

SALUSTIO, «*DE CONIURATIONE CATILINAE*». LA POLÉMICA ACERCA DE LA PENA DE MUERTE Y UN INTERROGANTE: ¿QUIEN ATENTA CONTRA LAS LEYES PUEDE VALERSE DE ELLAS?

Comunicación presentada por las Profesoras MIRTA BEATRIZ ÁLVAREZ
y GABRIELA MARTA ALONSO PÉREZ

I. INTRODUCCIÓN

En la presente comunicación trataremos un caso de la historia de Roma, la conjuración de Catilina, para analizar la polémica acerca de la pena de muerte y un eterno interrogante: ¿Quien atenta contra las leyes puede valerse de ellas?

La conspiración de Lucio Sergio Catilina habría sido el primer intento de desestabilización del orden romano a cargo de un enemigo interno.

El método de trabajo consistió en analizar el momento histórico, la obra de Salustio ¹, «*De Coniuratione Catilinae*» ², y específicamente los discursos atribuidos a César y Catón ante el Senado, destacando los argumentos que ellos esgrimen acerca de la pena de muerte.

En cuanto a la recepción, se analizaron sucesivamente el derecho al debido proceso, el delito de atentado contra el orden constitucional, y la pena de muerte, con una reseña

¹ Se han manejado dos traducciones de la obra para la presente comunicación: «La Conjuración de Catilina», Edición de Avelina Carrera de la Red, Ediciones Akal S.A., Madrid, 2001, y «Conjuración de Catilina» Texto latino con dos traducciones por Manuel C. Díaz y Díaz, Colección Gredos Bilingüe, Editorial Gredos, Madrid, 1948. Hemos indicado expresamente aquellos pasajes en que las interpretaciones difieren de manera notable.

² «The affair of Catiline was ideally suited to S. (Sallust)'s purposes. It presented an opportunity to examine the moral degeneracy of the late Republic, it involved most of the leading personalities of S.'s lifetime, and the sources were abundant. As S. himself remarks, this affair was particularly noteworthy because of the singular nature of the crime and the danger it posed to the state (cat. 4.4)», *Sallust's Bellum Catilinae*, edited with Introduction and Commentary by J.T. Ramsey, American Philological Association, Gilbert W. Lawall, Series Editor, Scholar Press, Atlanta, Georgia, 1983. p. 8.

Mirta Beatriz Álvarez y Gabriela Marta Alonso Pérez

histórica de los diferentes proyectos de Código Penal, el Código Penal Argentino vigente, como así también las disposiciones incluídas en la Constitución de la Nación Argentina, con las modificaciones introducidas por la reforma de la Carta Magna de 1994.

a) Situación histórica

Según opinión de Montero Díaz, desde mediados del siglo II a.C., Roma se constituye en la potencia decisiva del mundo mediterráneo y el Senado en el árbitro de sus destinos. Pero la constitución romana resultaba insuficiente para resolver las novedades, los problemas y contradicciones que aquel mundo presentaba. Resultaba incluso anticuada y tosca para regir su propia evolución, su propio desarrollo interno social y político. Roma era el centro responsable y rector de aquel *orbis terrarum* ³.

En torno del año 65 a.C., la situación de Roma era confusa. El hervor político proseguía bajo el vacilante régimen senatorial. Un ambiente de conspiración flotaba sobre la ciudad.

Es en ese tiempo que encontramos a los protagonistas del acontecimiento histórico que analizaremos. Cicerón, entusiasta republicano y conservador, defendía a todo trance la autoridad omnímoda del Senado y la legalidad republicana. Marco Porcio Catón, joven político nacido en el año 95, con un ilustre pasado familiar, representaba la más pura tradición republicana y senatorial, y el sentido estoico y romano de la virtud. Marco Licinio Craso, personaje opulento, era fiel reflejo de la clase de los caballeros, capaz, por otra parte, de cualquier alianza en una situación crítica. Julio César, familiarmente ligado a Mario y Cinna, heredero de sus simpatías por el partido popular, y que había sido perseguido en plena juventud por Sila, maduraba planes personales para los que no excluía la combinación más ventajosa. Finalmente, el personaje central, Catilina, nacido en el año 108, a los cuarenta y tres años de edad, poseía en Roma popularidad y prestigio.

Catilina no era un doctrinario rígido como Catón, ni un oportunista como Craso, ni un servidor de la aristocracia como Cicerón. En el año 65 la posición de Catilina es análoga a la de César: quiere el poder, como lo anhela César y como éste, acumula profundas experiencias ⁴. El poder es para Catilina —como para César— un instrumento al servicio de una idea ⁵. La puerta de su partido queda abierta a todos. Acepta todas las alianzas. Escoge el camino de la legalidad, y cerrado éste, el de la violencia.

³ MONTERO DÍAZ, Santiago, Estudios de Historia Antigua y Medieval, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 54.

⁴ César nunca abandonó el partido de Mario y los Gracos. En cambio, Catilina pasó de la oligarquía al pueblo (Jacques Madaule).

⁵ MONTERO DÍAZ, *op. citada*, p. 65 y 66.

La polémica acerca de la pena de muerte y un interrogante: ¿Quién atenta contra las leyes puede valerse de ellas?

b) Las fuentes para el estudio de Catilina

No podemos conocer el carácter, su significación y la obra de Catilina sino por medio de sus irreductibles adversarios: Cicerón y Salustio ⁶. A través de los discursos de Cicerón no resulta posible catalogar los delitos de Catilina; bastaría resumir: los ha cometido todos. Tampoco vale la pena enumerar los vicios que Cicerón le atribuye: todos. Ni los defectos: Catilina posee también la totalidad de los defectos humanos ⁷.

El otro autor que nos introduce a Catilina es un escritor de alto estilo: Cayo Crispo Salustio. Según Schwartz el objeto de su obra sería demostrar que César no había tenido relación alguna con Catilina y sus conjuraciones. Montero Díaz ⁸ sostiene que la interpretación de Schwartz es excesiva: Salustio sirve a César, e insiste con empeño en situarle alejado del ámbito y de las intenciones de los conspiradores. Pero el objeto general de la obra queda fuera de ese propósito. La obra está escrita a raíz de la muerte de César, y en ella Salustio descarga la tormenta moralizadora. Escribe su libro a los cuarenta y cinco años, veinte años después de los hechos que narra. No tiene los motivos directos que movieron a Cicerón, para abrumar a Catilina con una campaña implacable. Salustio busca defender a César de los ataques que debía estar sufriendo su memoria, y denuncia la irracionalidad del poder único, reclama el consenso de la aristocracia, y asienta la recuperación de la auténtica *uirtus* como única posibilidad de salvación ⁹. El mal gobierno de los nobles parece ser para el historiador una de las causas de la ruina nacional.

II. ANÁLISIS DE LA OBRA DE SALUSTIO

No hay acuerdo sobre cuál debería ser título original de esta obra. Algunos autores, siguiendo a Quintiliano (3.8.9), proponen *Bellum Catilinae*, otros, tomando el sintagma del propio Salustio (en 4.3) prefieren titularla *De Coniuratione Catilinae* ¹⁰.

Los acontecimientos que se relatan en esta monografía se desarrollan entre los años 66 y 63 a.C.

A su regreso a Roma desde la provincia de Africa, en el 66, Catilina se presenta a las elecciones consulares, en las que aspira salir elegido con el apoyo de Craso y César. Acusado de concusión por sus actividades en Africa, es borrado de las listas electorales por

⁶ Cicerón y Salustio coinciden en la indignidad del personaje. Pero Cicerón quiere denigrar a su adversario y Salustio justificar a César. Sin embargo, Salustio redime al personaje principal de su obra, al narrar el comportamiento de Catilina y sus soldados en la batalla final de Pistoya.

⁷ MONTERO DÍAZ, *op. citada*, p. 67.

⁸ *Op. citada*, p. 69 y ss.

⁹ Salustio, *La Conjuración de Catilina*, edición de Avelina Carrera de la Red, Ediciones Akal S.A., Madrid, 2001, p. 25 y ss.

