

XIV F/FS, 495

BECCARIA

250
años
DESPUÉS

DEI DELITTI E DELLE PENE
De la obra maestra a los becarios

Vigencia de la obra
De los delitos y de las penas

HUMBOLDT-KOLLEG
Santiago de Chile
Julio de 2010

JEAN PIERRE MATUS
Director

editorial
B de f
Montevideo · Buenos Aires

2011

Julio César Fairs - Editor

Zentrum für
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität

I.S.B.N.: 978-9974-676-68-8

En Buenos Aires, República Argentina:
© Euros Editores S.R.L.
Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483
e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar
www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:
© B de F Ltda.
Euenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (005982) 916-5238
e-mail: bdef@netgate.com.uy
www.editorialbdef.com

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Encuadrado por *Encuadración Latino América* - Tel.: 4222-8040
Impreso en la Argentina, en el mes de mayo de 2011 por:
St Gráfico, San Antonio 834, Capital Federal - Tel./Fax: 4302-7414
(1276) República Argentina

La *Edición Fascimil* de esta obra fue impresa por:
Mac Tomas, Murguiondo 2160, tel.:4686-0106
CP 1440 - Buenos Aires, República Argentina.

ÍNDICE DE AUTORES

- ALDONEY RAFFO, Rodrigo: Profesor de Derecho Penal de la Universidad Alberto Hurtado, Chile
- AMBOS, Kai: Catedrático de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional de la Universidad de Gotinga, Alemania.
- ÁVILA B., Humberto: Profesor de Derecho Público de la Universidad Federal de Rio Grande del Sur, Brasil.
- BERMEJO, Mateo: Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina.
- BULLEMORE GALLARDO, Vivian: Profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Chile.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.
- CÁRDENAS ARAVENA, Claudia: Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Chile.
- COUSO, Jaime: Profesor de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales, Chile.
- CURY Urzúa, Enrique: Profesor titular de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- ELBERT, Carlos A.: Profesor asociado de Criminología de la Universidad de Buenos Aires.
- ETCHEVERRY OTHUSTEGUY, ALFREDO: Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Chile.
- GARCÍA CAVERO, Percy: Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Piura, Perú.
- GARRIDO MONTT, Mario: Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Chile.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Valparaíso.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: Profesor de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales, Chile.

a medidas de protección extraprocerales, como la vigilancia de la Policía, y subsidiariamente, a medidas intraprocerales, como la caracterización física del testigo o impedir el ingreso del público a la sala de audiencias); 5º) que se fuera más estricto en la apreciación de estos requisitos cuando se trate de un policía que de un civil; 6º) que no se considerara un motivo suficiente el simple hecho de que el anonimato del policía sirva para que éste pueda intervenir en una operación futura; 7º) que el tribunal sí conociera la identidad del testigo protegido; 8º) que la defensa del imputado pudiera en el juicio interrogar al testigo anónimo; 9º) que —como propone Decap— la declaración prestada por el testigo durante la investigación hubiera podido ser revisada por la defensa del acusado con el tiempo suficiente para preparar el contra interrogatorio; 10º) que, según otra propuesta del citado Decap, el tribunal fuera más exigente para atribuir fuerza probatoria a los dichos del testigo de cargo cuya identidad el reo desconoce, que a los del testigo de descargo cuya identidad el acusador sí conoce (por la desigualdad de armas en el plano de la contradicción), y 11º) que la eventual condena no se fundara solamente ni de modo principal en las declaraciones del testigo anónimo.

De este modo, se impediría que la reserva de identidad de los testigos de cargo se transformara en una herramienta de aplicación general. No obstante, este esfuerzo no serviría para negar lo que “a estas alturas del partido” ya parece indudable: en este punto las ideas beccarianas, lamentablemente, se baten en retirada, algo que ni siquiera la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos ha podido evitar.

CAPÍTULO XVI DEL TORMENTO

*Cesare Beccaria y la tortura:
comentarios críticos desde una perspectiva actual**

KAI AMBOS**

I. INTRODUCCIÓN

La exigencia de Cesare Beccaria por la abolición de la tortura no puede ser valorada aisladamente, sino sólo en relación con su legendaria obra *De los delitos y de las penas* y la concepción contractualista-utilitarista del Derecho penal que ésta encarna. Antes de referirnos a su crítica de la tortura y de intentar juzgar su significado actual, debe primero analizarse en general la recepción de la obra y en especial la historia de su gestación. Esta breve investigación conduce fundamentalmente a tres conclusiones, que pueden anticiparse en forma de tesis.

