

## CÉSAR BECCARIA Y LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DE 1789

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Beccaria y la Revolución Francesa.* II. *Constitución: medio para liberar al hombre.* III. *La opresión penal.* IV. *Novedades y proyectos.* V. *Legalidad penal.* VI. *La igualdad.* VII. *Hacia el debido proceso.* VIII. *La pena en el sistema liberal.* IX. *Presunción de inocencia.* X. *Prisión preventiva.* XI. *Sobre la Bastilla.* XII. *Contra la tortura.* XIII. *Pena de muerte.* XIV. *Los efectos "educativos" de la pena.* XV. *¿Beccaria abolicionista?* XVI. *El verdugo y la guillotina.* XVII. *Autonomía y función del juzgador.*

### I. BECCARIA Y LA REVOLUCIÓN FRANCESA

No pasaron en balde dos siglos desde el inicio de la Revolución francesa. La ha celebrado el mundo, por su más íntimo y universal significado: la insurrección del hombre. Cada país —México entre ellos— la ha celebrado como suceso propio. En efecto, los hechos de 1789 ocurrieron para todos. No hay historia nacional, ni ley doméstica, en la que no está su huella. Fue uno de esos acontecimientos magnos —como cataclismos— que derriban para siempre y dejan el campo propicio para construcciones perennes. Definen intervalos de la vida. Establecen linderos, en forma que luego se diga válidamente, como en este caso: antes y después de la Revolución francesa.

En esos dos siglos se ha dicho todo sobre la Revolución y sus consecuencias. Ya no hay novedades; y si las hay, yo no sabría emprenderlas. Trabajamos, pues, en revisiones, reconsideraciones, nuevas lecturas. Pero esto no implica que se hayan 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.

Para este apunte elijo un mirador: la obra gigantesca de Beccaria, depositada en un libro pequeño: su breve tratado *De los delitos y de las penas*, que apareció en Liorna, de la Toscana, en 1764. La primera edición, cautelosa, no contuvo el nombre del autor. En las siguientes ya dice Beccaria —bajo su nombre— a los lectores y a quienes pudieran escucharlo:

Volveré a repetir que todo el que quisiese honrarme con sus observaciones críticas, no debe comenzar suponiendo en mí principios destructores de la virtud o de la religión, puesto que he demostrado que no son tales mis intenciones; y así, en vez de presentarme como incrédulo o sedicioso, lo que debe hacer es procurar señalarme como un lógico malo o un político imprevisor.<sup>1</sup>

En seguida pone con claridad: “he dado público testimonio de mi religiosidad y sumisión a mi soberano, de modo que sería superfluo responder a otros escritos semejantes”.<sup>2</sup>

Eso dice bastante acerca de la circunstancia en que aparece *De los delitos y de las penas*. Empero, ya se percibía un principio de liberación. Hacía su trabajo el pensamiento ilustrado.

Hay obras que han revolucionado el sistema penal. Sin embargo, sus autores no fueron penalistas, ni juristas siquiera. Pasa lo que en nuestra Constitución innovadora de 1917: la mayor novedad no provino de los hombres de leyes; fue sin ellos o a su pesar.

De aquéllo es ejemplo Beccaria. También lo es el filántropo John Howard, más o menos contemporáneo de Beccaria, que cumplió un doble trabajo notable: poner su vida, directamente, al servicio de la reforma penitenciaria, y dejar constancia de las cosas que repudiaba en dos libros trascendentes. Destaca *El estado de las prisiones en Inglaterra*, de 1770.

Cien años más tarde, es ejemplo de lo mismo el médico César Lombroso, autor de *El hombre delincuente estudiado en relación con la antropología, la medicina legal y la disciplina carcelaria*, de 1876.

El torrente de la dogmática penalista, antes y después de esas obras clave, difícilmente habrá hecho más que ellas por la inteligencia y el mejoramiento del sistema penal.

Desde el librito de Beccaria se puede mirar, construir, analizar, el conjunto de las leyes penales —en sus acepciones sustantiva, adjetiva y eje-

<sup>1</sup> *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. de Constancia Bernaldo de Quirós, Puebla, Cajica, 1957, p. 59. Todas las citas de Beccaria proceden de esta versión, con prólogo, epílogo y notas del traductor.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

cútiva— que produjo, las cumpliera o no, la Revolución francesa. Desde luego también se podría examinar, desde ese opúsculo, el régimen punitivo del presente. Pero esas labores exigirían trabajos de mayor amplitud y penetración. Aquí me limito a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, entraña de la Constitución francesa. A ella acudió, directa o indirectamente, la idea humanista de Beccaria. Se trata de meditar, una vez más, sobre Beccaria como animador del Constituyente del 89.

## II. CONSTITUCIÓN: MEDIO PARA LIBERAR AL HOMBRE

Las grandes revoluciones, si no son anarquismo, cifran su propuesta en una norma. La voz de la revolución será la suprema palabra de la ley. Desde ahí se alterará la realidad, hondamente. Esto equivale a decir: se intenta una Constitución. Menos bastaría para una revuelta, cuyas pretensiones documente alguna ley secundaria. Tal vez un bando sea suficiente. Pero una revolución exige una Constitución: asegurar el triunfo, que en el futuro germine.

Hay diversas respuestas para la pregunta fundamental de Lasalle: ¿qué es una Constitución?<sup>3</sup> Depende de la prominencia en que se eleve el espectador y de la vida que se viva. ¿Cómo se vive la idea de Constitución desde el sitio del hombre común, esa abrumadora mayoría en cuyo nombre y para cuyo beneficio se legisla? Recepción de las decisiones políticas fundamentales, sin duda. Pero hay otro pendiente: ver cómo se comporta el Estado flamante, ya organizado.

¿Qué cosa interesa antes, pues? Antes o en el centro de los círculos sucesivos que forman al cabo la Constitución. ¿Qué es lo que importa al hombre común? ¿Qué se halla en el motivo que impulsa a las muchedumbres para demandar y a las asambleas para expedir una Constitución? ¿Por qué se deposita en ella la esperanza, mucho antes de tomar las armas?

La Constitución es, dicho con llaneza, un medio para liberar al hombre. En el Estado de derecho, que con ella pone su cimiento, es aún más que eso: es *el* medio; el único, no uno entre tantos. Una gran proclamación de insurgencia. Un reflujó desde el poderío del Estado —el Soberano— hacia la supremacía, nuevamente, del ser humano —el Ciudadano—. Algo así como el reverso del pacto social. En el anverso, quienes

<sup>3</sup> Título de la obra de Fernando Lasalle, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1957.

se reunieron a la sombra del árbol imaginario, dispusieron, pactando, la entrega de potestades al Soberano. En el reverso —generalmente impuesto después, a golpes de revolución— los descendientes de aquellos congregados estipulan lo que tuvieron idea de retener. Dicen, para que conste, lo que el Estado no puede hacer nunca, bajo ningún concepto. Y entre lo que retienen los ciudadanos figura un derecho de frontera, a media vía —desde donde se le vea: el observatorio del tirano o el del libertador— entre el precepto y la violencia: el derecho natural de resistencia a la opresión.

Cuando no se libera al hombre y sólo se organiza al Estado, esa república no tiene Constitución. Si hay duda entre especialistas, bastará con preguntar al hombre común. Se le apremiará con la policía y se le mostrará la carta administrativa. Esto va más allá del artículo 16 de la Declaración de 1789, pero no más allá del espíritu flagrante de la propia Declaración, con la que Francia, en ejercicio de una elemental perspicacia popular, se estaba constituyendo.

Por eso los Estados Generales, vueltos Asamblea Nacional Activa, y ésta depositaria del Poder Constituyente, se apresuraron a expedir la Declaración. Lo demás sería lo demás. No se inventaban los derechos. Apenas se descubrían, quedaban en claro, porque estuvieron mucho tiempo oscurecidos. De eso se trataba en la alborada revolucionaria. Era la reclamación depositada en los *cahiers de doléances* que los diputados llevaron a los Estados Generales. Dijo bien Lafayette: “El mérito de una Declaración de Derechos consiste en la verdad y en la precisión. Ella debe decir lo que todo el mundo sabe, lo que todo el mundo siente”.<sup>4</sup> En fin, la Asamblea “reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo”, los derechos del hombre y el ciudadano.