¹⁰ Salustio, *op. citada* (Edición Carrera de la Red), p. 22 y ss.

Mirta Beatriz Álvarez y Gabriela Marta Alonso Pérez

un decreto del Senado. Trama entonces lo que se ha dado en llamar «la primera conjuración» ¹¹. Esta fracasa, pasando prácticamente desapercibida.

En el año 64 siete candidatos aspiran a ocupar el consulado. Entre ellos, L. Antonio, L. Catilina y M. Tulio Cicerón. Catilina y Antonio acuerdan unirse para combatir a Cicerón. Catilina promete la anulación de las deudas y la partición de las propiedades privadas ¹², lo que provoca la reacción entre senadores y caballeros en favor de Cicerón, que fue elegido como cabeza de lista, seguido de lejos, por Antonio.

Catilina se presenta por tercera vez a elecciones consulares y por tercera vez, es derrotado, esta vez por Silano y Murena, lo que lo incita a lanzarse a la guerra y buscar una solución drástica.

Esta conjuración de Catilina se desarrolla a fines del año 63 y termina en enero del año 62 a.C., cuando tiene lugar la batalla de Pistoya, donde ocurre la muerte de Catilina.

El plan consistía en asesinar a Cicerón en su propia casa, pero éste consigue escapar del atentado. Cicerón decide someter el caso a la deliberación del Senado. Y, como suele hacerse en los momentos de extrema gravedad, el Senado decidió que los cónsules «habían de cuidar que la República no recibiese ningún daño». Según la costumbre de Roma, por este decreto el Senado concede a un magistrado el más alto grado de poder: alistar un ejército, dirigir la guerra, obligar por todos los medios y a los aliados y a los ciudadanos a cumplir su deber, y en la paz y en la guerra ejercer la potestad suprema tanto civil como militar. De no ser así, sin un mandato del pueblo no tiene el cónsul facultad para hacer ninguna de estas cosas (*De Coniuratione Catilinae*, 29) ¹³.

A pesar de todas las medidas de defensa tomadas, Catilina seguía adelante con sus propósitos y él mismo había sido acusado ante un tribunal por Lucio Paulo, de acuerdo con la Ley Plautia ¹⁴. Finalmente se presentó en el Senado. Cicerón se decide a descu-

¹¹ «S. attributes to Catiline a long-standing desire to seize absolute power and make himself master of Rome as Sulla has done in the Civil War of 83-82 B:C: (5.6). His account of the conspiracy commences with the description of a meeting held in June of 64, shortly before the consular elections...Inserted in this context is a flash-back to an earlier occasion when Catiline allegedly plotted to murder the consuls of 65 and seize control of the government. The details of this previous scheme, the so-called first conspiracy of Catiline, are discussed in Appendix II, where it is argued that the earlier conspiracy has no basis in historical fact.» Ramsey, *op. citada*, p. 15.

¹² Salustio, *op. citada* (Edición Carrera de la Red), p. 23.

¹³ «El 21 de Octubre de 63 a.C. se decretó este senadoconsulto último, por el que se autorizaba a los cónsules al uso de la fuerza para la protección del Estado, al tiempo que se suspendía el derecho de apelación del pueblo, ante la situación de emergencia que se estaba viviendo», Salustio, *op. citada* (edición Carrera de la Red), nota 92, p. 133.

¹⁴ «La Lex Plautia fue promulgada por el tribuno M. Plautio Silvano en el 79 a.C. castigando actos de violencia cometidos contra el Estado o ciudadanos particulares. Los colaboradores de Catilina fueron procesados en virtud de esta ley en el 62 a.C. (PS. SALL. In Tull. 2.3)», Salustio, *op. citada* (Edición Carrera de la Red), nota 99, p. 136.

La polémica acerca de la pena de muerte y un interrogante: ¿Quien atenta contra las leyes puede valerse de ellas?

brir la trama ante el Senado, en el templo de Jupiter *Stator*, donde pronuncia su *Primera Catilinaria*. Conmina a Catilina a abandonar Roma, éste después de amenazar y recriminar vivamente a Cicerón, se marcha airado del Senado y abandona Roma esa misma noche.

Con la detención en el Puente Milvio de los alóbroges, que habían prometido en un principio su colaboración a los conjurados, Cicerón consigue las pruebas para la acusación, a través de las cartas que los alóbroges llevaban consigo. Se detiene a Léntulo, Cetegeo, Estatilio, Gabinio, y Cepario, y se convoca al Senado en el Templo de la Concordia. Se alegraba (Cicerón) porque, descubierta la conjuración, veía que la ciudad quedaba fuera de peligro; pero le preocupaba el no saber qué convendría hacer con ciudadanos tan importantes sorprendidos en un delito tan enorme: pensaba que castigarlos iba a traer una responsabilidad muy grande sobre él, y dejarlos impunes sería la perdición de la República (*De Coniuratione Catilinae*, 46) ¹⁵.

El día 5 de diciembre el Senado discute la pena que ha de imponerse a los conjurados. Silano, cónsul designado, se inclina a favor de la pena de muerte, decisión que apoya con gran fuerza Catón. César, pretor designado, se opone a la aplicación de la pena de muerte y sugiere prisión de por vida de los detenidos, en diferentes municipios de Italia. El Senado decide la pena capital y esa misma tarde, los conjurados son ejecutados por orden de Cicerón.

a) Argumentos expuestos en el Senado acerca de la pena a aplicar

Nos relata Salustio que Decio Junio Silano quién votaba primero por ser cónsul electo, opinó que los que se hallaban presos en custodia debían ser condenados a la pena capital, pero más tarde, convencido por el discurso de César, Silano manifestó que se iba a sumar al dictamen de Tiberio Nerón, el cual había opinado que ese asunto debía debatirse de nuevo, añadiendo más soldados a los que estaban de guarnición ¹⁶.

Los argumentos de César en contra de la pena de muerte se encuentran en 51 de la obra de Salustio, y sus afirmaciones se encuentran confirmadas por Cicerón en la Tercera y Cuarta Catilinaria ¹⁷.

¹⁵ «Efectivamente, unos años después, la ejecución de los conjurados supondría el destierro para Cicerón; las circunstancias que envolvieron el proceso tuvieron más peso que la autoridad especial que el *senatusconsultum ultimum* confería al cónsul» (Salustio, *op. citada*, Edición Carrera de la Red, nota 136, p. 150).

¹⁶ «T. Nerón, abuelo del futuro emperador Tiberio, fue legado de Pompeyo en la guerra contra los piratas. Su propuesta debió ser simplemente un aplazamiento de la decisión hasta que las tropas de Catilina hubiesen sido derrotadas y se llevase a cabo una investigación más profunda (Apiano, *Bellum civile* 2.5, recoge la intervención de Nerón en el mismo sentido), Salustio, *op. citada* (Edición Carrera de la Red), nota 158, p. 56.

¹⁷ Tercer discurso de Cicerón pronunciado ante el pueblo, y Cuarto, pronunciado ante el Senado, Cicerón, *op. citada* (sub 28), p. 180 y ss.

Mirta Beatriz Álvarez y Gabriela Marta Alonso Pérez

En primer lugar César manifiesta que no pueden tomarse correctas decisiones movidos por la ira, el odio o la pasión y se refiere a episodios (en la guerra de Macedonia y en las Guerras Púnicas) en que los antepasados, frente a los que le pedía la inclinación de su pasión, eligieron actuar con rectitud y moderación.

César pide a los senadores que no atiendan más a sus deseos de venganza que a su reputación y dignidad.

Si se considera que ese castigo guarda proporción con su delito, yo apruebo esa insólita determinación; pero si la magnitud del delito es tal que supera todo lo imaginable, entonces pienso que debemos tomar otras medidas que vengan avaladas por nuestras leyes ¹⁸, habría manifestado César en su discurso.

