

La filosofía penal de las luces entre utilitarismo y retribucionismo*

DARIO IPPOLITO**

Resumen

A partir del análisis del pensamiento penal de algunos de los más representativos pensadores del siglo de las luces, se quiere mostrar la diversidad de fundamentaciones que, a partir de las filosofías de dichos pensadores, se puede dar a la utilización de la pena como mecanismo utilizado por el Estado, indicando cómo, partiendo de puntos de partida tan diversos como el utilitarismo y el retribucionismo, desde la ilustración se ha dado fundamento al castigo penal moderno, a pesar de que dicha fundamentación no se halle siempre, como se ha pensado, en un deseo de humanizar los mecanismos de castigo.

Abstract

Through the analysis of criminal reflection of the main enlightened philosophers, the author wants to show different arguments that from those positions can be given to the use of the penalty as a State's mechanism, pointing out how dissimilar starting points like utilitarianism and retributivism has served since the Illustration of the basis of modern criminal punishment, despite of such foundation is not always, as it has been tough, a desire of humanize punishment mechanism.

* Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, del texto original en francés.

** Investigador académico de la Università degli Studi di Roma Tré, Roma (Italia).

Palabras Clave

Ilustración, pena, justificación, utilitarismo, retribucionismo, contrato social, iusnaturalismo, iuspositivismo.

Key words

Illustration, penalty, justification, utilitarianism, retributivism, the social contract, Natural law, Legal positivism.

Sumario

1. ¿Por qué castigar? 2. *Punitur ne peccetur*. 3. Orden natural y Derecho penal: la justificación retribucionista de las penas en Montesquieu. 4. Iusnaturalismo y retribucionismo penal en los *illuministi* napolitanos.

1. ¿Por qué castigar?

Al abordar el problema de la justificación teleológica de las penas en el contexto de la reflexión política de las Luces sobre el derecho a castigar se topa enseguida con un lugar común, tan arraigado en la historiografía como en la filosofía del Derecho, lo que invita a medir su resistencia y a evaluar su fiabilidad. Este lugar común consiste en considerar la teoría utilitarista de la función preventiva de las penas como un elemento característico de la doctrina penal de las Luces. Si uso la expresión “lugar común” no es, entiéndase bien, para desacreditar esta tesis, sino sólo para subrayar que es generalmente compartida por los juristas, los filósofos, los historiadores, más allá de las diferencias —a veces relevantes— entre sus diversos paradigmas interpretativos y los juicios de valor asociados a ellos.

Tomemos, a título de ejemplo, los estudios de dos importantes especialistas de la moderna penología (lejanos uno del otro por su orientación cultural y política) como son Michel Foucault y Mario A. Cattaneo. El discurso de los reformadores del siglo XVIII sobre la justicia penal se presenta por el primero como una ideología que expresa los intereses de la burguesía, como una política del Derecho prevista para consolidar su dominación social.

“La reforma del Derecho criminal —escribe Foucault en *Surveiller et punir*— debe ser leída como una estrategia para el replanteamiento del poder de castigar según las modalidades que le hacen más regular, más eficaz, más constante y más preciso en sus efectos”.

En otros términos, “El verdadero objetivo de la reforma (...) no es fundar un nuevo derecho de castigar a partir de principios más equitativos; sino establecer una nueva

“economía” del poder de punir¹. La locución “verdadero objetivo” es muy significativa: con toda evidencia, Foucault pretende desvelar lo que la ideología de las Luces oculta bajo el manto de la retórica humanitaria. “Humanidad” —advierte— no es más que “el nombre respetuoso dado a esta economía y a sus minuciosos cálculos”².

A la luz de las obras de Cattaneo, la doctrina penal de las Luces muestra una faz bien distinta: la defensa de los derechos del hombre sustituye a una tecnología del poder, la eficacia económica es reemplazada por exigencias de justicia, el control social por la libertad individual. Partidario de la teoría liberal del Derecho penal, Cattaneo presenta a los reformadores del siglo XVIII como quienes pusieron las bases del Estado de Derecho, y lo hicieron en el terreno donde el contacto entre la autoridad y el individuo es más inmediato: el de las prohibiciones y los castigos. Montesquieu, Beccaria, Voltaire —así como los juristas y filósofos que se empeñaron en la lucha contra los aparatos represivos del *Ancien Régime*— a los ojos de Cattaneo, tienen, pues, el mérito histórico de haber repensado el Derecho penal como instrumento de protección de los individuos, es decir, como un conjunto de técnicas orientadas a garantizar la libertad y a limitar el poder³.

