DELMAS-MARTY, Mireille; *Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria*, en *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, núm. 2, A-J, 1989.
- DERATHE, Robert; *Le droit de punir chez Montesquieu, Beccaria y Voltaire*, en *Atti...*
- GLASER, Stephan; *Beccaria et le concept de l' Etat de Droit*, en *Atti...*
- GODECHOT, Jacques; *Beccaria et la France*, en *Atti...*
- NAVES, R.; *Voltaire*; Seme. Edition, Connaissance des Lettres, Hatier, Paris, 1966.
- NORRIE, Alan W.; *Law, Ideology and Punishment. Retrieval and Critique of the liberal idea of criminal justice*; Law and Philosophy Library, v. 12, Kluwer Academic Publishers, 1991.
- NUVOLONE, Pietro; *Processo e pena nell'opera di Cesare Beccaria*, en *Atti...*
- PETERS, Edward; *La tortura*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- RADZINOWICZ, Leon; *Cesare Beccaria and the English System of Criminal Justice: a reciprocal relationship*, en *Atti...*
- SAINZ CANTERO, José A.; *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1970, reimpresión, 1975.
- SCHAFFSTEIN, Federico; *La Ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*; traducción de José María Rodríguez Devesa, Colección Civitas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco; *El Derecho Penal de la monarquía absoluta (s. XVI, XVII y XVIII)*, Editorial Tecnos, Segunda Ed., 1992.
- TORIO, Angel; *Beccaria y la Inquisición española*; en ADPCP, Madrid, 1970.

- TRINIDAD FERNANDEZ, Pedro; *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia (s. XVIII, s. XX)*; Alianza Universidad, Madrid, 1991.
- VACHET, André; *La ideología liberal*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1972.
- VENTURI, Franco; *Beccaria e la sua fortuna*, en *Atti...*
- VOLTAIRE; *Dictionnaire Philosophique, édition de étienne*, Editions Garnier Freres, Paris, 1967.
- VOLTAIRE; *Politique de Voltaire; presentee par René Pomeau*, Collection U, Seconde Edition, Libraire Armand Colin, Paris, 1963.
- \* Advertencia: Las menciones sobre Beccaria se hacen sobre la base de la Edición Latinoamericana.