César condena la actitud de los que le precedieron en la palabra y que enardecieron aún más los ánimos, al relatar las consecuencias nefastas que tendría una guerra y si bien manifiesta que a cada uno le está permitido un modo de reaccionar diferente, sostiene que cuanto más alta es la categoría de un hombre, menos libertades puede tomarse: no le está permitido ni tener favoritismos ni antipatías, y menos aún dejarse dominar por la ira. Pues lo que en los demás llamamos ira, en los que mandan lo consideramos despotismo y tiranía ¹⁹.

La posición de César queda plasmada definitivamente en el siguiente pasaje: Yo, sinceramente pienso, padres conscriptos, que todas las torturas son menores que los crímenes de estos hombres. Pero la mayor parte de los hombres sólo se acuerdan del final de las cosas, y en lo que respecta a los criminales se olvidan de sus delitos y discuten el castigo que se les impuso, si fue demasiado riguroso.

César alaba la rectitud de carácter y la integridad de Silano, descartando que se haya dejado llevar por su ira al efectuar su dictamen, pero sostiene que el castigo inusual votado por el cónsul electo, es extraño a lo establecido en las leyes de la República ²⁰.

¹⁸ «Legalmente el Senado no tenía derecho a sentenciar a muerte a ciudadanos romanos, prerrogativa que correspondía al pueblo. G. Graco en 123 a.C. dictó la *Lex Sempronia* por la cual se limitaba el derecho del Senado a nombrar tribunales especiales para delitos castigados con la pena capital sin antes haber recibido la aprobación de la asamblea popular. Le correspondía al magistrado revestido de poderes absolutos por medio del *senatusconsultum ultimum* decidir si, dada la gravedad de la situación, se podía actuar obviando las leyes del momento», Salustio, *op. citada* (Edición Carrera de la Red), nota 164, p. 157 y 158.

¹⁹ Salustio, *op. citada* (Edición Carrera de la Red), p. 158. Otra interpretación, en cambio: «Lo que en otros se llama cólera, esto en el poder se llama soberbia y crueldad», Salustio, *Conjuración de Catilina*, Texto Latino con dos traducciones y vocabulario histórico, Editorial Gredos, Madrid, 1948, p. 110.

²⁰ «Pero su opinión me parece a mí no cruel —porque ¿qué puede ser cruel en relación a tales individuos?—, sino extraña a nuestra tradición penal. En efecto, a mi juicio o el temor o el delito te obligó Silano, como cónsul designado, a establecer un nuevo tipo de castigo», *op. citada supra* (nota 19), p. 110.

La polémica acerca de la pena de muerte y un interrogante: ¿Quien atenta contra las leyes puede valerse de ellas?

Para el que está sumido en la angustia y en la miseria, la muerte es el alivio de todas las penas, no un castigo; ella es el fin de todos los males del hombre; más allá de la muerte no hay lugar para la angustia ni para la alegría ²¹.

Se pregunta César si quizá porque lo prohíbe la Ley Porcia no se añadió la pena de azotes ²² a los condenados antes de aplicarles la pena de muerte, para luego afirmar: Hay leyes que prohíben quitar la vida a ciudadanos condenados, y únicamente prescriben el castigo del exilio ²³.

Asimismo exhorta César a los senadores a analizar las consecuencias que de su decisión puedan seguirse para otros casos, ya que las prácticas perniciosas han tenido su origen siempre en medidas acertadas, cuando el poder cae en mano de inexpertos o de hombres de conductas poco rectas. Una medida extraordinaria aplicada a los merecedores y dignos de ella, pasa a ser aplicada a los que no la merecen y es injusto que la sufran. César suministra el ejemplo de los lacedemonios que al vencer a los atenienses en la Guerra del Peloponeso (431-404 a.C.) les impusieron un régimen oligárquico conocido como de los Treinta Tiranos, que comenzaron por dar muerte a los individuos más perversos, sin juicio previo. El pueblo los aplaudía, hasta que poco a poco fueron tomándose más libertades y mataron a capricho a buenos y malos y el pueblo se horrorizó ²⁴. Luego hace referencia a Sila, quién habría ordenado degollar a Damasipo y a otros de su calaña. Todos aplaudieron la medida, hasta que los seguidores de Sila comenzaron a intrigar para que se incluyeran en las listas de los proscriptos a todos aquellos cuyos bienes ambicionaban y no se detuvieron las ejecuciones, hasta que Sila colmó de riquezas a sus partidarios.

César no teme que ocurra nada de esto con Cicerón, pero se crearía un precedente y algún otro cónsul podría valerse de él y nadie podría detenerlo.

Finalmente hace referencia a la facilidad de los romanos para adoptar costumbres de otros pueblos, si eran realmente provechosas. Así tomaron de Grecia la aplicación de la pena de azotes a los ciudadanos y si eran condenados a la pena capital, los ejecutaban ²⁵.

²¹ Cicerón en la Cuarta Catilinaria (4.7) recoge también esta referencia que niega toda vida ultraterrena.

²² «Pero si porque es más leve, ¿cómo se compagina el temor a la ley en un asunto pequeño y violarla en uno mayor?», *op. citada* supra (nota 19), p. 112.

²³ A comienzos del s. II a.C. se dictaron tres *Leges Porciae*, cuyo contenido preciso no se conoce con exactitud. Según testimonio de Cicerón (rep. 2.54) las tres imponían sanciones a quienes castigasen a un ciudadano romano sin haber atendido a la *provocatio*. Cicerón trata de demostrar que tales leyes no podían aplicarse en este caso, ya que Léntulo y los demás, habían perdido su categoría de ciudadanos romanos al haberse levantado en armas contra su patria (Catil. 4.5.10). Salustio, *op. citada* (Edición Carrera de la Red), nota 167, p. 159.

²⁴ Este suceso nos hace rememorar en épocas más actuales las palabras generalmente atribuidas a Bertold Brecht, con relación al nazismo que comienzan así: «Primero los nazis vinieron por los comunistas, pero como no era comunista, no alcé la voz...». Al decir de James Neilson (Revista Noticias N° 1411, p. 18), en realidad no corresponden a Brecht sino a un militar y pastor protestante llamado Martín Niemöller.

²⁵ Así, la ley de las XII Tabas contemplaba la pena de muerte para determinados delitos.

Mirta Beatriz Álvarez y Gabriela Marta Alonso Pérez

Pero cuando la República alcanzó mayor grado de desarrollo, los partidos políticos se hicieron más poderosos y comenzó la persecución de inocentes y todo tipo de atropellos, se dictaron la *Lex Porcia* y otras leyes por las cuales a los condenados se les concedía la posibilidad de ir al destierro ²⁶.

Concluye el discurso de César con la siguiente recomendación: Mi dictamen es que deben serles confiscados los bienes; que ellos deben seguir en prisión, repartidos por aquellos municipios que tengan más recursos; que nadie vuelva a someter a deliberación del Senado o lleve ante el pueblo su causa, y que, si alguien lo hiciere, el Senado lo declare enemigo de la República y el bien común.

Luego del discurso de César los senadores fueron votando en uno u otro sentido, hasta que llegó el turno a Marco Porcio Catón, quién pronunció un discurso con el cual terminará justificando la aplicación de la pena de muerte. El argumento esgrimido por Catón ²⁷ es que los discursos que se han escuchado han centrado su atención en el castigo, cuando lo importante es concentrarse en defenderse de los conjurados. Sostiene que los demás delitos han de ser perseguidos luego de que se han cometido, pero en este caso, hay que tratar de impedirlo, antes de que se cometa, ya que, una vez tomada una ciudad, ningún derecho les queda a los vencidos y resulta imposible reclamar justicia.

Catón exhorta a los senadores: despertad de una vez y afrontad la defensa de la República... son nuestra libertad y nuestra propia vida las que están en peligro.