Con todo, a pesar de la distancia flagrante e irreducible entre estas dos perspectivas interpretativas, Foucault y Cattaneo coinciden en un punto. Según el filósofo francés, el discurso de los reformadores justifica las sanciones penales “no en función del crimen, sino de su posible repetición”. No se castiga tanto por el mal pasado, como para obtener un bien futuro, a saber, para “conseguir que el malhechor no abrigue ya la tentación de reincidir, y que no exista la posibilidad de que tenga imitadores”⁴. Desde este punto de vista, “el castigo mira hacia el futuro”⁵: su fin consiste en la prevención de los delitos. Del mismo modo Cattaneo, esbozando una síntesis de la doctrina penal de las Luces tratando de evidenciar sus rasgos esenciales, pone de relieve que los juristas y filósofos del movimiento reformador “son fieles a la divisa de Séneca: *Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*”⁶.

1 M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 83. (Hay traducción española de A. Garzón del Camino, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, México, 1975).

2 *Ibíd.*, p. 94.

3 M. A. CATTANEO ha consagrado numerosos libros a la filosofía penal de las Luces (de Thomasius a Kant). Su principal obra es *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1990.

4 M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, cit., p. 95.

5 *Ibíd.*, p. 96.

6 M. A. CATTANEO, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*, Ferrara, De Salvia, 1974, p. VIII.

2. *Punitur ne peccetur*

La *communis opinio* de dos autores de ideas tan divergentes podría ser tenida como la prueba cierta de una verdad irrefutable, de otra parte confirmada por numerosos estudios de teoría del Derecho y de historia de la cultura jurídica, que van desde la obra maestra de Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*⁷, a la preciosa *Filosofía penal de la Ilustración*, de Luis Prieto Sanchís⁸. No obstante, me parece que esta verdad es sólo parcial: demasiado simplificada y enfatizada en exceso. La teoría utilitarista de la función preventiva de las penas es sin duda ampliamente explotada por la ideología penal de las Luces, pero yo creo que no es ni un rasgo de su identidad, ni un carácter propio que la distinga.

Los rasgos caracterizadores de esta ideología son bien otros. Una exigencia de racionalización y de secularización del sistema de los delitos, sobre la base de principios metalegislativos que limitan el campo de las prohibiciones legítimas a las solas acciones exteriores y nocivas; la posición del principio de legalidad (*nullum crimen et nulla poena sino lege*) como pilar de la justicia criminal, y por consiguiente la necesidad de codificar el Derecho penal para suprimir la autoridad normativa de la doctrina y de la jurisprudencia; la polémica contra la atrocidad del sistema punitivo y la voluntad de reforma de la legislación penal conforme a los criterios de proporcionalidad y homogeneidad entre penas y delitos; la reivindicación de los derechos de la defensa como base y eje del proceso criminal, por oposición al paradigma romano-canónico de la *inquisitio*.

Tales son los elementos ideológicos que distinguen el discurso reformador de las Luces de la cultura jurídica tradicional, erigida por los conservadores en instrumento de defensa del *statu quo* de la justicia criminal. La concepción utilitarista de la pena, en cambio, no permite diferenciar las posiciones en conflicto. Más allá de los acentos polémicos atribuidos a veces a la misma por los *philosophes*, no adquiere nunca las dimensiones de una cuestión políticamente dirimente. Es, más bien, una idea transversal, que goza de gran crédito tanto en el campo de las Luces como entre los criminalistas conservadores.

Los historiadores del Derecho nos enseñan que tanto la política penal de las monarquías de la Europa moderna como la penología que la orienta y la sostiene, atribuyen explícita, aunque no exclusivamente a las penas finalidades preventivas. “Es preciso ‘castigar a los malhechores’ —escribió Jean-Marie Carbasse a propósito del

7 Ver. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, *passim* (Hay traducción española de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 10ª edición 2012).

8 L. PRIETO SANCHÍS, *La filosofía penal de la ilustración*, Lima-Bogotá, Palestra Editores, 2007, pp. 43-57.

Derecho criminal del *Ancien Régime*— no sólo porque es justo que expíen sus faltas, sino también para que su castigo sirva de ejemplo a los demás”⁹. El sistema punitivo, en esta fase histórica de expansión del poder estatal, “se orienta hacia objetivos de prevención general”¹⁰, subraya Mario Sbriccoli. Conminación legal y ejecución penal son concebidas como dispositivos de disuasión de los criminales potenciales: desde lo alto de la soberanía real, la *Ordonnance criminelle* de 1670 afirma que “los que no se contienen por la consideración de su deber” deben ser mantenidos en el recinto de las leyes “por el temor a los castigos”¹¹.