### III. LA OPRESIÓN PENAL

Al entrar en movimiento, el Poder Constituyente revolucionario elige con naturalidad sus preferencias. Serán aquéllas que mejor combatan, como respuesta, las preferencias del régimen que se quiere sepultar. En este lugar figura, sin salvedades, el sistema penal, armadura del orden viejo —que concluye echando mano de las penas, antes de la rendición— y del orden nuevo —que se inicia echando mano de las penas, antes de la paz—. Es, por definición, la herramienta dilecta del pasado. En el

<sup>4</sup> Citado en Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, México, UNAM, 1956, p. 44.

porvenir será por definición —se dice—, instrumento del buen gobierno. Si se trata de instituir democracia en vez de tiranía, libertad en vez de dominación, se está convocando a la reforma penal. César Beccaria era el autor del plan de reforma.

Sin duda el mundo padeció opresión penal antes del siglo XVIII, que sería la frontera histórica. Nunca hubo certeza sobre el delito, equilibrio en el proceso y benevolencia en la pena, que son las grandes aportaciones del derecho penal clásico, el postrevolucionario. Pero acaso ese siglo exacerbó los rigores y la irracionalidad del sistema penal en una sociedad completamente dolida por el rigor y ávida de la razón. Así, el sistema penal entró en contraste con el pensamiento —que se abría paso, laborioso— y se agravó por la cólera y la desesperanza.

El hombre de leyes —el jurisconsulto criminalista— era la peor desgracia que pudiera abatirse sobre el justiciable. El derecho romano y el derecho canónico, las fuentes comunes, golpeaban en las manos de Demhouder, en Brujas; Julio Claro, en Milán; Próspero Farinaccio, en Roma; Benedicto Carpzovio, en Sajonia; Mateo, en Holanda; Mateo y Sanz, en España; Tomás Caravita y Nicolás Alfani, en Nápoles; y Rousseau de la Combe, Muyart de Vouglans y Jousse —maldicientes de Beccaria— en París.<sup>5</sup>

El hombre de religión, aliado natural del reo —hasta diría aliado sacramental, por el misterio del perdón—, cambió de sitio. Devino inquisidor. Bajo este título se constituyó en torturador y verdugo. Así se complicaron el brazo civil y el brazo religioso en un compromiso punitivo.

Quedaron como defensas, insuficientes: la caridad, aislada, y la razón, que fueron cabeza de playa del humanismo y de su oficio de socorro en la emergencia: el humanitarismo. Sobre ambas se alzarían el alegato y la reforma penales, en el colmo de la situación, al final del siglo XVIII.

En el prefacio de *De los delitos y de las penas*, Beccaria trazó el más elocuente panorama que se haya referido sobre el estado de las leyes y de la jurisprudencia en ese tiempo. El campo para la renovación, vulnerable y ruinoso. Una descripción tan intensa, como las palabras iniciales de su maestro, Juan Jacobo —Beccaria lo llama “un grande hombre que ilumina la humanidad que le persigue”—,<sup>6</sup> en el capítulo I de *El contrato social*. Ambos hablaron de lo mismo, en rigor.

<sup>5</sup> Cfr., Ortolan, José Luis, *Curso de legislación penal comparada*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, p. 133.

<sup>6</sup> *Tratado...*, op. cit., supra, nota 1, p. 184.

Dijo Rousseau: “El hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes encadenado”.<sup>7</sup> Beccaria estableció, acerca de ciertos eslabones de estas cadenas:

Algunos restos de la legislación de un antiguo pueblo conquistador, compilada por orden de un príncipe que reinaba hace doce siglos en Constantinopla, envueltos en el fárrago voluminoso de libros preparados por oscuros intérpretes sin carácter oficial, componen la tradición de opiniones que una gran parte de Europa honra todavía con el nombre de leyes; y es cosa tan funesta como general en nuestros días, que una opinión de Carpzovio, una antigua costumbre referida por Claro, un tormento ideado con iracunda complacencia por Farinaccio, sean las leyes a que con obediencia segura se sometan aquellos que deberían temblar al disponer de las vidas y haciendas de los hombres.<sup>8</sup>

¿Cuáles eran entonces los rasgos principales del sistema de los delitos y las penas? Ortolan resume: “El principio del Derecho criminal, común a toda Europa en el siglo XVIII, es la venganza pública. Venganza pública contra el culpable; terror con respecto a los demás ciudadanos”.<sup>9</sup> Ahora diríamos: retribución y ejemplo, absolutamente desmesurados.

La pérdida de la vida no es el mayor suplicio. Se agrava en la ejecución, por la pena exasperada. Y no basta con la muerte. La pena prosigue sobre el cadáver, mutilado, expuesto, suspendido. “Las horcas patibularias cargadas de esos horribles despojos —precisa Ortolan— son un signo de soberanía”.<sup>10</sup> Esta es la era de la pena ejecutada públicamente, como espectáculo, a tambor batiente. Luego llegaría otra época —observa Foucault—, de ejecución discretísima, silenciosa. La punición se repliega y calla. Así acontece en la prisión celular.<sup>11</sup> Pero falta mucho tiempo para que se pongan en boga los modelos de Auburn y Filadelfia.

Por lo pronto, en los tiempos de Beccaria, la pena tiene estos rasgos, a menudo inexorables: es irreparable, inmoral y degradante, infamatoria, desigual, trascendente y arbitraria. Además de torturar el cuerpo, pretende violentar la conciencia.<sup>12</sup> No se trata de calificativos con que el mismo Ortolan, entre otros profesores franceses, formule reproches al régimen penal. Se trata, llanamente, de sus características.

<sup>7</sup> *El contrato social o principios de derecho político*, México, Porrúa, 1969, p. 3.

<sup>8</sup> *Tratado...*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 55.

<sup>9</sup> *Curso de legislación penal comparada*, *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 133.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 135.

<sup>11</sup> *Cfr.*, *Vigilar y castigar*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo Veintiuno Editores, 1976, pp. 15 y ss.

<sup>12</sup> *Cfr.*, Ortolan, *op. cit.*, *supra*, nota 5, pp. 135-138.

Algunos gobernantes prestan oídos a la petición de reforma: era una solicitud de piedad, de misericordia, pues aún no se contaba con el apoyo de una declaración europea de los derechos del hombre. Se trataba, entonces de benevolentes concesiones, con un carácter universal —en principio, al menos— que no tuvieron las proclamaciones del derecho cartulario: ni la Carta Magna ni los fueros españoles.<sup>13</sup>

#### IV. NOVEDADES Y PROYECTOS

En la inauguración de las novedades hicieron su parte Federico de Prusia, Catalina II, de Rusia, José II, de Austria, y Leopoldo II —el que más— con su código criminal para la Toscana, del 30 de noviembre de 1786. Éste dijo y aceptó en un párrafo del preámbulo:

Con la mayor satisfacción de nuestro corazón paternal, hemos reconocido, al fin, que la moderación de las penas, junto con la más cuidada vigilancia para prevenir las acciones criminales, con el más breve despacho de las causas y la prontitud y seguridad del castigo de los verdaderos delincuentes, en vez de aumentar el número de los delitos, ha hecho disminuir considerablemente los más comunes, haciendo casi desaparecer los crímenes atroces, por cuya razón determinamos no demorar por más tiempo la reforma de la Legislación Penal.<sup>14</sup>

En consecuencia, Leopoldo suprimió el tormento, la confiscación, la pena de muerte, la infamia y la marca. Por el mismo camino iba marchando Luis XVI, quien en 1780 abolió el tormento preparatorio.

El 11 de julio de 1789 se inició la presentación de proyectos para la magna Declaración. Faltaban horas, casi, para que sucumbiera la Bastilla. Sólo dos proyectos carecieron de materia penal: los de Lafayette, de ese 11 de julio, y Crenière, del 1º de agosto. En cambio, la hubo en todos los restantes, hasta con abundancia: Sieyès, el 21 de julio; Mounier, el 25 de julio; Target, el mismo 27; De Servan, el 30 de julio; uno más del abate Sieyès, el 4 de agosto; Gouges Cartou, también del 4 de agosto; Sexta Comisión, con la misma fecha; Comité de los Cinco, leído por Mirabeau, el 17 de agosto; y Boislandry, el siguiente 21.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Cfr., nuestro estudio *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed. México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 30 y ss.

<sup>14</sup> Citado en Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Losada, 1964, t. I, p. 257.

<sup>15</sup> Cfr., Sánchez Viamonte, *op. cit.*, *supra*, nota 4, pp. 97 y ss.

Al cabo, la Declaración incluiría seis preceptos con interés directo para el sistema penal, aunque indirectamente muchos más lo tuvieran. De esos, tres se refieren estrictamente a la materia que en estas notas se comenta: los artículos 7, 8 y 9. Otros tres revisten un alcance más general, a saber: los artículos 5, 6 y 16. Todos fueron guiados por la más pura intención liberal: de libertad y de liberar.