Crítica el castigo sugerido por César, en primer lugar, porque si ordena que sean encarcelados en distintos municipios, Catón presume que la razón es que César teme que sean liberados si son mantenidos en Roma. Pero Catón sostiene que el peligro no se encuentra sólo en Roma, sino en toda Italia y los conjurados podrían ser liberados más fácilmente en los municipios, donde las fuerzas defensivas son menores. Les hace saber a los senadores que cuando tomen una decisión sobre Léntulo y los demás detenidos, estarán decidiendo sobre los soldados de Catilina y sobre todos los conjurados. Cuanto mayor sea la energía con que actúen, tanto menor será su atrevimiento.

Como César, también Catón se refiere a los antepasados que hicieron grande la entonces pequeña República. No fue ni con las armas ni los caballos ni las alianzas, sino

²⁶ En contra de la manipulatoria opinión de César: «Frente a la condena de muerte el condenado tenía dos alternativas: una era efectuar la *provocatio* al *populus*...; la segunda era la de evitar la pena de muerte mediante el exilio voluntario. Es decir, la condena a muerte era una forma de separarlo definitiva y totalmente de la sociedad...El exilio era una forma de autoexcluirse de la pertenencia a la comunidad, que, precisamente mediante la condena a muerte, se preservaba de un individuo que le resultaba peligroso», Rinaldi, Norberto, Lecciones de Derecho Romano, Introducción, Fuentes, Derecho Procesal y Derecho Penal, Editorial Edictum, Buenos Aires, 2003, p. 223.

²⁷ Los argumentos de Catón se encuentran asimismo en la Cuarta Catilinaria, Cicerón, *op. citada* (sub 28), p. 189.

La polémica acerca de la pena de muerte y un interrogante: ¿Quien atenta contra las leyes puede valerse de ellas?

con cosas que a ellos les faltan: en casa, amor al trabajo, fuera, un gobierno justo; y un espíritu libre en las decisiones, no sujeto a ninguna culpa ni a pasión alguna.

Luego de manifestar que no se puede actuar con misericordia ²⁸ en un caso de tal gravedad, Catón emite su voto: Puesto que la República se encuentra en una situación extrema por el nefando complot de unos perversos ciudadanos ²⁹, y puesto que los tales, por una delación de Tito Volturcio y de los legados de los alóbroges, son reos convictos y confesos de haber preparado contra los ciudadanos y contra la patria, asesinatos, incendios y otros abominables y sangrientos crímenes, a tales reos confesos, como sorprendidos en flagrante delito capital debe serles aplicada la pena de muerte ³⁰.

Cuando Catón terminó su discurso, los senadores alabaron su entereza. El decreto del Senado fue redactado de acuerdo con la opinión de Catón. Los prisioneros fueron ejecutados ese mismo día.

b) Síntesis de los argumentos de César y Catón

Podríamos sintetizar los argumentos vertidos en los discursos de César y Catón (a quienes Salustio se encarga de comparar y alabar en los tramos siguientes de su obra ³¹) de la siguiente manera:

1. Argumentos de César

— No dejarse llevar por la pasión para evitar decisiones equivocadas (la ira en los que mandan lo consideramos despotismo o tiranía).

— Tomar el ejemplo de los antepasados y actuar con rectitud y moderación.

— No apartarse de lo que indican las leyes (argumento que reafirma al referirse al voto de Silano y al propio interrogante que se formula César con relación a la falta de aplicación de los azotes).

²⁸ «Deseo, padres conscriptos, ser clemente; deseo también, en peligro tan extremo de la República, no parecer débil; pero ya condeno mi inacción, mi falta de energía», Cicerón, sostiene el mismo argumento en su Primera Catilinaria, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 154.

²⁹ Cicerón, en su Primera Catilinaria, op. citada, p. 159, manifiesta «Jamás en esta ciudad conservaron derecho de ciudadanía los que se sustrajeron a la obediencia de la República», argumento que reitera en la Cuarta Catilinaria, op. citada (Edición Carrera de la Red), p. 184.

³⁰ Catón se ocupa de remarcar que los reos habían sido sorprendidos *in fraganti*, ya que era en el único caso en que podía aplicarse la pena de muerte sin juicio previo. (Salustio, op. citada, Edición Carrera de la Red, nota 187, p. 168).

³¹ «Sallust prompts the attempt to create a true antithesis, like that of 3.3, by assigning the lack of each man's virtue to the other: Caesar is accused of duplicity and Cato of *illiberalitas*», Batstone, The Antithesis of Virtue, Classical Antiquity, Volume 7, N.º 1, April 1988, Editorial Board, University of California.

Mirta Beatriz Álvarez y Gabriela Marta Alonso Pérez

— La gente recuerda el final de las cosas: sobretodo el castigo si fue riguroso, más que el delito cometido.

— La muerte no es un castigo: es el alivio de todas las penas.

— Considerar las consecuencias que esta decisión pueda tener en otros casos. Una medida extraordinaria aplicada a un caso que la merece, puede luego ser aplicada a quiénes no la merezcan sufrir, si el poder cae en manos de inexpertos o de personas de conducta poco recta. La decisión que se tome creará un precedente y ¿quién pondrá freno cuando otro cónsul la utilice?

— Tomando de otros pueblos lo que consideraban más provechoso, Roma introdujo de Grecia la pena de azotes y la de muerte. Pero cuando los partidos políticos se hicieron demasiado poderosos y se cometieron todo tipo de atropellos y abusos, se dictaron leyes que concedían la posibilidad a los condenados de ir al destierro.

Conclusión: César sugiere como condena la confiscación de todos los bienes y prisión de los conjurados en diferentes municipios, sin que su caso pueda volver a tratarse en el Senado o ante el pueblo.

2. Argumentos de Catón

— Los expositores que le han precedido en la palabra, han centrado sus discursos en el castigo. Hay que concentrarse en las medidas, para protegerse de los conjurados. Este es un delito en que las medidas deben tomarse antes de que éste acontezca, pues una vez cometido, ningún derecho queda a los vencidos.

— Lo que está en juego es la libertad y la vida.

— Hay que actuar con severidad para demostrar energía a Catilina y los demás conjurados. Se debe dar una sanción ejemplar.

— Recuerda a los antepasados que hicieron grande la República, quienes tenían un espíritu libre para tomar decisiones sin culpa alguna.

— No se puede actuar con misericordia. La misericordia implica debilidad para Catón.

Conclusión: Catón pide que se los castigue a los detenidos como se castigaba en la antigüedad a los que eran sorprendidos *in fraganti*: con la pena de muerte.

c) La transmisión del texto y la pervivencia literaria de Salustio

Carrera de la Red sostiene que la transmisión textual de Salustio en la Antigüedad es relativamente pobre en lo que a tradición directa se refiere. Por el contrario, la tradición indirecta en la obra de Salustio tiene una gran importancia. Citas y referencias de sus trabajos se repiten en gramáticos, filósofos e historiadores. Los antiguos *testimonia* contri-

La polémica acerca de la pena de muerte y un interrogante: ¿Quien atenta contra las leyes puede valerse de ellas?

buyen a reconstruir el texto original de Salustio, en especial en aquellos pasajes que se han perdido. San Agustín es, en este sentido, una fuente de capital importancia ³².

La consideración de la obra de Salustio en la época antigua es diversa y controvertida, como lo fue su vida. Será Tácito el autor de primera época imperial sobre el que Salustio va a dejar mayor impronta en su pensamiento y su arte literario. Se da entre ellos cierta afinidad de espíritu y coincidencia en la necesidad de recuperar la antigua *libertas* y la *uirtus* de los *maiores*, y en la consideración de que la causa de la decadencia política fue la degeneración moral.

En la Edad Media, Salustio es conocido por tres facetas analizadas por B. Smalley: moralista, modelo de estilo propuesto como tal en las Facultades de Artes e historiador.

Los Padres de la Iglesia encuentran en Salustio un ejemplo práctico de su teoría moralizante.

Con las versiones en lenguas vernáculas, comienzan en el Renacimiento las traducciones de autores clásicos. Una larga tradición popular acoge el personaje de Catilina, la historia de su lucha de ambición y enfrentamiento contra Cicerón y el Estado Romano y su trágica muerte en el campo de batalla, inspirando composiciones literarias que tienen en su base las obras de Cicerón, Salustio y Apiano.