Las implicaciones prácticas de esta concepción utilitarista de la sanción penal —que apuntala el orden con el miedo— se traducen en la legislación y se hacen cargo de ellas las jurisdicciones criminales: es el triunfo de las penas ejemplares, la época de los castigos espectaculares. “Hodie in poenis mera carneficina est” deplora —dos siglos antes de los filósofos de las Luces— el jurisconsulto italiano André Alciat en *De verborum significatione*¹². Sin embargo, su posición crítica no es representativa de la opinión de los *doctores iuris*, mayoritariamente propensos a la ortodoxia política. Ya sea porque lo estimule, o bien porque le dé sustento, la ciencia del Derecho justifica el endurecimiento del arsenal punitivo al asociar su eficacia preventiva a su fuerza de choque.

El mayor jurista de la Francia de Luis XIV, Jean Domat, no hace más que sumar su autoridad al *mainstream* de la doctrina criminalista cuando, en su obra inacabada *Le Droit public, suit des Loix Civiles dan leur ordre naturel*, repite que “es el ejemplo de los castigos” lo que empuja a la obediencia civil “a quienes no tienen mejores motivos para abstenerse de delinquir”¹³. En esta perspectiva, considera la “severidad de las penas” como la fuente de su fuerza intimidatoria y, por consiguiente, de la disminución del “número de los delitos”¹⁴. “Tal es la razón —escribe— por la que cuando algunos delitos son más frecuentes, se exasperan las penas y se prescriben los mayores suplicios”¹⁵. En ciertos casos, la misma pena capital no basta: es preciso reforzar su

9 J.-CARBASSE, *Histoire du droit pénale et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, p. 123.

10 M. SBRICCOLI, “Giustizia criminale”, en M. Fioravanti (ed.), *Lo Stato moderno in europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 180.

11 *Ordonnance criminelle du mois d'août 1670*, en Isambert, Decrusy y Taillandier (eds.), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tomo XVIII, Paris, Belin-Leprieur, 1829, p. 372.

12 Citado por I. MEREU, *La morte come pena* (1982), Roma, Donzelli, 2007, p. 39.

13 J. DOMAT, *Le Droit public, suit des Loix Civiles dans leur ordre naturel* (1697), tomo V, libro III, Pierre Emery, Paris, 1701, pp. 176-177.

14 *Ibid.*, p. 177.

15 *Ibid.*, pp. 172-173.

poder disuasorio con tormentos “que producen más terror que la simple muerte”¹⁶. La prevención general exige, pues, la severidad penal. En cuanto a la prevención especial —cuyo fin es “poner a los malvados y a los culpables de grandes delitos en una situación que les impida cometer otros nuevos”—, la opinión de Domat es que, “propiamente, sólo conviene la pena de muerte, aunque haya otras (penas) que puedan tener este efecto”¹⁷.

Esta lógica de la prevención penal se desarrollaría, en sus dos direcciones, en apoyo de una política del Derecho criminal de carácter opuesto a los principios y a los objetivos reformadores defendidos un siglo más tarde por el utilitarista Beccaria. En plena coherencia con una tal ideología de la represión penal, dos feroces adversarios del joven marqués milanés, el monje Ferdinando Facchinei y el abogado Muyart de Vouglans, invocaron la finalidad preventiva de las penas y su capacidad de intimidación para refutar las ideas heterodoxas propuestas en *Dei delitti e delle pene*.

A Beccaria, que cuestiona la utilidad de la pena de muerte argumentando que es la “extensión” y no la “intensidad” del castigo lo que disuade de transgredir la ley y que, por este razón, las penas moderadas pero duraderas son más eficaces que la pena capital¹⁸, Facchinei replica que:

“las penas moderadas nos endurecen justamente porque son continuas, y acaban por no hacerse sentir, mientras que, incluso un año después, el recuerdo de alguien al que hemos visto ejecutar nos conmovió mucho más que el espectáculo permanente de mil presos”¹⁹.

Por su parte, Muyart de Vouglans —que considera que uno de los “fines principales” de las penas consiste en “contener a los malvados por el ejemplo y el temor de un castigo semejante”²⁰— opuso a la argumentación abolicionista de Beccaria “la *Experiencia* de todos los siglos, que nos enseña que, de todos los medios empleados hasta aquí para detener el progreso del delito, no se ha encontrado nunca otro más eficaz que la aplicación de la última pena”²¹. Ningún otro castigo garantiza los mismos

16 Ibid., p. 174.

17 Ibid., p. 177. La doctrina penal de Domat ha sido bien analizada por C. SARZOTTI, *Domat criminalista*, Padova, Cedam, 2001.