## V. LEGALIDAD PENAL

El artículo 5º establece: “La ley no tiene el derecho de prohibir más acciones que las nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a hacer lo que ella no ordena”.<sup>16</sup>

Ahí están, rebosantes, el *ius libertatis*, la génesis del *nullum crimen sine lege* y una terminante limitación al poder de tipificar, de estatuir delitos, que se concede o reconoce al Estado. Este último encierra la *ratio* de la tipificación y reduce a lo indispensable, por ende, el ámbito de la conducta incriminada.

La doctrina que resuelve prohibir solamente las acciones nocivas a la sociedad —cuya identificación no puede sustraerse, empero, al Congreso— tiene el mismo sentido reductor, quintaesencial, del Decálogo, y avisa sobre una posible teoría del delito natural: los *delicta mala in se*. En esta prevención está operando el gran signo dominante del liberalismo, su virtud civil ejemplar: la tolerancia. Porque hay tolerancia, todo mundo puede hacer lo que no esté prohibido y omitir lo que no le venga impuesto. Porque la hay —y porque existe un contrato social, con anverso y reverso—, la autoridad formal sólo practicará lo que ordene la norma, es decir, su atribución. Porque hay tolerancia, en fin, no se incriminará como regla, sino por excepción.

Los órdenes primitivos y los tiránicos de cualquier época se comunican por un dato punitivo que los caracteriza: la incriminación oscura y profusa. No hay previa definición del hecho punible y prevalece un amplísimo control penal de la conducta, y de más todavía: la conciencia. Están atentos a cada incidente de la vida y a cada asomo del pensamiento; tanto, que para que asome lo fuerzan, y si no aparece lo presumen. Ensanchan su celo normativo —y de este modo represivo— hacia el comportamiento en pleno. A continuación profundizan: descienden de la

<sup>16</sup> La versión de los artículos de la Declaración que aquí se maneja es la que proporciona Sánchez Viamonte.

conducta al fuero interno, de la acción a la idea. No está autorizado el pensamiento libre. Cualquier hecho puede ser delictivo. En el proceso se verá si hubo tal hecho, y en la sentencia se dirá si es delito.

Beccaria reitera —otros lo enseñaron antes—: “Ningún hombre ha hecho el don gratuito de parte de su libertad en vista del bien público; esta quimera sólo existe en las novelas”. Es lo que va, añadamos, del egoísmo al altruismo, de la conducta regular al heroísmo. Acerca de cómo y para qué se formaron las leyes, ratifica que los hombres “debieron sacrificar una parte de su libertad para disfrutar del resto, seguros y tranquilos”. En suma, “el conjunto de estas mínimas porciones posibles (de libertad depositada en el soberano) forma el derecho de penar”.<sup>17</sup>

“Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, sin que esta autoridad pueda residir más que en el legislador, que es quien representa a la sociedad entera, unida por un contrato social”.<sup>18</sup> Aquí se ponen bajo la ley el delito y la pena. Será la conquista crucial del pensamiento clásico.

El artículo 5º estipula que la ley sólo prohibirá las acciones nocivas a la sociedad. Otra cosa, en consecuencia, violaría los derechos del hombre. Y Beccaria parece haber escrito las palabras que fueron trasladadas a la Declaración: “el daño a la sociedad es la verdadera medida de los delitos”.<sup>19</sup> Otro clásico, Bentham, señalaría que

Delito es todo lo que el legislador ha prohibido, sea por buenas, o sea por malas razones; pero si se trata de un examen de teoría para descubrir las mejores leyes posibles, según el principio de la utilidad, se llama delito todo acto que se cree debe prohibirse por razón de algún mal que produce o es propio a producir.<sup>20</sup>

Esto invita a buscar la fuente material del crimen, a indagar si hay conductas que en todo tiempo y lugar sean consideradas delictivas, y por qué razón, en contraste con otras acciones, que jamás debieran ser inculminadas o que sólo lo serán de manera contingente y circunstancial. El tema es la “historicidad” o “relatividad” del delito, y ya tiene que ver con la raíz de la ilicitud y con la objetividad y perennidad del valor moral. Un siglo más tarde, Garófalo hablará del delito natural: infracción de la piedad y la probidad, en la medida media en que cierto grupo social

<sup>17</sup> *Tratado...*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, pp. 64-66.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 66.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 135.

<sup>20</sup> *Tratados de legislación civil y penal*, trad. de Ramón Salas, Madrid, Editora Nacional, 1981, p. 225.

posee estos sentimientos altruistas fundamentales.<sup>21</sup> Así se ha trabajado de nuevo el concepto de acción nociva para la sociedad.

El tratado contiene párrafos estupendos sobre este punto:

Hay delitos que destruyen inmediatamente la sociedad o a quien la representa; otros ofenden la seguridad particular de un ciudadano, en su vida, sus bienes o su honor: y algunos otros son actos contrarios a lo que cada cual está obligado a hacer o a no hacer en vista del bien público. Cualquier acción que no esté comprendida dentro de estos límites, ni puede ser llamada delito ni castigada como tal, sino por aquellos que tengan interés en llamarla de tal modo.<sup>22</sup>

Invita a ver “con mirada filosófica” las leyes y la historia de las naciones, y a reparar, por ello, en la veleidad con que se aplican los títulos de vicio y virtud, buen ciudadano y reo. Éstos “cambian con las revoluciones de los siglos, no en razón de las mutaciones que acacen en las circunstancias de los países, y, por consiguiente, siempre conformes al interés común, sino en razón de las pasiones y de los errores que agitaron sucesivamente a los distintos legisladores”.<sup>23</sup>

Acerca de la excesiva incriminación, explica: “Prohibir una multitud de acciones indiferentes, no es prevenir los delitos que pueden nacer de aquéllas, sino crear otros delitos nuevos. . . ; ampliar la esfera de los delitos es hacer crecer la probabilidad de cometerlos”. ¿Cuál es la causa de estos excesos? Sentencia, con seguridad: “La mayor parte de las leyes sólo son privilegios, o sea tributos de todos a la comodidad de algunos.” En esta línea de pensamiento, Beccaria destaca una verdad que siempre soslaya el terrorismo penal: mejor prevenir que penar. “Tal es —indica— el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad o al mínimo de desgracia posible. . .”

## VI. LA IGUALDAD

El artículo 6º de la Declaración previene que la ley, expresión de la voluntad general, “debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue”.

<sup>21</sup> Cfr., *La criminología*, trad. de Pedro Borrajo, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1912, p. 9.

<sup>22</sup> *Tratado...*, op. cit., supra, nota 1, p. 138.

<sup>23</sup> *Idcm*, p. 139.

El tema de la igualdad cautivó muchos de los esfuerzos revolucionarios. Hasta se ha dicho que constituye, verdaderamente, el signo distintivo de esta Revolución, porque otras hubo antes en procuración de la libertad; ninguna, en cambio, en demanda de la igualdad. Aquí ocupa un lugar relevante la lucha contra el feudalismo, emprendida, en algunos órdenes, por el monarca, y seguida por la Revolución y el largo proceso que vendría. No sólo, por cierto, el que propone y propaga la igualdad formal, sino el que aspira a una nivelación más fina: en el cauce de la equidad, esto es, igualdad de oportunidades o trato desigual a los desiguales. ¡Esta es la grande y necesaria paradoja de la igualdad material! Sería trabajo para otros tiempos, los del siglo XX.

Sobre este punto vivió la Asamblea una de sus más memorables jornadas: la del 4 de agosto. En ella Beauharnais propuso la igualdad de las penas para todos los ciudadanos. Cottin exigió la extinción de las justicias señoriales. Otros, muchos más, abundaron en la misma dirección.<sup>24</sup>

Pudo haber en algunos auténtica generosidad, o mejor todavía: espíritu de justicia rigurosa. Sin embargo, en cada renunciante operaba el Gran Miedo que apareció, creciente, en las provincias francesas, debido a la violencia emprendida por los campesinos, y en la ciudad de París, a merced —*de facto*— de los *sans-culottes*.<sup>25</sup> Este fue el ingrediente popular que empujaba una revolución calificada, con excesiva frecuencia o sumariidad, como “burguesa”.

El 4 de agosto, la Asamblea proclamó que había caído el régimen feudal. No por completo:

Si bien los restos de la servidumbre, la *corvée* (trabajo impago en los caminos), el diezmo eclesiástico y las *banalités* quedaban abolidos lisa y llanamente, algunos de los privilegios y las obligaciones más onerosas —el *cens*, la renta compensatoria, el *champart* y los *lods et ventes* entre ellos—, a lo sumo podían ser redimidos —o esa fue la intención— mediante compensación pagada por los campesinos a sus terratenientes.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Cfr., Sánchez Viamonte, *op. cit.*, *supra*, nota 4, pp. 52-55.