En América el hecho histórico de la conjuración de Catilina se conoce y tiene un gran arraigo en el espíritu revolucionario de algunas épocas. Ya en el mismo siglo XVI un autor criollo, Juan Suarez de Peralta, introduce el episodio de la conjuración de Martín Cortés ³³, hijo del conquistador, y otros nobles españoles contra la Corona, relatando esta sublevación y el castigo impuestos a los conjurados, destierro, en unos casos y ejecución en otros; el tono de la narración, como la referencia a dos conjuraciones y la descripción de la cárcel, evoca el texto clásico, sobre todo el hondo dramatismo de la monografía salustiana ³⁴.

Alejandro Dumas, padre, (1803-1870) también escribió en colaboración con Auguste Maquet un «Catilina», con interesantes referencias políticas contemporáneas.

En 1848, el primer drama de Henrik Ibsen (1828-1906) se titulaba «Catilina». Los movimientos franceses y europeos de 1848 le dan al personaje el valor de un símbolo revolucionario, sirviendo de pretexto histórico para reivindicaciones sociales y económicas. El teatro de Cristianía (actual Oslo) prohibió su representación ³⁵.

³² Salustio, *La Conjuración de Catilina*, Edición de Avelina Carrera de la Red, Ediciones Akal S.A., Madrid, 2001, p. 65 yss.

³³ «Cortés, Martín (1535-1589) Hijo de Hernán Cortés. Heredó el marquesado de Oaxaca, en donde en 1565 intentó proclamarse rey. Derrotado (1566), fue confinado en Orán. Recuperó sus bienes en 1574». Gran Diccionario Salvat, Salvat Editores, S.A., Barcelona, 1992, T.º 1, p. 401.

³⁴ Salustio, *op. citada* supra (Edición Carrera de la Red), p. 75.

³⁵ Salustio, *op. citada* (Edición Carrera de la Red), p. 76.

Mirta Beatriz Álvarez y Gabriela Marta Alonso Pérez

III. LA RECEPCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

En esta parte de la comunicación, nos dedicaremos a reseñar la recepción en la legislación argentina, especialmente en el marco constitucional, de determinados temas tratados en la obra de Salustio, «La Conjuración de Catilina», a saber:

- Juicio previo o debido proceso y derecho de defensa en juicio;
- El delito de atentado al orden constitucional y a la vida democrática;
- La pena de muerte.

a) Juicio previo o debido proceso y derecho de defensa en juicio

Se trata de dos garantías del proceso o derechos del individuo dentro del proceso constitucional. Ambas se encuadran dentro del denominado «derecho a la jurisdicción», que es el que tiene todo habitante de recurrir al órgano judicial de gobierno cuando es vulnerado, violado o limitado, algún derecho o libertad por parte de las autoridades o de terceros en general.

Esta garantía- el derecho a la jurisdicción- no está formalmente contemplado en la Constitución de la Nación Argentina, la cual, sin embargo, incluye expresamente sus cuatro manifestaciones, como juicio previo o debido proceso, defensa en juicio, ley anterior al hecho del proceso y jueces naturales ³⁶.

Nos referiremos a continuación a las dos primeras manifestaciones.

1. Juicio previo o debido proceso

El artículo 18 ³⁷ de la Constitución establece que «nadie puede ser penado sin juicio previo». Es decir, que para que un sujeto pueda ser pasible de una condena o pena, es necesario que antes se desarrolle un trámite procesal denominado juicio, en el cual deben cumplirse las etapas de acusación, defensa del acusado, prueba y sentencia.

³⁶ LONIGRO, Félix Vicente, Las garantías constitucionales, en «Instituciones de Derecho Público» de MADUEÑO, Raúl y otros, 3º Edición, Editorial Macchi, Buenos Aires, 2003, p. 365 a 367.

³⁷ Art. 18: «Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice». Constitución de la Nación Argentina, 2.º Edición, Biblioteca del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1996.

La polémica acerca de la pena de muerte y un interrogante: ¿Quien atenta contra las leyes puede valerse de ellas?

Ese juicio, previo a la sentencia, que finalmente aplique o no una condena, se conoce como debido proceso.

Si no tiene lugar este procedimiento, no puede el juez dictar una sentencia y, por lo tanto, no puede condenarse a nadie.

Por su parte, el acusado tiene la seguridad de que, mientras no se dicte una sentencia que lo declare culpable o lo absuelva, goza de la presunción de inocencia (art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica).

En caso de duda, el Juez debe absolver en virtud del principio conocido como *in dubio, pro reo*.

La presunción de inocencia es el punto de partida de toda investigación criminal. Por consiguiente, cuando un Juez ordena durante el desarrollo de un proceso, la privación de la libertad del imputado, está tomando una medida de prevención, y no está aplicando anticipadamente una pena.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, dispuso que «toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público, en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa».

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, como el Pacto de San José de Costa Rica, son tratados de jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inc. 22, 2.º párrafo, de la Constitución de la Nación Argentina, por lo tanto obligan como la Constitución misma.

2. Defensa en juicio

Una de las etapas del debido proceso es el derecho de defensa, contemplado en el artículo 18 de la Constitución, cuando expresa «es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos».

Conforme el Pacto de San José de Costa Rica, esta defensa asegura al imputado los siguientes derechos:

- Comunicación previa al inculpado de la acusación que se le formula;
- Concesión al mismo del tiempo necesario y medidas adecuadas para que pueda preparar su defensa;
- Derecho de ser asistido por un abogado y de comunicarse libremente con el mismo;
- Derecho de ser asistido por un defensor oficial si no deseara el inculpado designar a un abogado particular;

Mirta Beatriz Álvarez y Gabriela Marta Alonso Pérez

— Protección contra interrogatorios inquisitivos tendientes a obtener la confesión, la cual sólo es válida si es efectuada sin presión alguna ³⁸.

b) El Delito de atentado al orden constitucional y a la vida democrática

La Constitución Nacional ha sido dictada para regular política y jurídicamente a la República Argentina en un contexto de normalidad. Pero ya en 1853 (época de la sanción de la Constitución en su redacción original), se contempló la posibilidad de que, en el futuro, pudieran producirse situaciones de emergencia, alteradoras de la normalidad jurídico-política del país.

La misma Constitución estableció un instituto de emergencia, cuyo nombre es estado de sitio, en el art. 23 ³⁹. Este es un mecanismo de autodefensa para cuando pudiera ocurrir un ataque exterior o una conmoción interior, que «pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella.» Dispuso para estos casos, la suspensión de las garantías constitucionales, previa declaración formal del estado de sitio.

Los constituyentes de 1853 previeron que el sistema podría estar en peligro pero no vislumbraron la posibilidad de una ruptura del sistema o golpe de estado. En virtud de la experiencia vivida en la Argentina desde 1930, el reformador dispuso el art. 36.

El art. 36 ⁴⁰ de la Constitución Nacional (incorporado por la reforma de 1994 en un capítulo titulado «Nuevos derechos y garantías») incrimina a: quiénes ejecuten «actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático», y a quiénes, como consecuencia de dichos actos de fuerza «usurpen funciones que la Constitución ha previsto para autoridades legítimamente instituidas».

³⁸ La compilación Justiniana recepta la aplicación de tormentos en el Título 18, del Libro 48 del Digesto y en el Título 41 del Libro 9 del Código.

³⁹ Art. 23: «En caso de conmoción interior o ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino».

⁴⁰ Art. 36: «Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriese en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función».

La polémica acerca de la pena de muerte y un interrogante: ¿Quien atenta contra las leyes puede valerse de ellas?