18 C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, con prefacio de P. Calamandrei, Madrid, Trotta, 2011, § XXVIII, p. 207.

19 F. FACCHINEI, *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene* (1765), en C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. de F. Venturi, Torino, Einaudi, 2003, p. 171.

20 P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Les loix criminelles de France suivan leur ordre naturel*, libro II, Paris, Societé typographique, 1781, p. 35.

21 P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines*, Lausanne, 1767, p. 90.

resultados porque “de todas las penas”, la muerte es “la más capaz de impresionar los espíritus”²².

En la época de las Luces, afirmar que *punitur ne peccetur* no significa pues defender la reforma penal: por esta razón he afirmado que la concepción utilitarista de la función de la pena no es un carácter distintivo del movimiento de las Luces. Y he añadido que no es ni siquiera una de sus señas de identidad, porque, en efecto, los representantes de este movimiento no responden todos a la pregunta “¿por qué castigar?” con las palabras de Séneca. La respuesta retribucionista, que justifica el mal que inflige la pena por el mal cometido, aunque vigorosamente rechazada por Beccaria, no es en absoluto extraña al universo cultural de las Luces. Permanece a menudo implícita, transparentándose como en filigrana en los razonamientos sobre la justicia de las penas. Pero resulta a veces claramente formulada, presentándose entonces como una verdadera teoría. En todos los casos, fluye de una visión del Derecho de castigar anclada en las certezas morales del iusnaturalismo.

3. Orden natural y Derecho penal: la justificación retribucionista de las penas en Montesquieu

Emblemático es el caso de Montesquieu, cuya reflexión política y filosófica inspira todo el debate sobre la reforma del Derecho penal²³. Aunque este autor no sea considerado generalmente un pensador iusnaturalista, el tema de la relación entre Derecho y naturaleza está muy presente en su obra. En el primer capítulo del *Esprit des lois*, Montesquieu establece una relación de dependencia entre las leyes y “la naturaleza de las cosas”, postula la dicotomía entre leyes naturales y leyes positivas y afirma la existencia de reglas de justicia ontológicamente fundadas en el orden natural²⁴.

Es justamente esta afirmación —que constituye el mínimo común denominador de toda forma de iusnaturalismo— la que aquí nos interesa, por su relación con la cuestión penal. Escribe Montesquieu:

22 Ibid., p. 95.

23 Véase J. GRAVEN, “Montesquieu et le droit pénal”, en *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de l'Esprit des Lois*, Paris, “Recueil Sirey”, 1952, pp. 209-254; G. TARELLO, “Montesquieu criminalista”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, 1975, pp. 201-260; D. W. CARRITHERS, “La philosophie pénale de Montesquieu”, *Revue Montesquieu*, 1997, 1, pp. 39-63 (disponible en internet: http://montesquieu.ens-lyon.fr/IMG/pdf/6-Carrithers_1_.pdf); M. A. CATTANEO, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.

24 He analizado estos aspectos del pensamiento de Montesquieu en una ponencia titulada “Montesquieu et le droit naturel”, presentada en el Séminaire Montesquieu 2011-2012 “(Re)lire l'Esprit des Lois” (ENS de Lyon, 25 noviembre 2011): <http://montesquieu.ens-lyon.fr/spip.php?article920>.

“Los seres particulares inteligentes pueden tener leyes hechas por ellos mismos, pero tienen también otras que no hicieron. Antes de que hubiese seres inteligentes, estos eran ya posibles; así pues, tenían relaciones posibles, y, por consiguiente, leyes posibles. Antes de que se hubieran dado leyes había relaciones de justicia posibles. Decir que sólo lo que ordenan o prohíben las leyes positivas es justo o injusto, es tanto como decir que antes de que se trazara círculo alguno no eran iguales todos sus radios”²⁵.

El blanco polémico de este pasaje es el “sistema terrible” de Thomas Hobbes. Oponiéndose a su doctrina de la moral —bautizada por Norberto Bobbio “iuspositivismo ideológico”²⁶— Montesquieu reafirma el postulado del objetivismo ético y extrae de él sus primeros corolarios:

“Hay que reconocer, por tanto, la existencia de relaciones de equidad anteriores a la ley positiva que las establece; así, por ejemplo: imaginando posibles sociedades de hombres, sería justo adaptarse a sus leyes; si hubiera seres inteligentes que hubiesen recibido algún beneficio de otro ser, deberían estarle agradecidos; si un ser inteligente hubiera creado a otro, este debería permanecer en la dependencia que tuvo desde su origen; *un ser inteligente que hubiera hecho algún mal a otro ser inteligente merecería recibir el mismo mal*, y así sucesivamente”²⁷.

En la *opus maior* del filósofo que abre el camino seguido por Beccaria²⁸, del filósofo que todos los intelectuales de la segunda mitad del siglo XVIII reconocen como el pionero del movimiento para la reforma de la justicia penal²⁹, encontramos pues una justificación “retrospectiva”³⁰ de la pena que no es la de los utilitaristas. Es el mal del delito lo que justifica el mal de la pena. Se sanciona al criminal porque, a causa de su acción, merece un castigo. Evidentemente, el horizonte ideal de Montesquieu es el del

25 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, libro I, capítulo I, Madrid, Tecnos, 1972, pp. 52-53.

26 Véase N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 232-240 (hay traducción española de R. de Asís, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993).

27 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., libro I, capítulo I, p. 53 (cursiva mía).

28 Véase R. DERATHÉ, “Le droit de punir chez Montesquieu, Beccaria et Voltaire” en *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria*, Torino, Accademia delle Scienze, 1966, pp. 85-100.

29 Véase, por ejemplo, J.-P. BRISSOT DE WARVILLE, “Discours préliminaire”, en *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte*, tomo I, pp. XII-XIII, Berlin, 1782.; K. F. HOMMEL, “Vorrede”, en *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen* (1778), Berlin, Akademie Verlag, 1977, p. 8.

30 Tomo la expresión de Eva Cantarella, que distingue las doctrinas de la pena en “justificaciones prospectivas”, fundadas sobre el bien futuro, y “justificaciones retrospectivas”, fundadas sobre el mal pasado: cfr. E. CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio*, Milano, Rizzoli, 2007, p. 7.

retribucionismo ético. Concibe la retribución penal como un principio moral, fundado en la equidad natural.

La matriz iusnaturalista de esta concepción retributiva se hace patente, en particular, cuando Montesquieu fija el principio de homogeneidad como regla de toda buena legislación penal:

“La libertad triunfa cuando las leyes criminales son tales que cada pena dimana de la naturaleza particular del delito. Entonces la arbitrariedad desaparece, la pena no dimana del capricho del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, y no es el hombre quien violenta al hombre”³¹.

Entre los delitos y las penas existe pues una relación natural que el Derecho positivo debe respetar. Se trata de una relación de correspondencia isomórfica: cada categoría de delitos tiene sus sanciones tipológicamente adecuadas.

Montesquieu distingue cuatro categorías de delitos según que atenten contra la religión, las costumbres, la tranquilidad pública y la seguridad. Es muy significativo lo que escribe a propósito de esta última categoría:

“Las penas de estos (...) delitos (contra la seguridad) son los llamados suplicios: una especie de talión por la cual la sociedad niega la seguridad a un ciudadano que ha privado o ha querido privar a otro de ella. Esta pena se deriva de la naturaleza de las cosas, es conforme a la razón y dimana de las fuentes del bien y del mal. Un ciudadano merece la muerte cuando ha violado la seguridad hasta el punto de quitar o intentar quitar la vida a alguien”³².

Como claramente se advierte, esta legitimación de la pena de muerte parte de la ideología penal de la retribución moral³³. En la justa pena se expresa, a juicio de Montesquieu, el orden deontológico de la naturaleza.

Es fácil mostrar que la posición de Montesquieu no es excepcional en el panorama multiforme de la filosofía política de las Luces. Cabría mencionar a Mably, recordando su objetivismo ético y su polémica contra Beccaria a propósito de la pena de muerte, cuyos argumentos resonaron en los debates de la Asamblea Constituyente de 1791 contra los abolicionistas³⁴. Me parece, no obstante, de mayor interés examinar el vínculo entre retribucionismo penal y teoría del Derecho natural allí donde aparece de la forma más evidente, es decir, en las obras filosófico-jurídicas de los *illuministi* de la Italia meridional.

31 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., libro XII, capítulo 4, p. 174.

32 *Ibid.*, p. 175.

33 Sobre la cuestión de la pena de muerte en Montesquieu, véase F. MARKOVITS, “Montesquieu et la peine de mort”, en L. Delia y F. Hoarau (dirs.), *Corpus, revue de philosophie*, 2012, 62, pp. 105-132.

34 Véase P. COMANDUCCI, “La criminalistica di un illuminista moderato: Mably”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, 1975, pp. 455-469.

4. Iusnaturalismo y retribucionismo penal en los *illuministi* napolitanos

Empecemos por considerar la doctrina jurídica del que fue primero en promover la difusión de *Dei delitti e delle pene* en el Reino de Nápoles: Antonio Genovesi, profesor de economía e infatigable reformador. En su último tratado de filosofía moral, *Della Dicesina*, aparecido en 1766 (tres años antes de su muerte), entabla un diálogo ideal con Beccaria: toma su crítica de las penas crueles, reafirma su condena de la tortura judicial, concuerda con él sobre la mayor utilidad de las penas distintas de la de muerte, insiste en la necesidad de sujetar los juicios a las prescripciones legales, subraya los efectos perjudiciales del derecho de gracia de los soberanos, sostiene, en fin, la exigencia de racionalización del orden jurídico mediante la codificación³⁵.

Aunque su discurso se sirve a menudo de argumentos basados en la función intimidatoria de las penas, la doctrina utilitarista no tiene en él un papel exclusivo y central, sino más bien complementario y subordinado. En efecto, las premisas teóricas con las que Genovesi aborda el problema penal son muy diferentes de las de Beccaria. Según él, la fuente del poder de castigar no es el contrato social, sino el Derecho natural; como lo demuestran la razón y la experiencia. Dado que detrás de cada fenómeno universal hay una causa universal, natural y no artificial, por tanto, y que el castigo de los delitos es un fenómeno común a todo grupo humano, ya sea salvaje, bárbaro o civilizado, es preciso concluir que la “justicia punitiva” se basa en un “fundamento natural”³⁶.

¿Cuál es este fundamento? La respuesta de Genovesi postula la existencia de un orden ontológico del que se derivan los derechos del hombre. De los derechos de cada uno resultan necesariamente obligaciones recíprocas que consisten esencialmente en el deber de no violar los derechos de los demás. ¿Qué sucede cuando un sujeto no acomoda su conducta a este orden de justicia?

“Cualquiera que viole un derecho de otro (...) —decreta Genovesi— pierde *ipso facto* un derecho correspondiente e igual al que ha violado, que debe, por consiguiente, pasar a la parte ofendida para reconstituirla, y reponerla en el estado anterior a la ofensa, *restitutio in integrum*. La pena no consiste más que en privarte del derecho que has perdido al lesionar el de otro (...). Tal es el verdadero fundamento de las penas, que está en la naturaleza misma y en el orden general de la naturaleza, de donde provienen nuestros derechos y donde está la norma de la justicia”³⁷.

35 Véase D. IPPOLITO, “Antonio Genovesi lettore di Beccaria”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXVII, 1, 2007, pp. 3-20.

36 A. GENOVESI, *Della Dicesina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto* (1766-1777), libro I, capítulo XIX, § IV, Napoli, Gabinetto Letterario, 1839, p. 146.

37 *Ibíd.*, § VI, p. 148.

Esta visión estrictamente retribucionista del Derecho penal, articulada con una justificación teológica de las penas, se expone a las objeciones de Beccaria sobre el vicio metafísico de la idea de reparación³⁸. No obstante, importa subrayar aquí el sentido político de esta doctrina. Es de toda evidencia que no se trata del retribucionismo arcaico de la satisfacción de la cólera divina; tampoco es el retribucionismo medieval de las composiciones pecuniarias, ni el retribucionismo de la venganza del soberano. En el centro de la versión de Genovesi está el hombre con sus derechos, cuya violación es sancionada por la propia ley de la naturaleza. Existe, pues, un Derecho penal natural del que el poder punitivo no es más que la “fuerza (...) ejecutora”³⁹. Esto significa que el legislador no puede elegir arbitrariamente qué castigar y cómo castigar. Debe ajustarse a la ley natural estableciendo las penas que ella prescribe para proteger los derechos individuales. Así pues, el retribucionismo iusnaturalista de Genovesi es, no menos que el utilitarismo contractualista de Beccaria, una doctrina de los límites del poder de castigar.