<sup>25</sup> Cfr., Rudé, George, *La Revolución Francesa*, trad. de Aníbal Leal, Buenos Aires, Javier Vergara Editor, 1989, pp. 77 y ss.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 80.

Una fue, pues, la suerte de la “feudalidad contratante”, fruto de acuerdos “libres”, y otra el destino de la “feudalidad dominante”, impuesta por la fuerza.<sup>27</sup>

La igualdad acarreó, finalmente, la supresión de la nobleza hereditaria, en su doble concepción que comenta Esmein: depósito de privilegios y estado civil distinto, reconocido por la ley. Esa supresión consta en la ley del 19 de junio de 1790.<sup>28</sup>

La desigualdad regía, como antes mencioné, en el sistema general de las penas. No sólo que hubiese sanciones diferentes según la condición o categoría del infractor, sino además distintos medios para ejecutar una misma pena. La muerte era ejemplo sobrado: El axioma de Loysel dispuso: “En crimen que merezca la muerte, el villano será ahorcado y el noble decapitado”.<sup>29</sup>

A esto acude Beccaria, que inquiriere en el capítulo XXVII:

¿Cuáles serán las penas, por consiguiente, debidas a los delitos de los nobles, cuyos privilegios forman gran parte de las leyes de las naciones? [Se responde] asegurando que las penas deben ser las mismas para el primero y el último de los ciudadanos. Para que sea legítima —el tratadista hace aquí un camino hipotético: el trayecto del contrato de sociedad—, toda distinción en los honores o en las riquezas, supone una igualdad anterior fundada en las leyes que consideran a todos los súbditos como igualmente dependientes de ellas. Se debe suponer que los hombres —prosigue—, al renunciar a su natural despotismo, hayan dicho: El que sea más industrioso, tenga honores mayores y su fama resplandezca en sus sucesores; el que sea más feliz o más honrado, espere más aún, pero no tema menos que los otros hombres violar los pactos que le han alzado.<sup>30</sup>

## VII. HACIA EL DEBIDO PROCESO

El artículo 7º anuncia una serie de prevenciones procesales que se pudieran agrupar bajo el concepto de debido proceso. Falta, empero, la disposición mayor, la nuclear: derecho de audiencia y defensa; en otras palabras: derecho a justicia. El precepto dice:

<sup>27</sup> Cfr., Esmein, A., *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 a 1814. Révolution, Consulat & Empire*, París, Lib. de la Sté. du Recueil Sirey, 1911, pp. 66-67.

<sup>28</sup> Cfr., *idem*, pp. 183-184.

<sup>29</sup> Citado en Ortolan, *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 136.

<sup>30</sup> *Tratado...*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, pp. 142-143.

Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y según las formas que ella prescribe. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o apresado en virtud de la ley debe obedecer al instante. Se hace culpable si resiste.

La delación y la pesquisa eran práctica común. Los caminos se hallaron poblados de pesquisidores, y los tribunales se colmaron de delaciones. Todo conspiraba para la comunicación secreta del delito o del pecado. Ahí está, como muestra, esa boca de piedra abierta en el Palacio de los Dux de Venecia: aguarda la delación, que iniciará el procedimiento. Luego vendrán el tormento, la sala de juicio y el Puente de los Suspiros, tendido sobre el canal. Se dice que sólo un preso, Giacomo Casanova, escapó de la cárcel abrumadora a la que ese puente conduce.

César Beccaria había abordado estas violencias en *De los delitos y de las penas*. Impugnó las delaciones: “Esta costumbre hace a los hombres falsos y simuladores, porque cualquiera de ellos puede sospechar entre los demás un delator, es decir, un enemigo. . . ¿Quién será el que pueda defenderse de la calumnia armada con el más fuerte escudo de la tiranía, que es el secreto?”<sup>31</sup>

No pudo olvidar las detenciones caprichosas, plaga de Europa, que en Francia sustentaron las *lettres de cachet*, pase para la Bastilla. Todos los *cahiers* clamaban contra esas capturas, que en alguna forma constituyeron la marca más visibles del absolutismo penal. No fue Luis XVI, sin embargo, quien las produjo con mayor frecuencia. Bajo su gobierno sólo se expidieron catorce mil; en cambio, fueron ciento cincuenta mil durante el reinado de Luis XV.<sup>32</sup>

Beccaria sostuvo que un común error, contrario a la finalidad social,

es dejar que el magistrado ejecutor de las leyes sea dueño de aprisionar a un ciudadano, de quitar la libertad a un enemigo suyo por frívolos pretextos o de dejar impune a un amigo a despecho de los indicios más fuertes de culpabilidad. . . La ley, por consiguiente, indicará cuáles sean los indicios de un delito que merezcan la custodia del reo. . .<sup>33</sup>

<sup>31</sup> *Idem*, pp. 82-83.

<sup>32</sup> *Cfr.*, Rudé, *op. cit.*, *supra*, nota 25, p. 34.

<sup>33</sup> *Tratado. . .*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 74.

### VIII. LA PENA EN EL SISTEMA LIBERAL

El artículo 8º se halla en el centro del sistema penal liberal. Dispone: “La ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada”.

En torno a este eje del régimen penal naciente, igualmente gira, se construye, desarrolla, el breve tratado de Beccaria. Muchos de sus periodos descollantes concurren a esa teoría del delito y de la pena, que apeetece la perfección posible en ambos extremos de la gestión punitiva del Estado. Dicho en síntesis, provendría de la racionalidad y de la benevolencia.

También la síntesis de su manifiesto humanista queda en las magníficas palabras con que cierra el tratado, provee de sentido a la sanción y afianza el principio de *nulla poena sine lege*: “para que cualquier pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la menor de las penas posibles en las circunstancias dadas, proporcional a los delitos y dictada por las leyes”.<sup>34</sup>

Cada punto de la propuesta de Beccaria, como cada uno del artículo 8º en que afloró aquella solicitud tiene resonancias numerosas. El conjunto formaliza, para los tiempos venideros, la doctrina de la pena. Con escrúpulo, medida; sin complacencia ni desbordamiento. Se trata, ya, de una actitud diferente. Sería el principio del nuevo derecho y de la nueva experiencia penal.

Aquí rescataré sólo un dato, que asegura el contraste y el conflicto entre el derecho penal democrático —que es una manera de llamarle— y el autoritarismo punitivo. Un dato, en fin, de revolución genuina. Se quiere, como dice el tratadista, que la pena sea “necesaria” y “la menor de las. . . posibles en las circunstancias dadas”. Por su parte, la Declaración habla de penas “estricta y evidentemente necesarias”. Califica dos veces, pues, para alejar la duda.

En realidad, el filósofo liberal y el liberalismo penal no desean la pena. La admiten sólo de mala gana, tan concisa como se pueda, porque es inevitable —como el delito, cuyo mundo tampoco se expande en esa escuela— y porque no hay alternativa a la mano, ni moral ni práctica. Hoy decimos que la punición —y todo el aparato persecutorio, de coacción legitimada, del que aquélla es coronamiento— se reserva como último recurso del control social.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 185.

Es aquí, en este vértice al que llega el antiguo régimen y del que parte un orden diferente que tiene aplicación otra fórmula del mismo autor: “si hubiese una escala universal de las penas y de los delitos, tendríamos una probable y común medida de los grados de tiranía o de libertad, del fondo de humanidad o de maldad de las distintas naciones”.<sup>35</sup>

Esa elección de la pena necesaria, la menor de las posibles, se tramita en dos peldaños. Son momentos sucesivos de una sola intención sancionadora, de un solo proyecto de punición. La ley, primero, que es la fuente de la moderación; principia por ser justiciera. Más tarde la sentencia, que llega a tener otra misión: ser equitativa.

Así sucede en efecto. Históricamente, la revolución de la pena figura antes en la ley, que estaba sometiendo a la jurisdicción caprichosa. Después vendría el arbitrio del juzgador, construido sobre los restos del absolutismo judicial. Se ensayará una discreción de distinta calidad: para ajustar la sanción, para administrar equidad. Este momento, sin embargo, se localiza muchos años después de la Revolución francesa.

## IX. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El artículo 9º estipula: “Todo hombre se presume inocente hasta que ha sido declarado culpable, y si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”. Así, establece una controvertida presunción e insiste en la moderación del trato persecutorio. Esto, a propósito de las medidas con las que empieza el castigo, aunque las normas y la dogmática jurídica digan que esas medidas son cautela, no castigo. Sobre lo que es en realidad la prisión preventiva, no habría mejor analista que un prisionero.

Por lo menos en dos ocasiones Beccaria se pronuncia, con naturalidad, en favor de la presunción de inocencia. Lo hace al estudiar la prueba testimonial. “Es necesario —observa— que haya más de un testigo, porque mientras uno afirma y otro niega, nada hay de cierto y prevalece el derecho de que todos deben ser creídos inocentes”. Vuelve al asunto cuando combate el tormento: “si el delito es incierto, no se debe atormentar a un inocente, pues tal es, según las leyes, todo hombre a quien no se le ha probado delito alguno”.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> *Idem*, p. 135.

<sup>36</sup> *Idem*, pp. 80 y 88.

Dije que se trata de una controvertida presunción. No porque la política o la doctrina la impugnen, y mucho menos porque la desacredite la razón. No hay nada más razonable que esta presunción *juris tantum*, que se resuelve en la sentencia, único título que declara —como si fuese verdad— inocencia o culpabilidad. Quienes militan contra la presunción son la ley y la realidad.

No pretendo hacer en este sitio un estudio del derecho moderno, pero tampoco puedo evitar la pregunta: ¿cómo hablar de presunción de inocencia cuando el proceso se funda precisamente —es decir, comienza, no concluye— en una afirmación administrativa y jurisdiccional de signo contrario? Eso son la presunta responsabilidad, que indica la Constitución mexicana<sup>37</sup> o los indicios racionales de criminalidad, que puntualiza la legislación española de enjuiciamiento criminal.<sup>38</sup> ¿Y cómo se podría instituir el proceso penal sobre otra cosa que esos indicios, que sustentan una presunción —o una hipótesis, si se prefiere esta palabra— inversa a la de inocencia? Me temo que esto forma parte de la “lógica” del proceso penal, pletórico de irritantes aristas.

Aunque pensáramos que esas normas no dicen lo que dicen, o que lo dicen en forma cautelosa y preliminar —sin empeñar en nada, por lo pronto, la palabra de la ley—, quedaría pendiente la explicación sobre el tumulto de medidas privativas o restrictivas de bienes, entre ellos el precioso bien de la libertad, que se despliega sobre el “presuntamente inocente” desde que aparece indiciado.

## X. PRISIÓN PREVENTIVA

La segunda parte del artículo 9º alude, principalmente, a la prisión preventiva y a la tortura. Admite aquella —que era la forma de prisión más conocida y practicada— cuando habla de que “se juzgue indispensable arrestar” al sujeto. Impugna la tortura —que era la endemia procesal vigente, todavía, en la hora de Beccaria y de al Revolución— al prevenir contra rigores innecesarios para el solo fin del aseguramiento.

<sup>37</sup> Así, artículos 16, sobre orden de aprehensión, y 19, acerca de auto de formal prisión. Ambos hablan de “probable responsabilidad”. La legislación secundaria recoge el tema como probable o presunta responsabilidad, que constituye, inclusive, un elemento de fondo para el ejercicio de la acción penal.

<sup>38</sup> El artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone: “Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada. . .”

Beccaria emite un juicio veraz sobre la preventiva, que pide abreviar y aliviar. Veraz en cuanto al fondo, porque con realismo reconoce su carácter punitivo: con mayor razón debiera reducirse, aligerarse, por ello. En efecto, señala: “La prisión es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración de delito, a diferencia de cualquier otra”.<sup>39</sup> En diverso lugar manifiesta: “se arroja confundidos en la misma caverna a los acusados y a los convictos, porque la prisión más bien es un suplicio que la custodia del reo”.<sup>40</sup> No sería Beccaria, sino Howard, quien se exhibiera sobre la situación de las prisiones.

En el capítulo XII, con frase que puede abarcar la tortura y la preventiva, inquiera: “¿Cuál es, pues, el derecho, si no el de la fuerza, que concede a un juez la facultad de penar a un ciudadano mientras se duda si es verdaderamente reo o inocente?”<sup>41</sup> Por fin, en el capítulo XIX reitera su tesis sobre la cárcel preventiva y adelanta la solución de la paradoja: “siendo la privación de la libertad una pena, no puede preceder a la sentencia, sino cuando la necesidad lo pide”.<sup>42</sup>

Hay, como se mira, una suerte de estado de necesidad en que se hallan la sociedad o el Estado —o ambos—, y que por ese título aproximado legítima lo que es en sí mismo inadmisibles. Pero la prisión ha de contraerse a lo preciso. De lo contrario deviene exceso punible, como en el caso de quien va más allá de lo pertinente cuando obra, por necesidad, para salvar sus bienes. “La estrechez de la cárcel —concluye el tratadista— sólo puede ser la necesaria para impedir la fuga del delincuente o para que no oculte las pruebas de sus delitos”.<sup>43</sup>

Así justifica Beccaria la preventiva, que antes y después de él ha sido impugnada. Realmente no hay otros argumentos persuasivos, salvo los derivados del concepto de peligrosidad, que alarma a muchos, aunque más los alarmen —y eso a todos— los sujetos peligrosos. Por eso ahora las leyes evitan la expresión directa, que están pensando sus redactores y lectores, y optan por elusiones, eufemismos: las circunstancias del inculpa-do o las características del reo. Tras esta traducción inocua se está diciendo: peligrosidad, temibilidad.

<sup>39</sup> *Tratado...*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 74.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 75.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 88.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 123.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

## XI. SOBRE LA BASTILLA

En otra ocasión me he referido a cuatro momentos estelares de la Revolución francesa, todos —por lo pronto— en su primer año: 1789. En ellos aparecieron, con expresión directa o mediante símbolos —como advierten las profecías o narran las parábolas—, determinaciones políticas rotundas. En su oportunidad serían regladas. Así figura la toma de la Bastilla, el hecho emblemático del movimiento del 89, el anuncio de la ira. Parece concentrarse en ese suceso lo que más tarde quedaría expresado como un derecho natural: la resistencia a la opresión.<sup>44</sup> Los otros tres momentos estelares son la proclamación que hace el Tercer Estado, de ser Asamblea Nacional (17 de junio), con lo que se afirman la soberanía popular y la democracia; la abolición de los privilegios (4 de agosto), que es la aurora de la igualdad; y la Declaración de Derechos (26 de agosto), brevario de la libertad, estatuto del ser humano.<sup>45</sup>

Hablemos de esa prisión. Se aplicaba el nombre de Bastilla a una fortaleza erigida extramuros. Esa denominación se dio a la cárcel construida por Hugo Aubriot en 1369. Había ya dos torres, se alzaron otras dos y se unieron todas con una muralla. Adelante se ampliaría la construcción, que en 1789 contaba con ocho torres, fosos, puentes levadizos y numerosas fortificaciones. Cuatro torres veían hacia París, y las restantes hacia el arrabal de San Antonio. En la parte superior de la muralla custodiaba una nutrida fila de cañones.

El arquitecto Aubriot estuvo recluido en la Bastilla a partir del 1º de mayo de 1381, por causa de religión: “varias y diversas herejías”, según refiere Juvenal, arzobispo de Reims. Conoció directamente, pues, las capacidades de su obra: fue preso en su prisión, a diferencia del doctor Guillotin, quien, contra lo que se suele decir, no murió decapitado. Hubo en ese caso un anticipo de 14 de julio, afortunado para Aubriot: una rebelión popular lo liberó y puso en camino de Dijon, la ciudad donde nació. En ella moriría.

El 14 de julio se hallaban de servicio en la Bastilla, bajo el mando del marqués de Launey, ochenta y dos inválidos, reforzados por treinta y dos suizos y un oficial del regimiento de Salis-Samade. Disponían de dieciocho cañones, distribuidos en las torres y en el patio principal.

<sup>44</sup> Artículo 2º de la Declaración: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

<sup>45</sup> Cfr., García Ramírez, Sergio, “La Revolución Francesa”, *Los Universitarios*, México, tercera época, agosto, 1989, p. 4. Asimismo, “Peligra la supremacía del hombre”, *Excelsior*, México, 20 de julio de 1989.

Cuando el pueblo de París tomó la Bastilla, ésta sólo alojaba a ocho prisioneros en desastrosas condiciones. El primer liberado por los atacantes fue Tavernier, quien cuarenta años atrás había desagradado a la marquesa de Pompadour. En 1789, llevaba diez de haber perdido la razón. Luego aparecieron De Wythe, también alienado, y el conde de Solages. De aquél “no se pudo averiguar de qué familia era, ni la causa de su detención, ni la época a qué se remontaba; pero era ya viejo, y las personas de que hablaba en sus divagaciones, habían desaparecido hacía más de veinte años de la escena del mundo. . .” Solages fue recluido a solicitud de su padre, en 1782, por “disipación”. Este padre escrupuloso murió en 1787.