A los que incurran en estas conductas, se les aplica:

a) La sanción prevista en el art. 29 de la Carta Magna, que es la correspondiente a los traidores de la Patria, que configura un delito contemplado en el art. 119 ⁴¹ de la Constitución (tomar las armas contra la Nación o unirse a sus enemigos, prestándoles ayuda o socorro). El artículo 29 no fija pena, sino que delega esa facultad en el Congreso. Este órgano legislativo al sancionar el Código Penal, ha tipificado el delito de «traición a la patria» fijándole una pena que oscila entre los diez años de prisión y la reclusión perpetua. Esta es la sanción que se les aplica a quienes violen el orden constitucional.

b) Inhabilitación de por vida para ocupar cargos públicos.

c) Exclusión de los beneficios de un eventual indulto (que es una facultad del presidente para borrar la pena que la justicia aplica a un condenado en un debido proceso).

Las acciones son imprescriptibles, es decir, que el paso del tiempo no impide que puedan iniciarse querellas tendientes a obtener la condena de los implicados ⁴².

Consideramos que la incorporación del artículo 36 a la Constitución Nacional es muy positiva y está acorde con los acontecimientos históricos sucedidos en nuestro país durante las últimas décadas. Pensamos al igual que los Doctores Sabsay y Onaindía, que «la penalización constitucional de los golpes de estado y el castigo impuesto a sus autores, resultan un límite indiscutible para quienes imaginen repetir experiencias de nuestro pasado reciente. Si bien la norma no asegura que no se incurra en la conducta desviada, sirve de límite y de facilitador de cambios de conductas sociales».

La incorporación del art. 36 en la Constitución Nacional, ha introducido algunos cambios en los denominados delitos «contra los poderes públicos y el orden constitucional», previstos en el título X del Código Penal Argentino.

El Código Penal había tipificado el delito de «atentado al orden constitucional y la vida democrática», en virtud de la ley 23077, sancionada el 9 de agosto de 1984, llamada Ley de defensa de la democracia, que sustituyó el nombre de «rebelión» adscrito como epígrafe del capítulo I del título X. Este delito consiste, en síntesis, en alzarse en armas contra la Constitución o deponer alguno de los órganos de gobierno nacionales.

El párrafo segundo del artículo 226 que encabeza el capítulo I del Título X, trata como una circunstancia agravante del alzamiento «cuando éste se hiciera con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organiza-

⁴¹ Art. 119. «La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado».

⁴² LONIGRO, Félix Vicente «El Estado y sus elementos» en «Instituciones de Derecho Público» de Ma-
dueño y otros. Editorial Macchi, 3.^a Edición, Buenos Aires 2003, p. 66 a 68.

Mirta Beatriz Álvarez y Gabriela Marta Alonso Pérez

ción federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar aunque sea temporariamente la independencia económica de la Nación».

El párrafo tercero del referido artículo 226 del Código Penal, contempla una agravante mayor, «cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado militar».

El artículo 227 bis, se refiere al consentimiento de la consumación de los hechos expresados en el artículo 226, por parte de los miembros de alguno de los tres poderes del Estado Nacional o de las provincias, ya sea «continuando en sus funciones, o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos», o «haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes, con especificación, además, de los casos en que la colaboración a través de las continuación o asunción en determinados cargos, importa la comisión del delito».

Por último, el artículo 227 ter del mismo cuerpo legal, señala una agravante genérica para cualquier delito, cuando «la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional».

David Baigún ⁴³, Profesor Titular Consulto de Derecho Penal, realiza un estudio sobre el tema «El delito de atentado al orden constitucional y a la vida democrática y la reforma de la Constitución Nacional», donde analiza si la cláusula del nuevo artículo 36 de la Constitución admite las disposiciones incorporadas por la ley de «Defensa de la democracia» (Ley 23077) al Código Penal, o si es necesario revisar nuevamente la ley penal en esta materia, para ajustarla a la Constitución reformada.

Mencionaremos algunas de estas consideraciones, que son relevantes —según nuestra opinión— para el presente trabajo.

a) La ley 23077 introdujo un nuevo esquema en el Código Penal. El Capítulo I, que antes abarcaba bajo la rúbrica de «rebelión», el alzamiento militar y la concesión de poderes tiránicos, registra ahora otra dimensión. El alzamiento se categoriza como atentado al orden constitucional y aparecen dos modalidades de la conducta del atentado: el consentimiento de la quiebra del orden institucional y la asunción de funciones después del hecho de fuerza, aunque ambas podrían agruparse bajo el denominador común de *colaboración*.

b) El delito descrito por el art. 36 de la Constitución Nacional es el delito de «atentado al orden constitucional», aunque el texto no haya recogido esta denominación. Las dos modalidades son usurpación de funciones y el consentimiento del atentado, variante ésta última que se halla incluida dentro de la fórmula anterior.

⁴³ Ver: BIDART CAMPOS, G. y SANDLER, H. (coordinadores), «Estudios sobre la reforma constitucional de 1994», patrocinado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 43 a 56.

La polémica acerca de la pena de muerte y un interrogante: ¿Quien atenta contra las leyes puede valerse de ellas?

c) La formulación del art. 36 actúa a modo de categoría genérica frente a las conductas previstas en el Título X del Código Penal, aunque técnicamente encierra todos los componentes de un tipo penal.

d) La prevalencia de la norma constitucional obra como mandato sobre la legislación penal. La necesidad de la parificación de las penas para los autores del delito de atentado (art. 226) y los autores de la usurpación y el consentimiento (art. 227 bis), es una consecuencia de este principio. Del mismo modo, el tercer párrafo del art. 67 del Código Penal, deberá contener la cláusula de imprescriptibilidad de la acción penal, en sustitución de la actual, que suspende su curso.

c) La pena de muerte

1. Antecedentes históricos

Lo primero que debemos preguntarnos es si la **pena de muerte** es verdaderamente útil y justa en un gobierno organizado y, si como **pena ejemplificadora**, ha logrado formar mejores a los hombres en la sociedad.

La cuestión sobre si la pena de muerte debe existir o no, ha dado lugar a la aparición de escuelas a favor y en contra de la misma. Si bien los clásicos en su mayoría, bregaron por su abolición, algunos se manifestaron partidarios de la pena capital.

Garófalo la creyó necesaria para los criminales instintivos, desprovistos de sentido moral, que no deben formar parte de la sociedad. La rechaza, en cambio, para los alienados, para quienes propuso un tratamiento adecuado.

Lombroso sostuvo que debía aplicarse a los reincidentes cuando, a pesar de las otras penas que se les hubieran impuesto, reiteren sus crímenes, afirmando que si bien podía admitirse en los pueblos incivilizados, en los cultos debe, en lo posible, prescindirse de ella ⁴⁴.

Ferri abogó por su abolición, sosteniendo que es ineficaz, inhumana y no intimidatoria ⁴⁵.

La Iglesia Católica ha contado con partidarios de ambas tendencias. Frente a quienes sostuvieron que la vida humana está reservada a Dios y sólo Él puede quitarla, otros, como Santo Tomás, afirmaron que cuál un miembro gangrenado que ha menester separar del cuerpo humano, así, es preciso eliminar de la sociedad a la parte de ella que está en esa condición.

⁴⁴ El delito, sus causas y remedios, Madrid, 1902, Capítulo III, p. 574.

⁴⁵ Sociología criminal, Madrid, Tomo I, p. 250.

Mirta Beatriz Álvarez y Gabriela Marta Alonso Pérez

El promotor del abolicionismo, es Beccaría ⁴⁶, cuyo nombre completo es César Bonesana, Marqués de Beccaría. Nació en Milán el 15 de marzo de 1735 ó 1738. Internado en un colegio jesuita, en Parma, transcurre allí ocho años, cursando diversos estudios, principalmente de matemáticas (todavía en aquella época seguía la cultura anidándose en los viejos monasterios).

La educación de César Bonesana fue cuidadosa. Deseoso de nuevos horizontes intelectuales, se consagra a la filosofía. Él mismo habrá de declararse discípulo de los Enciclopedistas, inspirándose en la magna obra iniciada por Diderot y D'Alambert.

Discípulo de los jesuitas, aprende de ellos, pero se niega a entrar en ese círculo estrecho contrario a su amplitud de pensamiento.