Entre los numerosos alumnos de Genovesi, el que eligió el Derecho penal como objeto principal de su compromiso político, así como de su trabajo de abogado y de profesor universitario, fue Mario Pagano, el futuro líder de la República napolitana⁴⁰. En su reflexión penal, desarrollada entre los años 1780 y 1790 (en *Saggi politici, Considerazioni sul processo criminale* y *Principi del codice penale*) la doctrina de la prevención general ocupa un espacio considerable. Es sobre la base de la finalidad disuasoria de las penas como Pagano justifica, por ejemplo, el principio de competencia territorial de los tribunales, como subraya —en la estela de Beccaria— los efectos dañosos del derecho de gracia, como legitima la institución jurídica de la prescripción y afirma la necesidad de distinguir las consecuencias penales de la tentativa de delito en caso de desistimiento voluntario (por efecto del arrepentimiento).

Sin embargo, la justificación de las penas no depende de su función preventiva. Pagano es iusnaturalista: según él, la pena forma parte de un orden natural y pone remedio a las alteraciones de este mismo orden. “En el sistema físico del universo, la resistencia recíproca de los cuerpos produce el equilibrio y el orden. En el orden moral, lo hacen las penas”⁴¹ que, golpeando a los individuos que trasgreden el límite fijado por la ley natural, los empujan hacia atrás y restauran el justo equilibrio.

38 “¿Acaso los gritos de un infeliz reclaman del tiempo sin retorno las acciones ya consumadas?”: esta pregunta retórica sirve a Beccaria para subrayar que la pena no puede “eliminar un delito ya cometido” (C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., § XII, p. 151).

39 A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., § VI, p. 148.

40 Véase D. IPPOLITO, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Torino, Giappichelli, 2008.

41 F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale* (1787), coordinado por F.M. Paladini, Venezia, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo “G. Stiffoni”, 2009, cap. I, p. 33.

Pagano parte, pues, de la doctrina del Derecho natural y, como su maestro Genovesi, desemboca en una concepción retribucionista del fin de las penas: al ser el delito “la violación de un derecho, natural o civil, del hombre”, la pena es justa en tanto que “parte de un derecho correspondiente al derecho violado”⁴². Además, como Genovesi, asocia al retribucionismo iusnaturalista una teoría normativa y metalegislativa del Derecho penal. “Los delitos —escribe— (...) no surgen por capricho, no se deben a las opiniones de los hombres”; y esto vale también para las penas, que “son las consecuencias necesarias y proporcionadas de los delitos”⁴³. Así pues, el poder punitivo debe seguir los “principios eternos e inmutables”⁴⁴ del código penal, dictado por la naturaleza, que impone proteger y respetar la vida, la integridad personal y la libertad de los individuos.

La filosofía de los derechos del hombre inspira también una teoría del garantismo penal en la obra del príncipe de las Luces napolitanas: Gaetano Filangieri⁴⁵. En el capítulo XXVIII del libro tercero de *La Scienza della legislazione*, avanza una justificación utilitarista de las penas idéntica a la de Beccaria, acentuando la polémica contra las ideas de venganza, expiación y restauración del orden. “La justicia no (es) una de aquellas terribles divinidades, a las cuales inmolan víctimas humanas sus crueles adoradores, para aplacar el furor que ellos les atribuyen”⁴⁶. La pena no podría “impedir que el daño hecho a la sociedad por el delito del reo existiese realmente”⁴⁷.

Así, el retribucionismo parece definitivamente descartado. No obstante, se toma la revancha cuando Filangieri saca del Derecho natural una justificación de la pena de muerte⁴⁸. En el estado de naturaleza, explica, “todos los hombres tienen (...) el

42 F. M. PAGANO, “Principi del codice penale (obra póstuma, 1803)”, en *Giustizia penale e libertà civile*. Roma, Edizioni Riuniti, 2000, p. 59 (hay traducción española de E. R. Zaffaroni, revisada por M. Rivacoba, *Principios del Código Penal*, con introducción de S. Moccia, Buenos Aires, Hammurabi, 2002).

43 *Ibíd.* p. 50.

44 *Ibidem.*

45 Sobre la teoría de Filangieri acerca de la justicia penal, véase F. BERTI, “Il garantismo penale di Gaetano Filangieri”, *Archivio storico del Sannio*, 2006, 2, pp. 147-201; M. BOSCARRELLI, “Riflessioni sul pensiero penalistico di Gaetano Filangieri” en *Gaetano Filangieri e l’Illuminismo europeo*, Napoli, Guida, 1991, pp. 247-253; M. A. CATTANEO, “Alcuni problemi nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri”, *cit.*, pp. 261-288; K. SEELMANN, “Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell’Illuminismo”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2001, pp. 3-25; D. IPPOLITO, “Pensamiento jurídico ilustrado y proceso penal: la teoría de las pruebas judiciales en Gaetano Filangieri y Mario Pagano”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 2008, 1, pp. 61-75.

46 G. FILANGIERI, *La Ciencia de la legislación*, trad. de J. Ribera, tomo III, libro III, capítulo XXVII, Madrid, 1821, Imprenta de D. Fermín Villalpando, p. 313.

47 *Ibíd.*

48 Sobre la cuestión de la pena de muerte en Filangieri, véase A. TUCCILLO, “Droit de punir et légitimation de la peine de mort dans la *Scienze de la legislation* de Filangier”, en L. Delia y F. Hoarau (dir.), *Corpus, revue de philosophie*, 2012, 62, pp. 229-241.

derecho de castigar la violación de las leyes naturales (de las que “todos ellos son vengadores y conservadores”⁴⁹); y si esta violación hizo digno de muerte al transgresor, todo hombre tiene derecho de quitarle la vida”⁵⁰. El que atenta contra la vida de otro pierde inmediatamente su propio derecho a la vida: es una sanción natural, de la que la pena de muerte constituye la ejecución material.

Una sanción tal se basa evidentemente en un principio de justicia retributiva. La retribución del mal con el mal es, pues, para Filangieri, una ley de la naturaleza. Es una ley que la naturaleza, que “nada hace (...) sin algún objeto”⁵¹, ha grabado en el alma de los hombres.

“¿Quién de nosotros —se pregunta— no padece al ver que queda impune un delito? ¿Quién no se alegrará cuando la justicia condena al reo a la pena que tiene merecida? ¿Quién, al oír la relación de un crimen atroz, no quisiera tener en sus manos al (...) que lo cometió, para vengar el daño que hizo?”⁵².

Si los retribucionistas Genovesi y Pagano utilizan a menudo argumentos tomados de la teoría utilitarista de la función preventiva de las penas, el utilitarista Filangieri no desdeña servirse de una teoría retribucionista. La coexistencia de estas posiciones doctrinales, generalmente consideradas como alternativas y en conflicto, es bastante común en los filósofos de las Luces. Cabría retomar el análisis de las ideas de Montesquieu o desarrollar la alusión a Mably para mostrar que uno y otro conciben la pena como justa retribución y al mismo tiempo como medio de prevención. Se podría asimismo extender el campo del análisis a otros textos, como por ejemplo los artículos jurídicos de la *Encyclopédie* suscritos por Jaucourt⁵³ o la *Théorie des loix criminelles* de Brissot de Warville, para constatar el mismo dato⁵⁴. Más que utilitarista, la doctrina de la pena que predomina en el discurso de los

49 G. FILANGIERI, *La Ciencia*, cit., p. 322.

50 *Ibid.*, p. 327.

51 *Ibid.*, 323.

52 *Ibid.*, p. 324.

53 “En el espíritu del Caballero (de Jaucourt), retribución y utilidad aparecen como dos elementos susceptibles de coexistir en una articulación coherente”, subraya L. DELIA en “Crime et châtement dans l’*Encyclopédie*. Les enjeux de l’interprétation de Montesquieu par de Jaucourt”, en *Dix-huitième siècle*, 2009, 41, p. 478.

54 Véase J.-P. BRISSOT DE WARVILLE, *Théorie des loix criminelles*, Berlin, 1781, tomo I, p. 128 (“la pena es una expiación del crimen por el culpable, que tiene como fin reparar el daño hecho al interés general o al de los particulares”) y p. 131 (“La pena del delito público tiene tres fines: 1 *la reparación del daño* inferido al orden social; 2 *el ejemplo que debe darse* a los miembros de la sociedad; 3 *impedir que el culpable* siga haciendo daño. La pena del delito privado tiene otro fin, la reparación del daño hecho al ciudadano perjudicado” (la cursiva es mía).

reformadores del siglo XVIII resulta ecléctica (como ecléctica es casi toda la reflexión filosófica de las Luces).

Desde este punto de vista, la posición de Beccaria no es, pues, del todo representativa. Es cierto que él es resueltamente anti-retribucionista; pero, como ha hecho ver recientemente Philippe Audegean, no es precisamente iusnaturalista⁵⁵. Si se tiene en cuenta el carácter central de la doctrina del Derecho natural en la filosofía penal de las Luces, su componente retribucionista no puede ser considerada como excéntrica. Y menos todavía dejada de lado.

55 Véase PH. AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria*, Paris, Vrin, 2010, capítulo I, en particular, pp. 45-55.