Otros presos eran Pajade, La Roche, La Caurège y Bechade. Eran cómplices de un tal Labarte, en la falsificación de letras de cambio. El autor fue liberado y los cómplices permanecieron cautivos. En dos años no habían rendido aún declaración.

El octavo prisionero era el conde de Lorges, que treinta y dos años antes desagradó, también, a la señora Pompadour. De Lorges hizo imprimir un folleto en el que relata su cautiverio y exalta al pueblo de Francia, que lo liberó: “Vos habéis quebrantado las cadenas del despotismo; sois libres, y jamás hubo pueblo más digno de serlo”.<sup>46</sup>

## XII. CONTRA LA TORTURA

Beccaria escribió alegatos insuperables contra la tortura y la pena de muerte. Su obra ya valdría sólo por éstos, si no contuviera, además, tantas otras proposiciones magistrales.

Son infinitas, sigilosas, las conexiones entre el sadismo y el sistema punitivo. Entre varios, hay dos motivos principales. Por una parte, el régimen penal es el sucedáneo, articulado y legítimo, de la venganza ilimitada. En tal sentido constituye una sublimación del impulso de autojusticia, que culminaría en linchamiento, modelo de incriminación, proceso y ejecución sumarisimos, *ope mores*, no *ope legis* (sin perder de vista, empero, que también es jurisdicente la costumbre). Por otra parte, ese régimen atrae psicópatas y alterados a todas las fatigas persecutorias, donde la selección de los hombres debiera producirse con el rigor más exigente. De esta combinación entre un extravío —el de la justicia— y un extraviado —el aplicador que lo sea— proviene la práctica del tormento.

<sup>46</sup> He tomado estos datos de *Las prisiones de Estado*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1855, t. I, pp. 2 y ss., 34 y 297 y ss.

Beccaria rechaza la tortura. Su negación es natural dentro de la línea política y moral —el ambiente punitivo, digámoslo así— que propone el tratadista. Ya ha dicho que las penas atroces son inútiles, adversas a la justicia y contrarias a la naturaleza del contrato social.

Enuncia y reprueba las mismas variedades de tortura, según su propósito, que hoy repudian —y no alcanzan a evitar, a sacar de cuajo— los convenios universal y americano. Las fechas de ambos, tan recientes, advierten sobre la vigencia del problema. No se estaría ocupando el derecho internacional de fantasmas desvanecidos. Sólo que entonces, en el tiempo de Beccaria y la Revolución, la tortura estaba patrocinada por las leyes, que la ordenaban, y cuidadosamente detallada por los jurisprudentes criminalistas. Hoy no es el caso.

Una crueldad —explica—, consagrada por el uso de la mayor parte de las naciones, es el tormento del reo mientras se instruye el proceso, bien para obligarle a confesar el delito, bien por causa de las contradicciones en que haya podido incurrir, o para descubrir los cómplices que pueda haber tenido, o por cierta metafísica e incomprensible purgación de infamia, o, finalmente, por otros delitos en que pudiera haber incurrido, aun cuando no se le acusara de ellos.<sup>47</sup>

### XIII. PENA DE MUERTE

César Bonnesana escribe en un siglo de pena capital, todavía. Existe en el nuestro, pero ahora vivimos, más bien, el siglo de la prisión. La muerte ha imperado entre las sanciones: no sólo por su naturaleza; además, por su frecuencia y por los medios cruentos de que se vale la ejecución. La guillotina, como luego veremos, ya incorpora cierta intención piadosa.

Ni Beccaria ni nadie lograrán detener, cancelar, la ira que circula por las venas de la Revolución. Se sabe o se intuye que contenerla sería el final del alzamiento, un ocaso completo. Por ello la muerte se despachará profusamente: en las calles, por mano de la muchedumbre; y en el cadalso, dispuesta por la justicia formal, prejuiciosa y demagógica. Nerviosa, inclusive, porque antes del juzgamiento ya se está redactando la condena y el acta de ejecución.

La víspera de una revolución no es el mejor momento para el abolicionismo. Éste llegará —si acude— después, mucho después. Se estuvo

<sup>47</sup> *Tratado...*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 88.

considerando en la Asamblea Nacional y en la Convención. Pero tembló el puso de los revolucionarios, que no creyeron gobernable a la nación sin pena capital. Subsistió, por lo tanto, en espera de que se diesen las condiciones para la abolición. Narra Esmein:

El 4 de brumario del año IV, el mismo día en que acordó que la Plaza de la Revolución ostentaría, en lo sucesivo, el nombre de Plaza de la Concordia, la Convención decretó: 'A partir del día de la publicación de la paz general, quedará abolida la pena de muerte en la República Francesa'. Pero esta disposición permaneció letra muerta; cuando se hizo la paz general, las ideas habían cambiado.<sup>48</sup>

No sorprende. Lo mismo ocurrió entre nosotros, en el Congreso Constituyente del 57: persistió la pena de muerte mientras se establecía el sistema penitenciario.<sup>49</sup>

Beccaria puso en este asunto todo su razonamiento, con entusiasmo. El capítulo XVI, *De la pena de muerte*, parece el corazón de la obra. Por su emplazamiento, por su extensión —es el mayor, seguido de cerca por el capítulo XII, *Del tormento*— y por la vehemencia con que expone, sella, cada argumento. Aquí está, pues, el gran proyecto del autor. Dice lo que en ningún otro punto: "si llego a demostrar que la muerte no es ni útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad".<sup>50</sup>

Beccaria emprende esa demostración, después de haber prevenido sobre la injusticia de la pena capital. Para esto —cuestión de previo pronunciamiento, asunto de ética y de política— se vale la hipótesis contractualista en que descansa su obra.

¿Cuál puede ser —pregunta— el derecho que se atribuyen los hombres de destruir a sus semejantes? ¿Quién podrá ser aquel que haya querido dejar a otros hombres el arbitrio de matar? ¿Cómo en el mínimo sacrificio de la libertad de cada cual puede estar incluido el del máximo entre todos los bienes, que es la vida? Y si así fuese ¿cómo puede concertarse tal principio con aquel otro que enseña que el hombre no es dueño de darse la muerte?

En consecuencia, reflexiona: "la pena de muerte no es un derecho... es una guerra de la nación con un ciudadano".<sup>51</sup>

<sup>48</sup> *Op. cit.*, supra, nota 27, p. 259.

<sup>49</sup> *Cfr.*, nuestro trabajo *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, 1967, pp. 45-49.

<sup>50</sup> *Tratado...*, *op. cit.*, supra, nota 1, p. 109.

<sup>51</sup> *Idem*, pp. 108-109.

Pero sabe que esta “causa de la humanidad” no se ganará fácilmente. “La palabra de un filósofo es demasiado débil contra el tumulto y los gritos de aquéllos a quienes sólo guían las costumbres. . .”.<sup>52</sup>

Habría que encontrar un buen sustituto de la pena capital. El tratadista, con los abolicionistas de su tiempo y del futuro, propone la prisión. Luego habría que buscar sustitutos de ésta. Más adelante —ya hoy— el trabajo se divide: entre la fundación de la prisión modificada y de las medidas en libertad, por una parte, y el restablecimiento o la práctica creciente de la pena capital, por la otra, como respuesta a una delincuencia imbatida.

#### XIV. LOS EFECTOS “EDUCATIVOS” DE LA PENA

No sobra recordar uno de los reproches que hace Beccaria a la pena capital, directamente contra un argumento favorito de sus partidarios: la ejemplaridad, esto es, la eficacia disuasiva o intimidante, la prevención general. La muerte “educaría” a la población, si se vale decirlo así, para no delinquir. Sobre este asunto manifiesta, primero, que cuando la pena de muerte se aplica con frecuencia, los espectadores acaban por observarla indiferentes y por olvidarla pronto; y segundo, que “no es útil por el ejemplo de atrocidad que da a los hombres”.<sup>53</sup>

Sobre esta segunda consideración se explaya: “Me parece absurdo que las leyes, que son expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, cometan ellas mismas también uno, ordenando un homicidio público para alejar a los ciudadanos del asesinato”.<sup>54</sup>

No pasaría mucho tiempo sin que explotaran los supuestos efectos pedagógicos de las penas, y sin que se viese adonde lleva el ejemplo de atrocidad que Beccaria imputaba a la pena de muerte. El 14 de julio, tras la toma de la prisión de Estado, el gobernador de la fortaleza, De Lannay, fue masacrado por aquellos a quienes luego Francia celebraría, con toda ceremonia, como los “vencedores de la Bastilla”. La muchedumbre paseó su cabeza en la punta de una pica. Fue, quizás, el primer ajusticiamiento que consumó la Revolución —no sus órganos de gobierno, incapaces de contenerla—; apenas un caso, entre muchos, ese mismo día; y apenas el principio.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 118.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 115.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

Hubo intérpretes lúcidos de este viraje de la historia, comienzo del tiempo nuevo. No Luis XVI, fatigado por una jornada de cacería, que estaba diciendo o preguntando, todavía, si se trataba de un motín. Sí, en cambio, el duque de Liancourt, cuando responde: “No sire, es una revolución”.<sup>55</sup> Quizás el duque ya estaba mirando, mejor que a Luis XVI, a Luis Capeto, y anticipando su cadalso y el de la nobleza. Así se debió y pudo entender la frase sentenciosa: “Es una revolución”.

Entonces se alzaron —y no cesarían— las reconvenções del otro lado del Canal, donde ya se tenía, sin embargo, experiencia y destreza en decapitaciones. Mister Burke clamó contra los atropellos. Replicó Thomas Paine, como si tomara el hilo que desanudó Beccaria. Evoca los hechos del 14 de julio y examina “cómo llegaron los hombres a imaginar tales castigos”.

Es perspicaz la respuesta de Paine, para la que basta, como en el folleto y el seudónimo de su autor, el *sentido común*.<sup>56</sup> Quienes aplicaron tales castigos.

Los aprendieron de los gobiernos bajo los cuales habían vivido, y recordaron así los suplicios que estaban acostumbrados a presenciar. Las cabezas clavadas en estacas, que permanecieron durante años sobre el estrado del Temple, no diferían en absoluto, en cuanto al horror del cuadro, de aquellas otras cabezas que fueron paseadas en París; y, sin embargo, aquello fue el gobierno inglés el que lo hizo. Tal vez se diga que no significa nada para un hombre lo que se le haga después de muerto. Pero significa mucho para los vivos; tortura sus sentimientos y abruma su corazón; y, en todo caso, los instruye sobre cómo castigar cuando el poder caiga en sus manos.<sup>57</sup>

## XV. ¿BECCARIA ABOLICIONISTA?

A pesar de cuanto antecede, se ha dicho que Beccaria no fue un completo abolicionista de la pena de muerte. Constanancio Bernaldo de Quirós prefiere llamarle “minimalista”, esto es, “que la deja reducida al *mínimum*”.

<sup>55</sup> Cfr., Sánchez Viamonte, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 48.

<sup>56</sup> *Common sense*, nombre de un folleto de Thomas Paine, publicado en 1776, que tuvo gran difusión. Defendió la independencia norteamericana e hizo un examen crítico del gobierno inglés.

<sup>57</sup> *Los derechos del hombre*, 3a. ed., trad. de J. A. Fontanilla, Buenos Aires, Aguilar, 1962, p. 68.

posible en un determinado sistema de legislación”.<sup>58</sup> Bajo este giro, “minimalista” sería también la Constitución mexicana según el texto de su artículo 22: en efecto, la prohíbe en el supuesto de los delitos políticos y la reduce en el de los ordinarios.

No me parece persuasiva la afirmación de don Constancio, que comparte Ruiz Funes,<sup>59</sup> entre otros autores. Efectivamente, el orden de las expresiones de Beccaria, en este punto, es el siguiente. En primer término, indica que la pena de muerte resulta de “una guerra de la nación con un ciudadano, en que se juzga necesario o útil la destrucción de éste”.

En segundo lugar anuncia, de inmediato, su propósito de “demostrar que la muerte no es ni útil ni necesaria”.

A continuación señala: “La muerte de un ciudadano sólo puede considerarse necesaria por dos motivos”, que son: cuando el reo, “aun estando privado de libertad, tenga todavía tantas relaciones y tal fuerza que su muerte interese a la seguridad de la nación; es decir, cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida”; y “cuando la muerte del mismo sea el verdadero y único freno para impedir a los demás ciudadanos que cometan delitos”. Termina diciendo, en forma muy ilustrativa: “Este es el segundo motivo que puede hacer creer justa y necesaria la pena de muerte”. Vale observar la reticencia, en la que se mira transparente el criterio del autor: motivo que *puede hacer creer*, dice.

Sin solución de continuidad, el tratadista pasa a declarar que existe una “experiencia de todos los siglos durante los cuales el último suplicio nunca disuadió a ciertos hombres de ofender la sociedad”.<sup>60</sup> Luego viene la porción mayor del capítulo, en el que se busca demostrar, justamente, que nunca es necesaria la pena capital, cuya intención intimidatoria se sirve mejor con el prolongado cautiverio.

Como sea, Luis XVI se hallaba en el primero de esos dos casos en que es o parece ser necesaria la pena capital. Por ende, la condena al cadalso puede haberse apoyado nada menos que en un fragmento de la obra de Beccaria, como en ella se podría también sustentar, por motivos iguales o semejantes, la condena de Maximiliano de Habsburgo, que dijo ser emperador de México. Como indiqué, mi interpretación de las palabras de Beccaria, en este asunto, es otra.

<sup>58</sup> Cfr., “César Beccaria y su libro”, prólogo a *Tratado...*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 41.

<sup>59</sup> Cfr., *Evolución del delito político*, México, Editorial Hermes, s. f., pp. 130-131.

<sup>60</sup> *Tratado...*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, pp. 109-110.

## XVI. EL VERDUGO Y LA GUILLOTINA

Antes hablamos de la prisión. Ahora, del verdugo. Si hoy tiene importancia el carcelero, entonces la tuvo el verdugo, administrador de una contundente herramienta revolucionaria: la guillotina. Claro está que la elevación del verdugo en la escena penal no ocurre en esos años. Llevaba milenios, tantos como la hazaña que el poder le encomendaba: suprimir al enemigo de Dios, del soberano.

Hay familias de artistas, artesanos, médicos, abogados. Se heredan la aptitud, la disposición, o se aprende e imita el oficio. Por cualquiera de esos motivos se formaron también, en buena parte de Francia, las familias de verdugos. De hecho, no porque alguna norma lo mandara, el quehacer pasó de generación a generación.

Hacia 1789 había ciento sesenta verdugos en Francia, en números redondos. La mayoría, designados por el rey; algunos, por los señores territoriales o por las municipalidades. Bajo el nuevo régimen serían tan eficientes como lo fueron en el *ancien régime*. Una profesión es una profesión.

Eran familia de verdugos, decapitadores, los Demorets, los Ferey, los Gouenne y, desde luego, los Sanson. Éstos, en París, Tours y Reims. No todos los ejecutores eran profesionales, sin embargo. A la hora de las ejecuciones revolucionarias, algo ayudaron los espontáneos, los “amateurs”, ideados por el convencionista Lequinio. Trabajaban por el gusto de hacerlo, por simple y suficiente patriotismo. “Hemos dado el nombre de ‘vengador del pueblo’ —escribió Lequinio— al patriota que generosamente se ha hecho cargo de la ejecución de las sentencias del tribunal revolucionario...”

El 3 de mayo de 1791, la Asamblea dispuso que la pena de muerte se ejecutara por decapitación del condenado. Sólo después apareció la guillotina. En tal virtud, las penas se siguieron ejecutando con el medio tradicional: el hacha o la espada.

El doctor Guillotin, a quien se describe como “moderado, filántropo y hombre honorable”, propuso a la Asamblea el 10 de octubre y el 19 de diciembre de 1789, algunos proyectos bienhechores: que se suprimiera la nota de infamia sobre los familiares del condenado, que se aboliese la confiscación de bienes, que se aplicaran las mismas penas a todos los culpables, sin distinción de rango, y que la pena de muerte se cumpliera por decapitación. Como se ve, Guillotin también tenía un programa de reforma penal.

En consulta con un experto, Charles-Henri Sanson —que sería el ejecutor de Luis XVI y de María Antonieta— el doctor Guillotin diseñó el aparato mortífero, que construyó el carpintero alemán Schmidt. Se trataba de consumir la ejecución de un solo golpe certero, ahorrando sufrimientos al ejecutado. Para el caso fue decisivo el parecer del doctor Louis, secretario perpetuo de la Academia de Cirugía. En su famoso dictamen del 7 de marzo de 1792, se refirió a desastrosos precedentes con el uso del sable, que a veces debió caer varias veces sobre el reo hasta lograr, con muchos apuros, la separación de la cabeza.

Por la intervención que tuvo Louis en los estudios de la máquina decapitadora, se conoció a ésta, al principio, con el nombre de *louisette*. Al cabo prevaleció la paternidad del doctor Guillotin, y con ella la denominación de guillotina.<sup>61</sup>

“La Revolución francesa —dice Hans von Hentig—, tornó a la guillotina para nivelar la diferencia clasista de las penas, la horca proletaria y la aristocrática espada, y para efectuar sin esfuerzo ejecuciones en masa. Era la revolución industrial en el ámbito de las penas de muerte”.<sup>62</sup>

## XVII. AUTONOMÍA Y FUNCIÓN DEL JUZGADOR

Entre los artículos de la Declaración que resultan más interesantes para el sistema penal, el que aparece al final, por su orden numérico, es el 16: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución.”

Beccaria no aborda directamente el tema de la separación de poderes. La implica o la presume cuando estudia las consecuencias del derecho de penar. En efecto, la real o supuesta transgresión de la ley —que es una violación del contrato social— pone frente a frente al soberano, que afirma la violación perpetrada, y al acusado, que la niega. “De modo que es necesario —indica el tratadista— que haya un tercero que juzgue de la verdad del hecho. Aquí tenemos la necesidad de un magistrado cuyas sentencias sean inapelables. . .”.<sup>63</sup> De esto se desprende la autonomía de la judicatura: órgano tercero entre los contendientes; y órgano

<sup>61</sup> La información precedente fue tomada de Lenotre, G., *La guillotine et les exécuteurs des arrêts criminels pendant la Révolution*, 25eme éd., Paris, Perrin et Cie., Libraires-Editeurs, 1927, pp. 8-9, 62-67 y 215 y ss.

<sup>62</sup> *La pena*, trad. de José María Rodríguez Devesa, Madrid, Espasa-Calpe, 1967, vol. I, p. 196.

<sup>63</sup> *Tratado. . .*, op. cit., supra, nota 1, p. 67.

supremo, a su vez, en el desempeño de su función, pues dice la última palabra; las sentencias son inapelables.

En el pensamiento de Beccaria —como en el de cuantos se alzaron contra la justicia arbitraria y extremaron la separación de poderes—, el juez viene a ser sólo una boca que pronuncia las palabras de la ley. No —nunca— una instancia de regulación, un creador de normas. Su función es lógica, no voluntariosa: la voluntad está en la ley, la lógica en la sentencia. El efecto final de este concepto —jurídicamente imposible— fue negar a los jueces del orden criminal la autoridad de interpretar las leyes penales, “por la misma razón —postula Beccaria— de que no son legisladores”.<sup>64</sup>

Se plantea entonces la figura del silogismo, para que sólo a ella se atenga el juzgador, cuyo antiguo poderío se frena y disciplina. “El juez debe hacer en todo delito un silogismo perfecto: la mayor de este silogismo debe ser la ley general; la menor, será la acción conforme o no a la ley; y finalmente, la consecuencia tendrá que ser la libertad o la pena”.<sup>65</sup> Ni un paso más allá irá el *jus dicere*.

Bajo este género de ideas se entenderá la persistencia de la dosimetría penal sustantiva, con sus catálogos de atenuantes y agravantes, medidas y pesadas. Por la misma razón se confinará el juez como árbitro en alguna expresión del sistema acusatorio a ultranza —que reprueba la oficiosidad y no acaba de avenirse con la verdad material—. Igualmente, se tasará con cuidado el valor de la prueba, sometida a la aritmética más bien que a la razón.

En aquellos principios se deposita la seguridad jurídica; en otros términos, el valladar para el despotismo. De ahí que se insista, contra lo que luego se diría y hoy repetimos: “No hay nada más peligroso que el axioma común de que precisa consultar el espíritu de la ley. Éste es al modo de dique roto por el torrente de las opiniones. . .”.<sup>66</sup>

Mirar entre líneas, viajar al alma de la norma, ponerla al día con esforzadas interpretaciones, entraña un grave peligro. Queda el orden jurídico al garete. Se abre la puerta al absolutismo, que rápidamente se instala. Se devuelve el derecho al recinto de los iniciados, puesto que la letra no basta y sólo por casualidad dirá lo mismo cada vez que se consulta.

“El desorden que nazca de la observancia rigurosa de la letra de una ley penal, no debe compararse con los desórdenes que nazcan de su in-

<sup>64</sup> *Idem*, p. 68.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 69.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

terpretación”, anuncia Beccaria.<sup>67</sup> Y esta prevención enlaza con el axioma *nullum crimen nulla poena*. Y también se comunica con los temores naturales de cualquier justiciable cuando sabe que su caso será resuelto mediante consulta que se haga sobre lo que dice el espíritu de un artículo, porque el artículo mismo ni dice nada.

La justicia revolucionaria, arrebatada y espectacular, no es consecuente —ni podría serlo— con el sereno pensamiento de Beccaria. Se hizo justicia, pero también —y acaso más— demagogia. No es posible que una revolución violenta se desahogue en los estrados de los tribunales. Entre el sistema que se derrumba y el que luego se fincará, hay un espacio en que sólo demina la fuerza. Todo lo demás se subordina. Beccaria quería, en cambio, como lo propone cuando habla de las formalidades y ceremonias en la administración de justicia, dar “idea al pueblo de lo que es un juicio no tumultuoso ni interesado, sino estable y regular”.<sup>68</sup>

Es evidente que los juzgadores revolucionarios carecían de esa independencia de ánimo que se requiere para resolver jurídicamente, independencia tanto o más importante que la autonomía frente a otros poderes, como ha recordado Calamandrei.<sup>69</sup> Eran medio para el desempeño de la historia, no para el buen despacho de un juicio penal. Tan mediatizados, en realidad, como los juzgadores que estaban relevando, *strumentum regni*.

Para Beccaria, como para todos o casi todos los hombres avanzados de su tiempo, era deseable la justicia por los pares: el jurado. Piensa en la Carta Magna, sin duda, y se decide:

Es una ley utilísima aquélla según la cual todo hombre debe ser juzgado por sus iguales, porque cuando se trata de la libertad y fortuna de un ciudadano, deben callar todos los sentimientos que inspira la desigualdad, dado que en el juicio no deben obrar ni la superioridad con que el hombre afortunado mira al infeliz ni el desdén con que el inferior mira al superior.<sup>70</sup>

No era el momento de examinar las ventajas y desventajas del jurado a la luz de la técnica jurisdiccional. Lo único cierto era que el juez letrado se había constituido en adversario de la libertad: agente de represión, y no más. En contraste, el jurado, aclimatado en Inglaterra —hacia

<sup>67</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 80.

<sup>69</sup> *Cfr.*, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, EJEA, 1960, pp. 89-91.

<sup>70</sup> *Tratado...*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 78.

donde se dirigieron los ojos de los nuevos criminalistas liberales—, pareció garantía de juicio justo, imparcial. Era un obstáculo para la tiranía. Por ende, el pronunciamiento juradista, que estuvo en boga, poco tenía que ver con las necesidades estrictas, precisas, de la impartición de justicia, y mucho con las exigencias inmediatas de la política. Del juez sólo se esperaba la condena, si era condena lo que deseaba el rey. Del jurado se podía aguardar un veredicto de absolución, pese al rey. Fundado o no, ésta era la idea común.

Al otro lado del Atlántico, el jurado era visto como salvaguardia de la libertad. Así lo entendieron amigos y adversarios del plan de la Convención que aprobó la Constitución de 1787.<sup>71</sup> Un francés, Tocqueville, estudiando más tarde la experiencia de los nuevos Estados Unidos de América, ya no de la antigua Inglaterra, sintió y difundió la seducción del jurado. “Éste sirve para dar a todos los ciudadanos una parte de los hábitos del espíritu del juez; y esos hábitos son precisamente los que preparan al pueblo a ser libre”. No podría haber, sobre este punto, afirmación más entusiasta y concluyente que la del mismo Tocqueville: “el jurado, que es el medio más enérgico de hacer reinar al pueblo, es también el medio más eficaz de enseñarlo a reinar”.<sup>72</sup> Así termina un capítulo, cuyo título revela, sin más comentario, de qué se trata: *El jurado en los Estados Unidos considerado como institución política*.

Hasta aquí mis consideraciones acerca del pensamiento de Beccaria y la Revolución francesa, reducidos ambos sólo a una reflexión somera. Por supuesto, hay mucho más en los dos casos. Sobre esa Declaración se edificó el derecho constitucional moderno y, dicho sin hipérbole, la versión del hombre que aún prevalece. Sobre la obra de Beccaria se construyó el derecho penal del presente. Ni la Declaración ni Beccaria fueron absolutamente originales. Tampoco clausuraron sus temas. Tienen el valor, en cambio, de haber sido un vértice, punto de confluencia; raro valor en la vida general de nuestra especie. Ahí se cruzaron, en un instante, el pasado y el futuro. Termina una cuenta y otra comienza.

<sup>71</sup> Hamilton, Alexander, *El Federalista*, 2a. ed., trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 357.

<sup>72</sup> *La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 275 y 277.