Del Colegio que la Compañía de Jesús poseía en Parma, Beccaría se traslada a la Universidad de Pavía, en la que cursó estudios superiores y obtuvo el título de abogado.

Contaba con 26 años cuando Beccaría publicó la obra que habría de transmitir su nombre a la posteridad «*Dei delitti e delle pene*».

Posteriormente, colabora en el Periódico «*Il Caffè*», cuyo nombre proviene del lugar donde más frecuentemente se reunían un conjunto de hombres de la época; entre ellos, Pedro y Alejandro Veni (sus fundadores), Alfonso Longo y Bonesana, para discutir las ideas sociales y filosóficas de ese entonces.

Beccaría vivió lleno de vacilaciones. Su obra está por encima de sus propios merecimientos. Como afirma Orestes Ciatino en un trabajo biográfico sobre Beccaría «Aquel hombre que en la soledad de su estudio sentíase con tanta fuerza como para ir en contra de los prejuicios acumulados a través de siglos sobre la atribulada humanidad, al solo pensar que pudiera ser arrastrado ante el tribunal de la Santa Inquisición, se trastornaba. De ahí que (él, tan perezoso, milagro de la fiebre del pánico) en cinco días compuso un tomo de tamaño similar al de los *Delitti* en defensa del mismo...».

El genio de Beccaría obraba por reacciones insólitas, comprensibles en una naturaleza agitada. El tratado «De los delitos y de las penas», se debe más que nada a una reacción juvenil (tenía veinticinco años cuando inició la obra), propia de quien sufrió persecuciones injustas.

Cuando contaba veintidós años, César Bonesana disputó con su padre, el entonces marqués de Beccaría, con motivo de su proyectado enlace-consumado más tarde- con Teresa de Blasco. La oposición fue tan violenta que el Marqués de Beccaría solicitó, y obtuvo, la prisión de su hijo. Fue durante el tiempo que permaneció prisionero que pudo darse cuenta *de visu* de la arbitrariedad del régimen penitenciario, lo que hizo madurar en él, la idea de la obra que tanta resonancia habría de adquirir.

⁴⁶ BONESANA, César, Marqués de Beccaría «Tratado de los delitos y de las penas», precedido de un estudio previo sobre Beccaría y su obra por Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1978, p. 9 a 47 y Capítulo XXVIII «De la pena de muerte», p. 118 a 126.

La polémica acerca de la pena de muerte y un interrogante: ¿Quien atenta contra las leyes puede valerse de ellas?

Beccaría no es un penalista, se ha dicho, sino a lo sumo un publicista afortunado. La primera afirmación es correcta, pues, cuando escribió «*Dei delitti e delle pene*», no existía propiamente el Derecho Penal, y, al no ser su creador, imposible es que se le pueda otorgar tal denominación.

La gloria que sí le pertenece es la humanización del derecho punitivo, por lo que es posible afirmar que Beccaría fue el hombre que señaló el camino para la humanización de los castigos y marcó la ruta hacia la abolición de la pena de muerte.

En cuanto a su pensamiento, podemos destacar ciertas ideas:

Afirma que el origen de la sociedad es un pacto celebrado entre los hombres, en el que éstos cedieron una mínima parte de su libertad privada, para formar la voluntad general, que es el agregado de todas las particulares. Pero a nadie se le podía ocurrir que en la mínima cesión de esa libertad, pudiera haber el sacrificio del mayor de todos los bienes, que es la vida. Agrega que si ello fuera así, no armoniza esta cesión con la prohibición existente en las legislaciones respecto al suicidio, pues, si se puede ceder un derecho, es indiscutible que también se puede ejercerlo.

Solamente admite la pena última en dos casos: cuando una nación recupera o pierde su libertad, o en épocas de anarquía.

Propone en reemplazo de la pena capital, la reclusión perpetua, como más justa y productora de una mayor impresión en el ánimo de los hombres.

Para Beccaría, la pena de muerte no es bastante. Su criterio, que en tantos conceptos es humanitario, aquí se cimenta en una mayor valorización del castigo. Así, expresa «lo que produce mayor efecto en el ánimo de los hombres no es la intensidad de la pena, sino su extensión; porque nuestra sensibilidad se mueve más fácil y establemente por mínimas y repetidas impresiones que por vigorosos y pasajeros movimientos».

«El freno más eficaz contra el delito, no es el terrible y fugitivo espectáculo de la muerte de un criminal, sino el prolongado y penoso ejemplo de un hombre privado de libertad, el cual recompensa con sus fatigas a la sociedad injuriada.»

Agrega: «La esclavitud perpetua, sustituyendo a la pena de muerte, tiene tanto poder como ésta para contener al malvado más decidido... El tiempo y el tedio son más insufribles para nosotros que la violencia de los más crueles dolores, porque reuniendo nuestras fuerzas contra los males pasajeros, debilitamos su acción; no hay resorte que no ceda a las impresiones continuadas y constantes».

Beccaría persigue la sanción del delito: al mismo tiempo que solicita que la sanción del delincuente sea rigurosa, exige y pide garantías, e impone un margen de moderación y un sentimiento piadoso en el régimen de las penas.

Mirta Beatriz Álvarez y Gabriela Marta Alonso Pérez

Consideramos que Beccaría acerca las bases que cimientan la abolición de la pena de muerte como pena ejemplificadora que movilice a la sociedad a modificar sus conductas desviadas y aleje al delincuente de verse tentado a cometer delitos. El fin primordial de las penas, es lograr el cambio de conducta en los integrantes de la sociedad, con el objetivo de construir una sociedad más justa, que armonice los intereses individuales de la comunidad. Si la pena no logra ese objetivo, carece de fundamento. En el caso especial de la pena de muerte, se atenta contra la vida humana, que se supone que el Estado debe proteger. Estaríamos en presencia de un «sinsentido», aplicando una pena que no es efectiva y que a la vez viola un bien individual tan importante como es la vida.

Entre los positivistas, Florian ⁴⁷ se declara partidario decidido de la abolición, de acuerdo con Ferri y Lombroso y contra la opinión de Garófalo, afirmando que «esa pena repugna los sentimientos humanos y esparce el terror entre los honrados, estimula instintos brutales en los bajos fondos, no ejerce ninguna eficacia intimidatoria y —la objeción más importante— es irreparable».

Entre los defensores de la pena de muerte figuran, además de Garófalo, Alfonso Karr, Tarde, Santo Tomás, Laccassagne, Filangieri, Manzini y otros. Manzini afirma que la pena de muerte tiene eficacia preventiva y que, en cuanto al error, ello no es óbice para su mantenimiento, por cuanto cualquier pena aplicada equivocadamente, es irreparable.

Podemos sintetizar los argumentos en favor y en contra de la pena de muerte, siguiendo a Laurent:

a) Argumentos contrarios:

1. La irreparabilidad de la pena de muerte;
2. La inviolabilidad de la vida humana;
3. La irresponsabilidad de los criminales;
4. La falibilidad de los jueces;
5. La pena de muerte impide toda enmienda al condenado;
6. Las penas de sangre llegan a ensangrentar las costumbres (La sangre llama a la sangre);
7. La pena de muerte atenta contra la dignidad humana;
8. La pena de muerte sirve de reclame al criminal y excita el espíritu de imitación de los candidatos al crimen;
9. Esta pena es contraria al progreso de las costumbres;

⁴⁷ FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomos I y III, Parte General, Editorial Abeledo-Perrot, 2º edición, Buenos Aires, 1980.

La polémica acerca de la pena de muerte y un interrogante: ¿Quién atenta contra las leyes puede valerse de ellas?