* El texto original se preparó en alemán y fue traducido al castellano por el Dr. Luis Emilio Rojas, moderador del panel en que fue presentado por su autor. El autor agradece la revisión de la traducción hecha por la Dra. María Laura Böhm, y a María Cecilia Domine y Rodrigo González-Fuente Rubilar, doctorandos de su Departamento, por su colaboración en la preparación de esta versión. El autor utilizó para su estudio la reciente traducción al alemán realizada por Vormbaum (C. Beccaria, *Von den Verbrechen und den Strafen* [1764], Berlin, 2005), que sigue el ordenamiento dado por Morellet, donde este Capítulo tiene el número XII, aceptado por el propio Beccaria a partir de la 5ª ed. italiana y en la edición en español de Temis, teniendo también en cuenta la versión original italiana (*Dei delitti e delle pene*, disponible en www.liberliber.it, 2ª ed. electr., 2003) y su traducción española por Juan Antonio de las Casas, que es la oficial del *Kolleg*. Por lo mismo, todas las citas y referencias al texto de Beccaria se han remitido a este último texto por el editor.

** Catedrático de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional de la Universidad de Gotinga, Alemania.

La obra de Beccaria tiene hasta hoy un significado permanente como manifiesto político-criminal para la sustitución, fundada desde el utilitarismo, del Derecho penal cruel, religioso y medieval por un Derecho penal secular y (con ello) en definitiva más humano.

Beccaria se inserta en el conjunto de muchos otros pensadores ilustrados, pero pudo sin embargo formular sus tesis —en absoluto nuevas— de modo tan sencillo, que lograron una rápida difusión en varios idiomas. Esto explica la popularidad hasta hoy permanente de Beccaria. Sin embargo, la falta de reconocimiento de los predecesores intelectuales de sus tesis y en especial de la participación relevante de los hermanos Verri en la gestación de su obra, precisamente en su capítulo sobre la tortura, hacen dudar de su originalidad y su honestidad científica.

El significado práctico actual de su obra es menor dado el aseguramiento normativo (jurídico constitucional e internacional) de un Derecho penal más humano y de un proceso penal justo. Incluso los sistemas penales *per se* inhumanos y preilustrados, atendida la *lex lata* de los derechos humanos, no requerirían ninguna lectura de Beccaria para convencerse de la necesidad de reformas humanizadoras, ya que están obligados a ellas. Si tales reformas no se llevan a cabo, tampoco Beccaria va a cambiar nada. En lo que se refiere a la tortura, criticada por Beccaria con nuevos argumentos, la situación no se presenta de manera distinta, donde además la concentración de Beccaria en la tortura represiva aplicada en el proceso penal inquisitivo pierde completamente de vista los problemas discutidos hoy en día en relación con la tortura preventiva de rescate.

II. LA RECEPCIÓN TRADICIONAL Y LA RECEPCIÓN CRÍTICA DE BECCARIA

Según la recepción tradicional de Beccaria, el Derecho penal inserto en un Estado de Derecho, secular y humanitario se fundamenta en *De los delitos y de las penas*. Así, según Weis, Barbero Santos y Lekschas, esta obra habría ejercido influencia significativa en las conquistas de ese Derecho penal acorde con las pautas del Estado de Derecho —por un lado, la abolición de la pena de muerte y de la tortura así como del proceso inquisitivo secreto, por otro lado la introducción del principio de legalidad—. Esta opinión puede considerarse dominante sobre todo en Latinoamérica. Allí se cuenta esta obra entre las “altas cumbres” del Derecho penal y se menciona en el mismo nivel de autores como Carrara y von Liszt, entre otros, como puede verse en las obras de Agudelo, Aniyar, Beiderman, Da Costa, Zaffaroni y Faria, entre otros. Sobre todo la llamada criminología crítica le asigna a esta obra un valor significativo no sólo político-criminal, sino

también filosófico y dogmático jurídico-penal. Así, dice, por ejemplo, Alessandro Baratta:

“Este tratado es... la expresión de un movimiento de pensamiento en el que confluye toda la filosofía política del Iluminismo europeo... La consecuencia de esto para la historia de la ciencia penal... es la formulación programática de los presupuestos de una teoría jurídica del delito y de la pena, así como del proceso, en el marco de una concepción liberal del Estado y del derecho basada en el principio utilitarista de la máxima felicidad para el máximo número, y en las ideas del contrato social y de la división de los poderes”.

En contra de esta opinión, tildada por Naucke de un modo algo peyorativo como el “esquema-Beccaria”, se alzan una serie de autores, entre ellos Kräupl, Küper, Vormbaum y, ya en 1905, Esselborn, que pueden estimarse pertenecientes más bien al Derecho penal clásico y a la dogmática jurídico-penal y que por eso cuestionan críticamente sobre todo la fundamentación jurídico-penal teórica de las tesis de Beccaria. Estos autores reconocen el mérito histórico de Beccaria de haber denunciado en el lugar correcto y momento oportuno los abusos del Derecho penal medieval y fundado religiosamente. Sin embargo, dudan de la eficacia de esa crítica y cuestionan su falta de fundamentación y sistematización teórica. Así, von Bar, en su legendaria historia del Derecho penal alemán, del año 1882, si bien reconoció el “mérito indiscutible e inolvidable” de Beccaria en relación al combate de los abusos del Derecho penal de la época, admitió sin embargo no haber podido encontrar en el escrito “nada nuevo” que fuera más allá de una exposición “popular”, y sobre todo criticó la falta de “coherencia y exactitud” en la fundamentación teórica¹.

Más radical aún es Naucke, quien ve en Beccaria al crítico del antiguo y tradicional Derecho penal fundamentado religiosamente, pero al mismo tiempo también al fundador o reforzador de un nuevo De-

¹ V. Bar critica, por una parte, la “opinión superficial y desacertada” de que “las leyes penales podrían prescindir de una interpretación científica; por otra, la fundamentación preventivo-general y contractual de la pena, pues se apoya en la “ficción del consentimiento” de la pena y en el sacrificio para la intimidación de otros (critica en la que sigue a Kant, quien conocidamente reprocha a Beccaria, y en general a los representantes de las teorías preventivas, colocar al hombre “entre los objetos del Derecho de bienes”, esto es, querer usarlo como medio para los fines del Estado y de la sociedad). En el extremo, Naucke afirma que la fundamentación de Beccaria es de una “superficialidad políticamente negligente” y su pena privativa de libertad alternativa es el “infierno secularizado”.

recho penal (duro) público orientado a la efectividad y la utilidad social, donde solamente la fundamentación religiosa del Derecho penal es sustituida por una secular. Las exigencias de Beccaria –abolición de la pena de muerte y de la tortura– y sus principios –proporcionalidad, legalidad, daño social– serían demasiado superficiales y mal fundamentados, como para poder fijar los límites infranqueables del Estado de Derecho que corresponde a un Derecho penal humano. Así, por ejemplo, un principio de legalidad entendido en forma absoluta conduce a un poder legal sin límite, al cual debe someterse el ciudadano. Su teoría general es demasiado poco concreta, su “sentimiento de humanidad” es “irracional” y demasiado “falto de contenido”, como para poder oponerse a los excesos inhumanos del Derecho penal en su configuración y aplicación concreta. Para esto se necesitaba no un jurista bien intencionado e ilustrado (secular), sino un jurista “(que no hay en Beccaria) bien formado en las técnicas jurídicas, pero escéptico contra toda forma de dominio”. El contrato social “inevitable” de Beccaria, del cual nadie puede zafarse, conduce a la inevitabilidad y necesidad del castigo, y con ello a un Derecho penal aún más poderoso. La fundamentación utilitarista del Derecho penal de Beccaria conduce a que los principios postulados por él no fueran discutidos “como límites absolutos de todo Derecho penal, sino... como justificación de la finalidad del castigo”; se trata entonces de fundamentación (legitimación), no de limitación del Derecho penal. Además, el planteamiento utilitarista es intercambiable: sirve no sólo al Derecho penal racional y liberal, sino a todas las formas de Derecho penal, desde el liberal-humanista hasta el inhumano-brutal y el poder de turno puede decidir por sí mismo, gracias a la “cláusula general del daño social, que puede llenarse arbitrariamente”, cuánto y qué Derecho penal se requiere para la conservación del poder. De este modo, el Estado de Derecho jurídico-penal de Beccaria se evidencia como un “Estado de seguridad legalmente reforzado y con contenidos cambiantes”. El Derecho penal de Beccaria puede ser todo, sobre todo secular, pero “humano no es”.

Estas opiniones aparentemente contradictorias pueden superarse o al menos aproximarse, si la obra de Beccaria es valorada como lo que es, como un manifiesto o programa político-criminal, según propone Faria da Costa, cuyo éxito –mediante su rápida difusión en distintos idiomas (“eco como pocos libros de la historia del pensamiento”, según Weis)– radica justamente en la proclamación popular y en forma de tesis de las demandas centrales del Estado de Derecho, que, en palabras de Rother, deben ser vistas como impostergables en el curso de la Ilustración, y como exigencia verdaderamente revolucio-

narias en aquel tiempo. Este manifiesto no contiene una pretensión teórica mayor, pues la fundamentación utilitarista propuesta por Beccaria del contractualismo es, según afirma Deimling, un fundamento filosófico (demasiado) elemental, como para formular una teoría del delito concreta basada en él. En especial, su “particular combinación de exigencias humanitarias con reflexiones utilitarias” conduce, según Küper a abiertas contradicciones, que en definitiva sólo pueden resolverse mediante el desplazamiento de reflexiones humanitarias por intereses del bienestar comunitario. Esto resulta claro en sus consideraciones sobre la pena de muerte, que en definitiva rechaza solamente por razones de utilidad: por una parte, promueve esta pena si “fuese el verdadero y único freno que contuviere a otros”; por otra parte, exige en base a esas reflexiones de eficacia preventivo-general penas privativas de libertad aún más crueles. Para Beccaria está antes que nada la “certeza” del castigo fuera de discusión, pues cierta flexibilidad acorde con la humanidad contradiría sin embargo el interés común; el perdón y la gracia es solamente “fomentar el halago de la impunidad”. Una pena es justa cuando es necesaria. No obstante, del pensamiento penal de Beccaria basado en el contrato social y el daño social es posible extraer, como ahora sostiene Gracia Martín, un concepto objetivista de delito –en todo caso, común para la ilustración burguesa del siglo XVIII, según demuestra Wrage– y un planteamiento base para una concepción material del injusto. Así es posible ver en la teoría hoy dominante del bien jurídico una concretización de la teoría del daño social. Esto, sin embargo, no cambia en nada el hecho de que esta teoría puede ser abusada o manipulada, especialmente en su versión real-socialista-soviética de la peligrosidad social, para la aplicación del Derecho penal como instrumento político de disciplinamiento de la “contrarrevolución”, según ha expuesto críticamente Lammich. Por eso el escepticismo de Naucke está completamente justificado –a pesar del potencial limitador que debe reconocerse a la idea del daño social–. Como sea, también se debe reconocer, como hace el citado Küper, que Beccaria colocó al Derecho penal con su liberación de elementos religiosos y su orientación al daño de la sociedad o del bien común en “una nueva base racional” y “de este lado del orden social”, aun cuando las reflexiones humanistas tienen acá una relevancia sólo secundaria, si es que no se quieren ver realizadas en el primado de la prevención de delitos. Pero, en todo caso, como afirma Alff, se trata para Beccaria no de un Derecho penal *per se* humano y justo, sino de uno eficiente y socialmente útil.

Con estas limitaciones, el “folleto” (libricino) de Beccaria, entendido como manifiesto político-criminal, es un hito de la Ilustración y

en definitiva de la abolición –en todo caso normativa– de la tortura. Sigue siendo expresión del Derecho penal liberal clásico, independientemente de si se estima que éste es apto para la solución de los problemas actuales de la sociedad del riesgo o no. La obra, por lo tanto, sigue mereciendo una lectura crítica, especialmente en los países con un sistema de justicia penal antiilustrado, lo que explicaría su éxito permanente en Latinoamérica, mientras que, como ya se ha expuesto, los autores europeos tienen una opinión dividida sobre su significado actual.

III. SOBRE LA GÉNESIS DE *DEI DELITTI E DELLE PENE*

Más grave que la crítica teórica y dogmática al escrito me parece la historia de su génesis, de la cual se sigue que la autoría (única) de Beccaria debe ser puesta seriamente en duda –más que por razones intelectuales, a causa de la falta de afán de trabajo–. De la reciente investigación de Malarino, que contiene un análisis exhaustivo de la correspondencia de los hermanos Verri, y de la investigación reciente sobre Beccaria en Italia, se desprende con indiscutible claridad que especialmente Pietro Verri influyó en forma decisiva en la génesis de la obra tanto desde un punto de vista intelectual como material². Así también se explica que él mismo la haya defendido –como una obra propia–.

Con respecto al tema que se me ha asignado, la tortura, en primer lugar debe aclararse, en atención a la honestidad histórica y científica, que Beccaria de ningún modo fue el primero en oponerse a la tortura. Jerouschek reprochó a Beccaria no haber mencionado la *Cautio Criminalis* (1631), de Friedrich von Spee, a pesar de que debió conocerla y que allí podría encontrarse “prácticamente todo” lo que Beccaria tuvo para decir en “rechazo” de la tortura. Tampoco se encuentra en Beccaria una referencia a la *Dissertatio de tortura ex foris christianorum proscibenda* (1705), de Thomasius. Pero sobre todo nunca reconoció

² Malarino cita especialmente la carta de Pietro Verri a los amigos de Milán: “Una vez que él recopiló el material, lo puse por escrito y coloqué en un orden e hice un libro del mismo”; una carta de Alessandro Verri a Isidora Bianchi, de la que se sigue que a Beccaria le faltaba la “perseverancia necesaria” para escribir la obra y que diariamente no podía trabajar más de dos horas en ella, y Pietro Verri “hacia el esfuerzo de llevar la obra con las propias manos a una versión final”. Otras referencias similares, atribuyendo a los hermanos Verri el mérito de la obra, pueden verse en los textos de Llobet y Barbero Santos. En contra, subraya Zaffaroni que el mérito del libro y su creación corresponden a Beccaria y considera la crítica manifestada como un producto de sus opositores antiilustrados.

la ya mencionada coautoría intelectual de Pietro Verri en el *Dei delitti*, precisamente respecto de la tortura, a pesar de que éste trabajó prácticamente al mismo tiempo en sus *Osservazioni sulla tortura*, las que concluyó tres años después (1777) y las publicó en 1804. Por eso no resulta extraño encontrar en las *Osservazioni* una serie de referencias implícitas a Beccaria que arrojan una luz algo turbia sobre su honestidad intelectual, en la que se percibe el reproche de que los argumentos de Beccaria contra la tortura eran vino viejo en nuevos recipientes. Es posible que, como reconoce Jerouschek, los autores de la Ilustración no se atuvieran siempre estrictamente a la honestidad científica, como a la que estamos obligados hoy, y que el “discurso científico-criminal de la Ilustración se impuso casi sin la creación de nuevos argumentos”, sino que su mérito consistió en la “secularización de la moral”, y tampoco se debe menospreciar el riesgo personal que Beccaria corrió con la publicación bajo su nombre; de todos modos, su completa apropiación indebida de la tradición ilustrada (aunque por lo menos cita a Montesquieu) respecto del rechazo a la tortura y especialmente del aporte de Verri, muy cercano a él, deja un muy mal sabor en la boca.

IV. LOS ARGUMENTOS DE BECCARIA CONTRA LA TORTURA

En una lectura atenta es posible extraer de la parte pertinente del texto nueve argumentos con distinto poder de persuasión:

La tortura es una pena anticipada y al mismo tiempo una infracción de la presunción de inocencia, puesto que se torturaría justamente para comprobar culpabilidad sin previa verificación de la misma y esto afecta también al inocente. El peligro de torturar a inocentes es alto, porque la mayoría de los ciudadanos –en el sentido de la prevención general negativa– siguen las leyes, es decir, son inocentes.

La tortura infringe la prohibición de autoincriminación, pues con ella se pretende “que un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado”, el torturado debe incriminarse a sí mismo.

La tortura es “infame crisol de la verdad” (*infame crociuolo della verità*) e irracional, porque privilegia al fuerte, resistente e insensible al dolor, frente al débil, y de este modo es tan irracional como la prueba de Dios del medioevo. “Puestos dos hombres igualmente inocentes, o igualmente reos, el robusto y esforzado será absuelto, y el flaco y tímido condenado”.

La tortura privilegia al culpable frente al inocente, pues mientras éste tiene

“todas las combinaciones contrarias porque, o confiesa el delito, y es condenado o es declarado inocente y ha sufrido una pena que no debía;

pero el reo tiene un caso favorable para sí, éste es cuando, resistiendo a la tortura con firmeza, debe ser absuelto como inocente; pues así ha cambiado una pena mayor por una menor".

La tortura elimina –como la prueba de Dios– la libre voluntad, pues el dolor no deja al torturado ninguna otra elección que "llamar[se] reo si cree con esto hacer cesar el tormento".

La tortura produce también falta de verdad, pues la confesión no es expresión del amor del torturado a la verdad, sino consecuencia del tormento y del deseo de salvarse de éste. Muchos inocentes se "confesaron reos por los dolores de la tortura". Además, el contenido de verdad de una declaración es menos reconocible en un torturado que en un hombre tranquilo.

La aplicación de tortura para la purificación de la infamia –basada en usos religiosos y espirituales– es "ridícula", puesto que así se crea una nueva infamia, cual es la de la víctima de tortura.

La tortura se evidencia como lesión a la dignidad, como la que sólo ocurre frente a no personas como lo eran los esclavos en la antigua Roma.

Si la tortura ya es inapta para la comprobación del hecho del torturado, entonces menos puede servir para descubrir otros hechos y/o partícipes. Todavía más: el torturado va a acusar más fácilmente a otros que a sí mismo. Es injusto torturar personas por los delitos de otros. Es además inútil, pues de este modo éstos no serían descubiertos y en su mayoría ya han huido.

Resumiendo: la tortura genera declaraciones no veraces y privilegia a los fuertes y a los culpables frente a los débiles e inocentes (argumentos 3, 4, 6), y conduce a la persecución de inocentes por hechos eventualmente ficticios (argumento 9). Si bien Beccaria reconoce la injusticia de la tortura de cara a la presunción de inocencia (mérito reconocido por Cattaneo y Schüller Springorum), a la prohibición de autoincriminación y a la libre voluntad (argumentos 1, 2, 5), y ve incluso su carácter deshonesto e indigno (argumentos 7, 8), en definitiva –sin considerar, además, abiertas contradicciones–³ se sigue de la relación entre su argumentación con su concepción utilitarista y orientada al fin de Derecho penal ya explicada, que Beccaria no considera la tortura como algo malo en sí mismo –las penas privativas de libertad propuestas por él son por los menos igual de crueles–, sino

³ Como su rechazo a la prohibición de la autoincriminación, Capítulo XXXVIII.

como inútil y perjudicial para un Derecho penal eficiente. En conclusión, tal como también afirma Naucke –contra la interpretación humanitarista de Voltaire–, Beccaria rechaza la tortura principalmente por fundamentos utilitaristas y sólo secundariamente por razones humanitarias.

Además, Jerouschek ha hecho notar que Beccaria parece haber soslayado la relación entre la tortura y la prueba estricta medieval, en especial la confesión coercitiva, no obstante que en otra parte distingue entre "pruebas perfectas e imperfectas" distanciándose conscientemente de la aritmética de los medios de prueba medievales, y considera suficiente una "certeza moral" ("morale certezza") en base a un juicio de probabilidad para una condena.

La conclusión se mantiene: el humanismo de Beccaria que uno cree descubrir en su obra se subordina a las necesidades de un Derecho penal protector de la sociedad.

V. SOBRE LA IMPORTANCIA ACTUAL DE LA ARGUMENTACIÓN DE BECCARIA

Cuando uno revisa los argumentos de Beccaria contra la tortura desde una perspectiva actual, nota, en primer lugar, que su orientación primordialmente utilitarista se encuentra superada, y en segundo lugar, que se concentra demasiado en la cruel tortura de convicción (represiva) del proceso penal inquisitivo como para poder dar respuestas a los difíciles desafíos a los que se enfrenta la prohibición de la tortura en nuestra época. Hoy la prohibición de la tortura ya no se comprende como relativa, sino que es manifestación de la protección inquebrantable de la dignidad humana, según lo ha declarado la Corte Suprema de Israel en sentencia de 6 de septiembre de 1999 y lo entiende la doctrina mayoritaria, como puede verse en las obras de Delmas-Marty, Hassemer y Eser, y es reconocida como tal en los tratados de derechos humanos internacionales y regionales así como en el Derecho internacional humanitario. Como señala el título del texto de Möhlenbeck, la prohibición de la tortura rige de modo absoluto (también en Estados de excepción), y es Derecho internacional vinculante (*ius cogens*), según lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Y, según los arts. 7.1 y 8.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, su infracción puede ser sancionada como delito contra la humanidad o crimen de guerra. Con ello no se anula la argumentación contra la tortura que se basa en su falta de eficiencia –en ese sentido la argumentación de Beccaria no está completamente superada–, no obstante, dicha argumentación retrocede y deja en primer plano a la argumentación que tiene por base la dignidad humana.

Sin embargo, Beccaria no tuvo que lidiar con los problemas de definición surgidos de allí, no sólo porque en su época aún no había sido consagrada la prohibición de la tortura, sino sobre todo porque la praxis de tortura en la que él centró su atención era cruel al extremo y podía subsumirse sin más en un concepto de tortura construido a partir de la violación de la dignidad humana (en el sentido de la fórmula calificada del objeto del Tribunal Constitucional Federal alemán)⁴. Hoy en día, en cambio, se plantean difíciles problemas de delimitación, ya en las definiciones jurídico-internacionales pertinentes, por ejemplo en relación a los métodos coercitivos de interrogación (como en los mencionados en el § 136 a de la Ordenanza Procesal Penal alemana), que no pueden calificarse fácilmente de tortura. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) diferencia según los distintos *degrees of injury*, esto es, el grado de lesión, entre *torture*, *mistreatment* y *ordinary treatment*, señalando al respecto, en sentencia de 18/1/78, en el caso "Ireland v. UK":

"Although the five techniques, as applied in combination, undoubtedly amounted to inhuman and degrading treatment, although their object was the extraction of confessions, the naming of others and/or information and although they were used systematically, they did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood".

Por su parte, en la citada sentencia fundamental de la Corte Suprema israelí de 1989 sobre métodos "duros" de interrogación en el marco de los casos de *ticking-bomb*⁵, se investigaron y valoraron prácticamente todas las técnicas pensables de interrogación. Así, por ejemplo, el Tribunal se ocupa del *handcuffing*, donde el sospechoso es esposado de brazos y piernas durante la declaración. En otra técnica de interrogación se coloca un saco en la cabeza, de tal manera que no

⁴ En el caso "Daschner" el Tribunal Constitucional alemán resolvió, en relación a la comprobada (amenaza de) tortura, que de este modo "el interrogado se vuelve mero objeto del combate a la delincuencia bajo lesión de su valor y pretensión de validez social garantizados jurídico constitucionalmente" y se destruyen "presupuestos fundamentales de la existencia individual y social del hombre".

⁵ En estos casos, los persecutores detuvieron a un sospechoso que pertenecía a una organización terrorista y que tendría informaciones sobre determinados atentados: sabía, por ej., que una bomba explotaría en un determinado momento. Sólo bajo aplicación de medidas coercitivas pueden obtenerse dichas informaciones y así salvar la vida. Éste es un típico ejemplo del combate al terrorismo de hoy y representa la realidad en Israel -y no sólo la de allí-. Para otros ejemplos véase el texto de Ginbar, con el significativo título de *Why not torture Terrorist? Moral, practical, and legal aspects of the 'ticking' bomb justification for torture*.

puede ver al interrogador. Todas estas medidas, más o menos gravosas, son investigadas y observadas de modo diferenciado. La Corte israelí llega a la conclusión de que el *handcuffing* como medida aislada no es tortura. Más bien se protegerían los derechos del funcionario investigador, en la medida en que se podrían prevenir ataques del sospechoso. Sin embargo, se admite que la aplicación combinada de varias medidas en sí permitidas, su *combined effect*, puede implicar tortura.

En la doctrina se discute la relevancia de esos esfuerzos de definición. Esta postura sin embargo no es convincente. Pues, como bien afirma Eser, si la tortura se prohíbe de modo absoluto, pero el simple maltrato no es considerado tortura y, con ello, no es abarcado por la prohibición, entonces debe diferenciarse la tortura del simple maltrato. Esta diferenciación no puede hacerse en abstracto, sino sólo en relación a cada caso concreto.

Así, respecto del *minimum level of severity* exigido, dice el TEDH en la citada sentencia del caso "Ireland v. UK", lo siguiente:

"[it] is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc."

Cuando se parte de determinados métodos "duros" de interrogación, en los que el umbral de la tortura es superado, entonces se plantea la pregunta de si esos métodos también están prohibidos en situaciones extremas, como el mencionado caso de *ticking-bomb* o en el caso de secuestro Gáfgen/von Metzler o caso Daschner⁶, situaciones

⁶ El estudiante de Derecho Markus Gáfgen secuestró a Jakob von Metzler, de 11 años, hijo de un banquero de Frankfurt, para obtener un rescate. En el momento de la entrega del dinero fue detenido y luego interrogado. Se negó sin embargo a señalar el lugar donde estaba secuestrado Jakob. Después de un día de infructuosos interrogatorios, el presidente de la Policía, Daschner, ordena a un subordinado usar amenazas de provocar un mal a Gáfgen hasta que declarase dónde tenía al niño. Daschner veía ésta como la única posibilidad de la Policía de salvar la vida de Jakob. La amenaza fue efectiva. El imputado colaboró, pero la Policía pudo encontrar sólo el cadáver del niño escondido. Se iniciaron varios procesos penales por este caso. Daschner y su subordinado fueron condenados por coacción, Gáfgen por homicidio calificado (Tribunal del Land de Frankfurt, sentencia del 9/4/03). El TEDH, en el marco de una valoración integral, consideró que el proceso contra Gáfgen en su conjunto no puede estimarse injusto, especialmente porque el Tribunal de primera instancia de Frankfurt sostuvo que las declaraciones no eran utilizables como elemento probatorio, en especial la confesión así obtenida y las declaraciones basadas en ella ("Gáfgen v. Deutschland", sentencia del 30/6/08).

en las que se aplica tortura –la así llamada tortura de rescate– para la obtención de informaciones salvadoras de vida. La pregunta es muy controvertida (y con razón), y no puede resolverse simplemente con una referencia general a la prohibición absoluta de la tortura, como quiere Delmas-Marty. Uno puede dudar, con buenos argumentos, si, en todos los casos, una acción con voluntad de rescate puede ser calificada de tortura, si se exige la finalidad de denigración como parte de la definición de la misma, como hace Eser. Sobre todo no puede o sólo difícilmente puede hablarse de voluntad despersonalizante en el sentido de fórmula del objeto calificado, frente al inculpado, cuando la tortura es aplicada para salvar a una o varias personas que se encuentran en peligro concreto de vida, es decir, cuando se aplique justamente en defensa de la dignidad de las víctimas de la víctima de tortura y esta última es, como afirma Eser, tomada en serio en su responsabilidad frente al prójimo⁷. Incluso cuando no se está dispuesto a ir tan lejos porque uno considera que la víctima de tortura siempre es tratada como cosa, más aún cuando se la utiliza como medio para rescatar a un tercero, esto es, cuando se la considera instrumentalizada en el sentido kantiano, reducida a “mero objeto del poder estatal”, aun así –y a pesar de la crítica de Lamprecht– no puede perderse de vista que también la dignidad de la (otra) víctima está en juego y el Estado no puede permanecer indiferente (también) frente a ésta. Por eso en definitiva es necesaria una consideración diferenciada, que por una parte sostenga el carácter absoluto de la prohibición de la tortura de cara a la responsabilidad jurídico-internacional del Estado, pero en relación a la responsabilidad del torturador distinga entre la antijuridicidad de su conducta y su culpabilidad. Esta dicotomía señalada entre Estado e individuo tiene su fiel reflejo en la dicotomía del Derecho internacional humanitario o de los derechos del hombre, por una parte, y el Derecho penal internacional jurídicamente individual por otra. Como afirma Gaeta, mientras aquél defiende el carácter absoluto de la prohibición de la tortura, éste se muestra más flexible, en tanto reconoce fundamentos para la exclusión de la responsabilidad penal. En los casos extremos que nos ocupan, y en contra del

⁷ En la medida en que se pueda partir *in concreto* de la “responsabilidad” en relación a la vida, la integridad física y/o la libertad de su víctima –en contra de la (ficción) de la presunción de inocencia–. Esto es: ciertamente la víctima de tortura es fundamentalmente sólo sospechosa y puede invocar la presunción de inocencia, pero eso no excluye *per se* su responsabilidad por el bien y el dolor de su víctima. En definitiva, esto depende del caso concreto.

planteamiento de Eser a favor del estado de necesidad justificante, no viene en consideración una causa de justificación por su efecto objetivo de exclusión del injusto, no se le puede sin embargo reprochar al funcionario investigador la aplicación de la tortura, cuando él se ha encontrado en una situación de coerción moral y la ha aplicado sólo después de un análisis cuidadoso como último medio para el rescate de personas inocentes. En estas situaciones, entonces, debe ser exculpado –sea cual fuere la fundamentación dogmática–. En relación a la responsabilidad penal individual en casos de tortura de rescate –pero sólo en esa medida–, la prohibición de la tortura no puede regir entonces de modo absoluto, aunque ello no afecte la prohibición absoluta de valoración procesal de las pruebas así obtenidas.