10. Esta pena es inútil, porque: no es ejemplar, ningún asesino ha sido detenido en el camino del crimen por el pensamiento del castigo supremo y no es bastante severa (el gran criminal no carece de valentía y teme menos la muerte que la certeza de un castigo largo y penoso).

b) Argumentos favorables:

1. La pena de muerte es un instrumento de defensa social, al mismo tiempo que un instrumento de sanción moral;

2. La crueldad o la insignificancia de toda pena propuesta para reemplazar a la pena de muerte, hacen que esta última sea indispensable;

3. Es justa, es decir, proporcionada al delito;

4. Es necesaria, porque: es temida por los malhechores; es temida por el público en general; todo proyecto de supresión aumenta la audacia de los malhechores; existe contradicción entre los actos y las teorías de ciertos abolicionistas, por ejemplo Marat y Robespierre;

5. Existencia inmemorial de la pena de muerte;

6. Argumento lombrosiano sacado de la idea de la eliminación forzada de todo elemento peligroso para la seguridad social.

2. *Evolución histórica de la pena de muerte en la legislación argentina*

Después de la Revolución de 1810, se siguieron aplicando las leyes españolas, pues no era posible aplicar otras, y además las Provincias Unidas del Río de la Plata, no se habían independizado completamente.

Algunas leyes vinculadas a este tema, anteriores a la declaración de la independencia, fueron:

— 1.º de Julio de 1812, decreto suprimiendo la confiscación de bienes.

— 18 de Julio de 1812, se establece la pena de muerte para la compra de armas del ejército.

— 23 de Marzo de 1813, se establece la pena de muerte para la desertión.

— 21 de Mayo de 1813, ley aboliendo los tormentos.

— 30 de Diciembre de 1814, decreto estableciendo la pena de muerte para el delito de duelo.

Posteriormente se produce en 1816, la declaración de la independencia, motivo por el cual nuestro país se encontró sin legislación propia. El Reglamento de 1817 otorgó el *exequatur* a la legislación española.

Mirta Beatriz Álvarez y Gabriela Marta Alonso Pérez

Por decreto del 24 de Agosto de 1852, firmado por Justo José de Urquiza, se instituye una comisión codificadora que debía proyectar cuatro códigos: Civil, Penal, de Comercio y de Procedimientos. Los sucesos políticos acontecidos, impidieron que esa comisión llegara a desempeñar su cometido.

En ese mismo año (1852), se declaró vigente un decreto del 20 de Marzo de 1835, que proscribía la confiscación de bienes, abolía la pena de muerte por causas políticas y prescribía formalidades para los juicios.

La Constitución de la Nación Argentina de 1853, adoptó el principio de reserva: *nullum crimen nulla pena sine lege*, como norma rectora de nuestro Derecho Penal positivo. El artículo 18 correspondiente al capítulo de Declaraciones, Derechos y Garantías, expresa: «Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso...»

Como consecuencia de ello, queda fuera de nuestro régimen jurídico las leyes *ex post facto* y se establece el principio de irretroactividad de la ley (las leyes rigen para el futuro), principio que admite excepciones en materia penal, en favor de la ley más benigna.

El pensamiento constitucional se complementa con el último párrafo del artículo 19, según el cual «Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

Se consagra como garantía constitucional el principio de que no hay más delitos que los determinados por la ley penal vigente, con anterioridad al hecho del proceso. Esto es de suma importancia, ya que, como garantía, asegura que cada individuo podrá ejercer y gozar de todos y cada uno de los derechos que el ordenamiento jurídico le concede.

La Constitución de 1853 suprimió la pena de muerte por causas políticas, toda clase de tormentos y los azotes, como así también la confiscación de bienes.

En cuanto a la inclusión de la pena de muerte en el Código Penal Argentino, el primer antecedente lo encontramos en el Proyecto Tejedor.

El Poder Ejecutivo dicta el 5 de Diciembre de 1864, un decreto designando al Doctor Carlos Tejedor para redactar el Proyecto de Código Penal. Tejedor presenta la parte general en el año 1865 y en 1867, la parte especial, admitiendo la pena de muerte para los crímenes más graves, con ciertas restricciones ⁴⁸.

En la nota correspondiente al artículo 71, expresa: «Cualesquiera que sean, por otra parte las opiniones que se tengan sobre la pena de muerte, nadie negará que ella es una necesidad actual de las costumbres y de la escasez de nuestros medios de represión y esto

⁴⁸ No se imponía la pena de muerte por presunciones, ni a las mujeres, ni a los menores de dieciocho años, ni cuando la causa durase más de dos años, ni a más de un condenado por un mismo delito, recurriéndose a un sorteo cuando debiera ejecutarse a varios.

La polémica acerca de la pena de muerte y un interrogante: ¿Quien atenta contra las leyes puede valerse de ellas?

sólo, debe bastar para justificar entre nosotros su conservación, para casos muy raros y con las pruebas más evidentes. El legislador, antes de acordar la supresión definitiva, debe esperar a que ésta haya sido adoptada por las costumbres. El legislador no debe anticiparse, sino seguir a la sociedad».

En 1881, otro Proyecto, de Villegas, Ugarriza y García, mantuvo la pena de muerte, con similares restricciones al Proyecto Tejedor.

El Código Penal aprobado en 1886, suprimió la distinción entre crímenes y delitos contenida en el Proyecto Tejedor y dejó subsistente la pena de muerte.

Si bien el Código fue bien recibido pues ponía fin a la anarquía legislativa en materia penal, sufrió varias críticas, lo que impulsó la elaboración de otros proyectos, entre ellos, el de 1891, redactado por Rivarola, Piñero y Matienzo, y el de 1906 de Rivarola y Beazley.

En 1916, Rodolfo Moreno presentó el Proyecto de Código Penal de 1906, con diversas modificaciones, eliminando de él la pena de muerte. En los fundamentos de tal decisión, expresaba: «...La pena de muerte entre nosotros ha sido un enunciado de la ley. Los tribunales la aplican poco, a pesar de que la reforma la prodigó y los poderes ejecutivos cuando se pronuncian, la conmutan, no dando curso a las ejecuciones.

«Mantenerla es, como antes decía, conservar un enunciado que no tiene objeto, y que contraría el sentimiento nacional. Por eso, con lo que he sostenido en diversas publicaciones, elimino del Proyecto los artículos que la instituyen y reglamentan su aplicación, y modifico, suprimiendo las palabras necesarias, los artículos que la mencionan».

En la órbita del Congreso de la Nación, se suscitó un desacuerdo entre las dos Cámaras que integraban el Poder Legislativo. La Cámara de Diputados aceptaba la propuesta del Proyecto Moreno, en cambio el Senado, a propuesta del senador Leopoldo Melo, pretendía incorporar nuevamente la pena de muerte.

Triunfó la postura de Diputados, en razón de ser la Cámara iniciadora, quedando así suprimida la pena de muerte de la legislación argentina, con la sanción del Código Penal de 1921, que continúa vigente hasta la fecha, a pesar de varias reformas parciales.

IV. CONCLUSIONES

Del caso histórico analizado, podemos concluir que los argumentos esgrimidos por César para no aplicar la pena de muerte a los conjurados, son tomados varios siglos después para fundar la postura de los abolicionistas. Uno de los argumentos de más peso, es el que establece que la muerte no es un castigo, sino más bien el alivio de todas las penas, ya que el criminal teme menos la muerte que la certeza de un cautiverio largo y penoso y ningún asesino detiene su crimen por la amenaza del castigo supremo.

Mirta Beatriz Álvarez y Gabriela Marta Alonso Pérez

Otra consideración importante es no dejarse llevar por la pasión para evitar decisiones equivocadas, en razón de la irreparabilidad de la pena de muerte.

Por otra parte, advertimos una vinculación entre lo dispuesto en la *Lex Plautia*, por la cual se acusó a Catilina, y las modificaciones introducidas al Código Penal por la Ley 23077 de defensa de la democracia y la incorporación del artículo 36 por la reforma constitucional de 1994.

Finalmente, recordamos que, el argumento cesariano de que en virtud de los atropellos cometidos, se dictaron leyes que permitían a los condenados la posibilidad de optar por el destierro, encuentra recepción en la última parte del artículo 23 de la Constitución de la Nación Argentina, que concede durante el estado de sitio, la facultad al Presidente de arrestar y trasladar a personas de un punto a otro de la Nación, «si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino».