

# Derechos humanos y régimen de garantías en la legislación mosaica

Edison Carrasco Jiménez\*

**Resumen:** Muchos entienden el tema de los derechos humanos y de las garantías como una conquista de las sociedades modernas, una manera de pensar ligada a la Ilustración y a los movimientos que surgieron bajo el seno de la Revolución Francesa. Por ende, se ve en las civilizaciones antiguas una especie de época no evolucionada sobre estas materias, una época en que la barbarie y la sinrazón parecieran hablar más que la cordura. Sin embargo, existieron civilizaciones antiguas que nada envidiarían a sociedades modernas basadas en legislaciones que sustentan los derechos humanos como bandera de lucha y broche de distinción. Una de estas civilizaciones es la hebrea, y su legislación es la ley mosaica.

El presente artículo tiene por finalidad resolver si la legislación mosaica tuvo un estatuto conveniente en materia de derechos humanos, si éstos efectivamente se consagraban y respetaban, siendo la ley no sólo prescripciones en este sentido sino además un posible régimen garantista de dichos derechos. Por consecuencia, se busca rastrear una posible constitucionalidad en el sistema mosaico y, finalmente, un régimen penal y procesal penal de garantías.

**Palabras clave:** Derecho Hebreo, Ley Mosaica, Derecho Antiguo, Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Derecho Penal.

## Human rights and guaranty rule on the mosaic legislation

**Abstract:** Many people understand the human rights subject and the guarantees as a conquest of modern societies, a way of thinking linked to Ilustration and movements born under the French Revolution. Thus, old civilizations have been seen as a non evolutioned age concerning this subject, in wich barbarism and cruelty seems to speak more than sanity. However, there were old civilizations which wouldn't envy modern societies based on legislation that uphold human rights as a struggle emblem and a sign of distinction. One of these civilizations is the hebrew and its mosaic law legislation.

The present article seeks to answer if mosaic legislation had a convenient statute on human rights subjects, if these rights were effectively consagrated and respected, being the law not only a matter of prescriptions but also a possible guaranty rule for these rights. In consequence, it searches a possible constitutionality in the mosaic system and a regime of guarantees.

**Key words:** Hebrew Right , Mosaic Law, Human Rights, Constitucional Law, Criminal Law

Recibido el 20.11.06 Aprobado el 05.03.07

\* \* \*

## Programa de derecho mosaico

No es un mera contrastación de catálogos de penas, lo que asiste para estudiar la legislación mosaica, como si fuere ésta estrictamente penal. Su importancia excede lo meramente sancionatorio, y puede perfectamente ser objeto de relación con el mundo del derecho y con principios del derecho moderno en general<sup>1</sup>.

Si bien la ilustración puso de relieve principios y derechos que han sido soporte de los ordenamientos modernos, ellos representan un acto declarativo sobre ideas que se encontraban en el seno de pensamientos, e incluso de ordenamientos jurídicos históricos. Al mirar a la legislación mosaica, y además todo el cuerpo de doctrinas veterotestamentarias (y aún las neotestamentarias para el cristianismo), compruébase que eran indiciarias de una concepción humanitaria del derecho. Obscurecidas por las interpretaciones medievales y transformadas como un elemento de sojuzgamiento más que de libertad (que en estricto rigor, sí contenía tal prerrogativa e impulso fundamentador), fueron vistas como modelos de una época dominada por el oscurantismo humanitario. Así, se olvidó su real sustancia.

Cuando hablamos de legislación mosaica, sólo se tiene una concepción estrecha y sesgada de aquella realidad normativa, y saltan a la mente las sanciones enmarcadas en la terribilidad, como la lapidación y la aplicación de la ley del talión. Lo cierto es que una nueva interpretación que se encuentre

apegada a la sustancia normativa del mosaísmo es necesaria, puesto que éstas echaron las primeras bases de una concepción contemporánea del derecho constitucional y del derecho penal. De cualquier forma, es difícil no entender sus disposiciones, sin la relación a una concepción teológica de la realidad, debiendo interpretarse bajo una *iusteología* o *teología jurídica*. Sin embargo, pese a lo dicho y para efectos de sistematizar la experiencia sobre las formas jurídicas hebreas, hemos de establecer diferenciaciones (aún cuando no debería ser) entre lo jurídico y lo teológico, prescindiendo, en una primera aproximación, a este último aspecto del derecho hebreo.

El objeto de nuestra indagación será, la legislación mosaica, que contiene, sin duda alguna, una legislación constitucional y penal. No hablaremos de “derecho hebreo”, porque éste contiene además disposiciones e interpretaciones rabínicas como las contenidas en el Talmud. Esto no significa que no haremos algunas breves referencias a ella.

Para comenzar, no es posible pensar de buenas a primera en una sistematización a la manera moderna, de una legislación penal antigua. Generalmente las encontramos dispersas en la Torá, a veces con títulos o epígrafes donde tienden a dar cierta unicidad a criterios básicos. Pero difícil es encontrar una separación entre los diversos derechos, y aún una tamaña diferenciación entre normas morales y de derecho. La escrutación y sólo ella dará los frutos esperados.

### **El valor de la persona humana**

La Torá, en el libro de Génesis, señala lo siguiente: “Entonces dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza...Y Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó.”<sup>22</sup>; “El día que Dios creó al hombre, lo hizo a semejanza de Dios.”<sup>23</sup>. Habiendo sido creados a imagen y semejanza, son por ende, partícipes de una misma naturaleza, como la naturaleza del padre es igual a la del hijo<sup>4</sup>. Y si partícipes de la naturaleza divina y de una filiación superior, ha de merecer un trato acorde con dicha naturaleza<sup>5</sup>. Es el hombre quien recibe la admonición de respetar dicha naturaleza, insita en sí mismo y en los otros hombres. Y el fundamento del respeto a esta condición no sólo se basa en esta participación de la naturaleza divina, sino además, en que no existe nadie que participe más de aquella naturaleza que otro, que lo haga tener privilegios de algún tipo sobre su semejante, y por ende, el derecho a vulnerar su condición de ser humano. Con ello, se asoma la igualdad entre los seres partícipes de esa naturaleza.

Las *mishpât* o normas iban en aquella dirección, al impedir todo trato nefando al ser humano, siendo el prójimo el destinatario de ello con disposiciones como “No oprimirás a tu prójimo”<sup>6</sup>, “no te vengarás ni guardarás rencor a los hijos de tu pueblo”<sup>7</sup>, “no aborrecerás a tu hermano en tu corazón; razonarás con tu prójimo...”. Igualmente se dirigían las normas a quienes se encontraban en situaciones de desvalimiento como cuando se ordena no afligir a la viuda ni huérfano<sup>8</sup>, o al extranjero<sup>9</sup>, al sordo ni al ciego<sup>10</sup>, o al anciano<sup>11</sup>, ni menos al pobre ni al trabajador<sup>12</sup>. Igualmente existían las normas relativas al perdón de las deudas por razones humanitarias<sup>13</sup>, dado a las consecuencias que más adelante se analizan.

La interpretación rabínica también entendía el valor de la persona humana en relación a su hechura por el Creador, cuando decía: “Bien amado es el hombre porque él fue creado a la imagen de Dios”<sup>14</sup>, o también, “un hombre excede en valor a toda la creación”<sup>15</sup>. De ello derivaba la igualdad como un principio entre los seres humanos: «Ante Dios, soy igual que tú. Yo también fui formado del lodo.”<sup>16</sup>.

De esta visión del ser humano surge, una concepción humanitaria del derecho mosaico, que a través del cristianismo, viene en confluir en el derecho romano en la época imperial con el *humanitas* romano (Shulz 2000).

### **Concepto de ley**

En hebreo, la expresión *tôrâh*, quiere significar lo que la ley entraña: palabra, recomendación, instrucción. Y se ha entendido también como toda la voluntad de Dios. Al término *tôrâh*, responden a su vez tres voces como la de *mishpât*, que significa *juicio* (norma); *mitswâh*, mandamiento, y *jôq*, que significaba *estatuto*, y que involucra las leyes ceremoniales, las fiestas solemnes, leyes sobre alimentación y también otras como las de pureza, bondad, justicia y misericordia. Es preciso hacer la salvedad que estas *jôq* llamaban a la conciencia del sujeto o de Dios para establecer su regencia y obligación, en

cambio, los llamados *mishpât* miraban a la intervención del juez. También se utilizan otras voces como *dâth*, para significar reglamento; *lmrâh*, discurso; *piqqûdîm*, preceptos relacionados con el gobierno; *derek*, norma; *mitswâh*, orden, mandato; *dâbâr*, palabra, *mishpâtîm*, para significar juicio, usado como relativo a sentencia; *êdôth*, testimonios.

Trataremos de centrarnos sobre los llamados *mishpat*, que miraban la intervención del juez, y a los *mitswâh*, los mandamientos, las normas, los reglamentos y sentencias.

## **Constitucionalidad del derecho mosaico**

### **Explicaciones generales**

Toda Constitución señala o contiene normas que son verdaderas declaraciones de principios. Nuestra Constitución Política, por ejemplo, contiene esta declaración, principalmente en el capítulo I y III.

En el Decálogo, en los llamados *mitswâh* de Éxodo 20, sin duda subyacen los contenidos declarativos, en cada una de sus prescripciones. Sin embargo, es necesario analizarlo de acuerdo al reverso del mandamiento, es decir, aquello que por la expresión gramatical de la norma no señala de buenas a primeras, pero que es posible deducir “detrás” o en el “reverso” de aquella expresión gramatical. Huelga mencionar esta salvedad, puesto que el Decálogo se encuentra redactado mayoritariamente con expresiones gramaticales que involucran una prohibición.

De una somera lectura aparecen nueve prohibiciones (primer a cuarto y sexto a décimo mandamiento) y dos mandatos (cuarto y quinto mandamiento). Sin embargo, si se ve el reverso del mandamiento, éstos consagran efectivamente derechos propios y dignos de cualquier declaración de derechos y principios.

Desde el verso 13 al 16 del capítulo 20 del Libro de Éxodo, los *mitswâh* (mandamientos) rezan: “No matarás”, lo cual en el fondo es consagrar el derecho a la vida; “No hurtarás”, lo cual consagra el derecho a la propiedad; “No cometerás adulterio” y “Honra a tu padre y a tu madre”, lo cual consagraría la familia y el orden de las familias; “No hablarás contra tu prójimo falso testimonio.”; que es reflejo de una garantía de juicio justo o debido proceso, y consagra además el derecho a la honra; “Acuérdate del día de sábado...”, consagrandolo el derecho al descanso.

Por otro lado, no podemos contemplar éstas como normas de tipo penal, puesto que no se encuentra asociada una sanción o respuesta penal a dichas conductas. Se entienden éstas más como disposiciones declarativas que vinculamos a normas más bien constitucionales que netamente penales, constituyéndose así, en una verdadera Carta Magna del sistema hebreo.

### **Pormenorización de los derechos constitucionales mosaicos:**

#### **El Derecho a la Vida**

Al expresar el mandamiento “No matarás”, es obvio que se refiere a un sujeto a quien se establece la prohibición de no vulnerar la vida del otro. Pero el mandamiento no está pensando tanto en el sujeto que haya de realizar la acción, como en ese otro respecto del cual se va a vulnerar su vida, dado a la concepción profundamente dignificante y humanitaria de la ley. De acuerdo al reverso del mandamiento, se encuentra entonces plasmado el derecho a la vida de todo hombre respecto del cual ese mandamiento establece la prohibición a vulnerarla. En el Libro de Génesis se señala: “El que derrame sangre humana, por el hombre su sangre será derramada, porque el hombre fue hecho a la imagen de Dios.”<sup>17</sup> Este verso responde nítidamente a la idea que la vida es un derecho del hombre basado en la dignidad de ser hecho a imagen y semejanza de Dios, y por tanto, partícipe de la divinidad. Pero también encontraba su base en dos principios toraicos: el amor al prójimo<sup>18</sup>, y el de pertenencia y disposición absoluta de la vida que detentaba Dios sobre los seres humanos<sup>19</sup>. En la Historia Sagrada encontramos el singular relato de Caín y Abel, en la que aquel le da muerte a éste, constituyéndose para la teología, en el primer asesinato de la historia humana. También se muestra el desprecio de Dios respecto de este acto, condenándolo, con lo cual afirma el derecho a la vida basado en la dignidad humana. En la ley mosaica este mandamiento es fundamento también para entender todo tipo de lesión en contra de una persona, toda vulneración de su integridad física e incluso síquica. Las leyes mosaicas establecían castigo a quien hiriere a otro, sea

dolosa o culposamente<sup>20</sup>. La interpretación rabínica iba en la misma dirección al decir: “Aquel que golpea a su semejante es como si golpeara a la Divina Presencia”<sup>21</sup>, lo cual también compagina con la idea de la dignidad del hombre por corresponderle la imagen y semejanza de Dios.

Esta idea podría ser aún más extensiva, consagrando, por ejemplo, **el derecho a la vida del nonato**, fundado más bien en el principio de pertenencia y disposición absoluta de la vida por Dios, a que habíamos hecho referencia. Se agrega a esto, lo que señala el salmista: “Porque tú formaste mis entrañas; tú me hiciste en el vientre de mi madre”<sup>22</sup>. Flavio Josefo, por su parte, interpretaba la disposición de Éxodo 23:26 como una norma prohibitiva del aborto, señalando el autor: “La Ley...ha prohibido a las mujeres provocar el aborto o destruir de cualquier otra forma la semilla vital; pues suprimir un alma y disminuir la raza sería infanticidio.”, defendiendo la vida del nonato aunque con una cierta confusión jurídica entre los tipos penales<sup>23</sup> y en la interpretación exegética y teológica del verso que toma de fuente<sup>24</sup>.

Sin embargo, no obstante este derecho, surge en la mente un obstáculo. Al abordar el tema de la legislación mosaica sobre esta materia, nos topamos con la que se ha denominado “ley del talión”. En términos generales, la “ley del talión”, si bien parece provenir del derecho amorreo (Lara Peinado, 1986), no existe con dicho rótulo en ese derecho ni en el mesopotámico o hebreo, sino que su denominación es posterior, y proviene del latín “talio” o “talis” que significa “semejante” o “talio” o “talionis” cuya voz representa “igual”. Así en la Ley de las XII Tablas que señala en una de sus disposiciones: “Si membrum rupsit, ni cu meo pactit, talio esto”.

Esta aparece en la ley mosaica en la fórmula general “ojo por ojo, diente por diente”<sup>25</sup>. Esto podría entenderse como una norma que contradice los principios de respeto a los derechos fundamentales. Sin embargo esto se explica de dos modos. En primer lugar, el principio extraído de la ley del talión busca ante todo morigerar la respuesta penal, estableciendo a lo menos, un límite objetivo y racional. En efecto, en último término implicaba para toda la legislación antigua y semita y no sólo la mosaica, que a iguales resultados producidos por la acción delictiva, igual respuesta penal. Así si la fractura de hueso es castigada con la fractura de hueso del infractor<sup>26</sup>, o la lesión de un ojo es castigada con la misma lesión para el ofensor<sup>27</sup>. Claro está que estas normas, tuvieron alcances e interpretaciones distintas, siendo bajo el Código de Hammurabi, referido el talión más bien a personas del mismo estrato, sufriendo de penas de mayor gravedad si el sujeto activo u ofensor era de estrato inferior a la víctima, o una pena menor al talión y sólo compensatoria en dinero en algunos casos, si la víctima era de estrato inferior al del ofensor. No así en la ley mosaica, donde la limitación de la respuesta penal se producía respecto de toda persona, sin diferenciaciones en orden al **principio de igualdad** en su derecho<sup>28</sup>.

La segunda forma de explicación que supera la paradoja, se fundamenta en el binomio de la norma mandato/facultad. Así, muchas de las leyes mosaicas que a su vez establecían sanciones, establecían una facultad para la víctima; esto es, dejaban la alternativa de la sanción en manos del agraviado. Así la víctima era puesta en el lugar de Dios para indicar al culpable y que fuese castigado. Pero por lo mismo, junto con la facultad de señalarlo culpable y castigarlo, estaba a su vez la facultad para no hacerlo, y por ende perdonarlo. Esta era la institución del perdón. La ley mosaica a través de la facultad contenida en ella, ponía al hombre en calidad de juez, al igual que Dios en su calidad de juez, para establecer el veredicto condenándolo o librándolo de la sanción. Eso significaba una presión sugestiva, en el sentido de si efectuaba el perdón de la ofensa, Dios perdonaría así mismo las suyas. De ahí que Morris Adler (1964: 27) sostiene que “‘Ojo por ojo’ no era una Ley que pudiera ser considerada literalmente. La mayoría de los eruditos dudaban de que nunca así fuera comprendida. Era necesaria una interpretación aceptable que no debilitara la autoridad de la Biblia y que permitiera al mismo tiempo mayor liberalidad en la interpretación de sus palabras. Aquí es donde aparecían la interpretación y agregados orales.”.

### **El Derecho a la Propiedad**

Si seguimos el razonamiento del reverso del mandamiento comprobaremos cómo el mandamiento N°8 consagra el derecho a la propiedad. El verso 15 del capítulo 20 de Éxodo señala “No Hurtarás”. Igualmente que el anterior, no sólo piensa en prohibir la conducta, sino además piensa en ese otro el cual será despojado de su propiedad. Por ende consagra y trata de proteger este derecho al establecer una prohibición. En este último sentido va también el décimo mandamiento («No codiciarás la casa de tu prójimo, no codiciarás la esposa de tu prójimo, ni su siervo, ni su criada, ni su buey, ni su asno, ni cosa alguna de tu prójimo»), que se introduce aún en la mente misma del hombre y en su deseo de poseer lo ajeno.

Si bien esta Declaración de Principios contiene este derecho, el resto de la legislación lo consagra de igual modo. El libro de Levítico repite “No hurtaréis”<sup>29</sup>, “no oprimirás a tu prójimo ni le robarás”<sup>30</sup>, referido exclusivamente al ámbito penal.

En cuanto al estatuto jurídico de los bienes, la Torá señala que sobre los bienes muebles existe una libre apropiación, y por ende, libre disponibilidad sobre ellos. En cambio, los bienes inmuebles, no pertenecen a nadie, sino a Dios<sup>31</sup>. Por ello, la comunidad entera era beneficiada, y sólo se poseían a título de usufructo, que en caso de venta, era más cesión del usufructo, el cual quedaba bajo plazo de restitución a quien había cedido el usufructo por empobrecerse<sup>32</sup>.

La interpretación rabínica limitó el derecho a la propiedad, estableciendo que una corte tiene el derecho a limitar a una persona de su propiedad, cuando el “bienestar de la comunidad” (*tikkun 'olam*) así lo requiriera, lo que se conoce con el nombre de *hefker bet-din hefker*. Otra limitación señalada en el Talmud fue el que el pozo hallado en el campo privado debía ser accesible a la gente del pueblo, otorgándose el derecho de todos a pescar, pero sólo con anzuelo y no con red (Adler 1964). Todas estas limitaciones eran llamadas *mipnei darkei shalom*.

Así la propiedad era un derecho que le correspondía ampliamente al hombre, sólo con las limitaciones que establecía la ley, cuestión que no es ajeno a las legislaciones modernas.

### **La Protección a la Familia**

En este sentido puede ir el mandamiento de Éxodo 20:14: “No cometerás adulterio.” El hecho de prohibir las relaciones sexuales fuera de matrimonio, intenta resguardar la pareja de esposos, pilar de la familia. Así mismo el décimo mandamiento “No codiciarás la esposa de tu prójimo” de Éxodo 20:17, dado que la mujer casada hizo un voto con obligación en casa de su esposo”<sup>33</sup>.

Esta protección incluye sin duda el amor filial y el respeto por los padres. De ahí que el cuarto mandamiento de Éxodo 20:12 expresa: “Honra a tu padre y a tu madre, para que tus días se alarguen en la tierra que el Señor tu Dios te da.”, el cual sigue a aquellos que consagran el respeto a Dios, porque el respeto a los padres le sigue en importancia (Flavio Josefo 1967: 171). Así la legislación hebrea señalaba “Cada uno temerá a su madre y a su padre”<sup>34</sup>; “El que maldiga a su padre o a su madre, ha de ser muerto. A su padre o a su madre maldijo, su sangre caerá sobre él.”<sup>35</sup>

### **El Derecho a la honra**

El derecho a la honra se encuentra consagrado en el noveno mandamiento “No hablarás contra tu prójimo falso testimonio” de Éxodo 20:16. Al levantar falso testimonio supone enlodar la reputación y el honor de una persona, y al establecer la prohibición se protege la honra, de acuerdo al reverso de la prohibición. Las demás normas iban en aquella dirección. “Con justicia juzgarás a tu prójimo”<sup>36</sup>; “No admitirás falso rumor”<sup>37</sup>, y en Proverbios “No seas sin causa testigo contra tu prójimo”<sup>38</sup>

La Hagadá, texto de la interpretación rabínica, respecto de este mandamiento señala: “Aquel que humilla a su semejante en público es como si hubiera derramado sangre humana” (Adler 1964); y “La calumnia mata a tres personas: al que la dice, al que la escucha y al que es objeto de la misma” (idem). Por ende el rabinismo así entendió este precepto también, como un derecho más consagrado en su legislación.

### **Derecho al descanso y derecho al trabajo**

El cuarto mandamiento de la ley mosaica era el shabat de Éxodo 20:8-11: “Acuérdate del día sábado para santificarlo. Seis días trabajarás y harás toda tu obra. Pero el sábado es el día de reposo del Señor tu Dios. No hagas ningún trabajo en él; ni tú, ni tu hijo, ni tu hija, ni tu siervo, ni tu criada, ni tu bestia, ni tu extranjero que está dentro de tus puertas. Porque en seis días el Eterno hizo el cielo, la tierra y el mar, y todo lo que contienen, y reposó en el séptimo día. Por eso, el Señor bendijo el sábado y lo declaró santo.”

En cuanto a este mandamiento, está redactado como mandato por una parte (“**Acuérdate del día sábado para santificarlo**”) y prohibición por otro (“**No hagas ningún trabajo en él**”). Respecto al

mandato, este es hecho para el sujeto trabajador quien recuerde el día (fundamento teológico), pero también quien ocupa de la labor de otro, a respetar el día de descanso. La prohibición es que no sólo un sujeto no debe hacer obra en este día, sino que igualmente otros que se encuentran bajo su subordinación y dependencia (“**ni tu siervo, ni tu criada**”). Por lo tanto y sin duda alguna, el derecho consagrado en este mandamiento es el derecho al descanso. Pero también dado a que se habla de descanso, se presupone el trabajo que fundamenta un descanso, y de algún modo también se consagra el derecho de trabajar: “Seis días trabajarás y harás toda tu obra”<sup>39</sup>.

## **Problemas relativos a los derechos humanos en la ley de moisés**

### **¿Libertad religiosa y de cultos?**

Tal vez pugne en nuestra mente, dos prerrogativas del ser humano que parecieran estar contradichas en esta suerte de declaración de principios. Estas prerrogativas son la libertad de conciencia y la libertad de culto. Y ello, porque los primeros tres mandamientos y en parte el cuarto también, hablan de Dios y de un único culto hacia y en pos de él. Pero ello se explica de la siguiente manera.

No son sino las cuatro primeras disposiciones del corpus decalógico, aquellas que establecen de uno u otro modo, el poder, el gobierno, quedando las siguientes como disposiciones propias de una declaración de principios (derechos fundamentales) y que integran la Constitución como derechos y deberes según el reverso del mandamiento (El deber: no matar; El derecho: a la vida). Las tres primeras nos hablan del culto único a Yahvé, con lo que fundan en sí la Teocracia<sup>40</sup>, y sobre estas normas van a descansar todas las otras y a encontrar legitimidad. Éxodo 20 3 al 7 establece un primer mandamiento que establece la prohibición de profesar otra creencia a la que se impone (“**No tendrás otros dioses fuera de mí**”), la prohibición de otro culto que el de Yahvé (“**No te harás imagen, ni ninguna semejanza de lo que hay arriba en el cielo, ni abajo en la tierra. No te inclinarás a ellas, ni las honrarás.**”), la prohibición de usar livianamente el nombre de Yahvé (“**No tomarás el nombre del Eterno tu Dios en vano. Porque el Señor no dará por inocente al que tome su nombre en vano**”). En resumen, esto significa que se busca que el hombre tenga un mismo Dios y un mismo culto. Sin embargo a costa de una libertad de cultos y en sacrificio de ella, no puede ser de otra forma que estas normas hayan existido, porque en ellas descansa el fundamento de un gobierno teocrático que de otro modo no tendría sentido. Y esto es así, porque en materia de soberanía no podemos reconocer dos soberanos en un mismo Estado. Sólo uno es el soberano: Dios; y la soberanía reside en él y él la detenta. Ya no es un problema de derechos fundamentales o libertades en colisión, sino que es un problema de soberanía y legitimidad del régimen<sup>41</sup>.

### **Leyes Basadas en el Principio de igualdad / No Discriminación**

Si bien no se expresa en los mandamientos un principio de no discriminación, se deriva éste de dos circunstancias. La primera, de la “filosofía inspiradora” del corpus legal mosaico. Toda la Torá expresa no sólo la hechura a imagen y semejanza, sino la igualdad en el trato entre los hombres, cualquiera sea su origen, credo o condición, sin acepción de personas. La segunda, sus propias normas así lo señalan, como las normas sobre esclavos y sobre extranjeros.

Podría pensarse que instituciones reconocidas por este sistema, como la esclavitud, conducen a pensar lo contrario. Sin embargo, muchas de las leyes de esclavitud, no tenían por fin establecer o reconocer la esclavitud, sino, regular situaciones que se produjeron con anterioridad a la fundación del pueblo Judío en cuanto organización política. La Historia Sagrada en Éxodo, cuenta que muchos de los que venían de la huída de Egipto hacia la tierra prometida, eran esclavos o descendientes de ellos, siendo éstos en porcentaje del 20% aproximadamente (Sachar, 1943).

Las leyes no hicieron que el fenómeno de la esclavitud creciera, muy por el contrario, su objetivo era la eliminación de ella. Y así surge la institución de la servidumbre donde los antiguos esclavos toman este nombre, junto con aquellos que se sometían a esclavitud por empobrecimiento o por deudas contraídas con el hombre que habría de ser su amo. Pero el régimen era, en primer lugar, de trato decoroso y humanitario<sup>42</sup>. Otras leyes tenían por objeto la liberación de los sometidos a servilismo, o bien, la constitución de ellos como integrantes de la familia del amo<sup>43</sup>. Para ello se crean instituciones como el **año séptimo de liberación**<sup>44</sup>, el **año sabático**<sup>45</sup>, y el **jubileo**<sup>46</sup>. Estas mismas instituciones

miraban a su vez a evitar el empobrecimiento de las personas, con lo cual se miraba a poseer una igualdad económica entre los miembros de la comunidad.

Al séptimo año (año sabático) se condonaban todas las deudas, lo mismo que el jubileo (50 años) que además producía el efecto de liberar la tierra de quienes la poseían a título de usufructo, en favor de sus antiguos poseedores que se habían empobrecido y habían tenido que enajenar su usufructo.

También miraban a paliar el empobrecimiento, **el derecho de comida al paso** que disponían los miembros de la comunidad según el cual podían pasar por cualquier heredad y comer de los frutos de ella sin transportar estos frutos de aquella.

Es decir, con la ley no sólo se perseguía eliminar cualquier tipo de discriminación, sino además, garantizaba los medios necesarios para remover los obstáculos que impidieran la libre realización del ser humano. Y éstas garantías, eran medios que cualquier miembro de la comunidad podía hacer valer en cualquier caso, siempre que se cumpliesen las condiciones para ello.

## **Derecho penal mosaico desde una perspectiva garantista**

### **Estatuto general de los delitos: bienes jurídicos comprometidos y su relación con la pena**

No son diferentes de las legislaciones modernas, la consideración tanto de los delitos o tipos penales, como la proporcionalidad que existía entre la gravedad del ilícito y la respuesta penal, lo cual a su vez, se encontraba graduado por el bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Así, algunos delitos que se encuentran emparentados con bienes jurídicos estimados como vitales por la legislación mosaica, eran castigados más severamente (muerte), como los que afectaban al bien jurídico vida, como parricidio<sup>47</sup>, el homicidio doloso<sup>48</sup> y los homicidios calificados (alevosía<sup>49</sup>, por premio o promesa o situación del *sicario*<sup>50</sup>); al bien jurídico libertad, y por ende, el delito de secuestro (con fin de venderlo a una persona como esclavo)<sup>51</sup>.

Sin embargo, no obstante considerar ciertos bienes jurídicos vitales, se sancionaban morigeradamente o bien se buscaba una solución alternativa, cuando por las circunstancias, o bien, por el aspecto subjetivo del infractor, consideraba la ley optar por una minimización en la pena. Así, el homicidio culposo<sup>52</sup>, se le daba una ‘salida alternativa’, la cual era la ‘ciudad de refugio’<sup>53</sup>. Tratándose de la integridad física, si no se producía el resultado muerte, por una lesión, (que parecía asemejarse a lo que nuestro derecho denomina como lesión grave o menos grave), tenía solamente asignada una sanción pecuniaria<sup>54</sup>. Tratándose del robo con fuerza en las cosas, era sancionado igualmente con pena pecuniaria y restitutoria, salvo el caso de no poseer bienes el ladrón, era reducido a esclavitud<sup>55</sup>. Esta norma contemplaba los casos de legítima defensa, y la muerte acaecida con ocasión de la legítima defensa. Si se repelía de noche, el defensor se encontraba justificado, pero si era de día, entonces “se hacía reo de homicidio”, y por ende similar pena para el homicida<sup>56</sup>.

En casos de hurto, igualmente la sanción era pecuniaria e indemnizatoria<sup>57</sup>, lo mismo en el caso de abigeato<sup>58</sup>, y en la estafa<sup>59</sup>. Aún la interpretación rabínica así lo entendía, especificando casos de hurto, como quien hurtaba una tabla de su vecino para confeccionar una cerca, el dueño no tenía derecho a reclamar la tabla pero sí su valor<sup>60</sup>, con lo cual además, se busca una racionalidad en la respuesta al infractor y que satisfaga al ofendido.

En delitos de apropiación indebida o daño (por animal o fuego (*mabé*)), la causa se resolvía exculpando al sujeto activo, si se comprobaba caso fortuito<sup>61</sup>, pero no cuando existía dolo o negligencia. El Talmud hace una serie de distinciones sobre daños pero se conduce en el mismo sentido: se es responsable en los animales cuando estos dañan la propiedad de otro con las patas y el hocico, pero si pisando el animal saltan astillas que dañan la propiedad, el sujeto no era responsable; si se causaba incendio por negligencia, se debía indemnizar a la víctima, pero por el valor del objeto y no con el doble del valor como estatúa la norma mosaica específica<sup>62</sup>. Si el viento causaba el incendio (caso fortuito), el sujeto no era responsable.

El estupro por la antes llamada “doncellez” o engaño sexual, su sanción era el matrimonio del ofensor con la ofendida, y el pago del ofensor de la dote<sup>63</sup>. La interpretación rabínica señalaba que el

ofensor realizaba tres pagos: uno por la afrenta (honra), otro por el daño a la mujer (*pegam*, modernamente indemnidad sexual), y otro una pena copulativa de multa<sup>64</sup>. Pena de azotes recibían los cómplices del adulterio de sierva desposada<sup>65</sup>.

### **Delitos vinculados a la organización socio-política: la teocracia como presupuesto del delito y del bien jurídico a definir**

No obstante lo dicho, existían ciertos delitos diversos y no conciliables con los catalogados penalmente por la legislación moderna y lejanamente considerados por una concepción garantista. Estos delitos, eran penados con la pena de muerte; tales como la hechicería<sup>66</sup>, la idolatría<sup>67</sup>, el adulterio<sup>68</sup>, el incesto<sup>69</sup>, la sodomía<sup>70</sup>, la zoofilia<sup>71</sup>, la blasfemia<sup>72</sup> y la violación del sábado<sup>73</sup>. Si bien sean éstas quienes pugnarían con una visión garantista, responde a ello la organización jurídico-política que existía, la cual era la **teocracia**, cuestión y problema que hacemos mención más abajo<sup>74</sup>.

Toda forma de organización jurídico-política, no admite la coexistencia de soberanías distintas dentro del Estado. Esta inadmisión conlleva la proscripción. Tales formas, u organizaciones, son tenidas por próximas a constituir conductas tales como el terrorismo político u otras formas desintegradoras de los Estados. Ellas son objeto de estimarlas como delito y como formas de criminalidad, cuestión que en todo caso, una visión garantista no debe dejar de lado, cosa que denuncia Marinucci & Dolcini<sup>75</sup>.

Pues bien, la teocracia mosaica, estimaba como formas de criminalidad la idolatría y la hechicería. Ello, porque sólo existía un soberano: Yahvé. No podía en consecuencia, reconocerse soberanía de otro soberano dentro del Estado de Yahvé. Atentaba contra el bien jurídico 'soberanía'. No olvidemos que fuera de ser una organización jurídico-política, lo era igualmente religiosa, y que lo religioso explica aún con mayor precisión de contexto, lo ofrecido aquí, que puede ser objeto, más bien, de una *iusteología*. En cuanto al sábado, era mirado igualmente como parte de dicha soberanía, y como un acto recordatorio en relación al soberano. Por ende, era equiparable en acto, a una negación de cualquier acto solemne de Estado.

La blasfemia, va en el mismo sentido anterior, como un acto de oprobio, de denigrar la voluntad soberana, tan asimilable como los actos de ofensas a los emblemas patrios, a las autoridades constituidas legítimamente, etc. Aunque claro está, con mayor severidad penadas.

Por cierto que este punto de vista se debe mirar con cuidado, al abordar simplemente la relación entre Estado e individuo, entre ius puniendi y garantías como límite. Pero no es menos importante señalar que dichos actos son mejor entendidos si se hace uso de una concepción *iusteológica*.

### **Ciertos delitos sexuales penados gravemente**

Diferente es el caso del adulterio, el incesto, la sodomía y la zoofilia. Dichas conductas típicas eran penadas con la muerte. Todos ellos eran más bien disposiciones que podían caer en lo meramente civil (como el adulterio), y otras eran más bien circunscritas al campo moral (sodomía y la zoofilia), que al mero y estricto campo del derecho penal. El derecho semita en general condenaba estas prácticas como así se vislumbraba en el Código de Hammurabi, que condenaba el adulterio<sup>76</sup> y el incesto<sup>77</sup>; la ley asiria condenando igualmente el adulterio<sup>78</sup> y la sodomía<sup>79</sup>; la ley hitita reprobando penalmente el adulterio<sup>80</sup> la zoofilia<sup>81</sup>, siendo este el considerado el delito más grave por dicha ley.

En el caso del derecho mosaico, la criminalización del adulterio y el incesto respondían a la concepción sobre la organización familiar por el sistema hebreo, donde la familia se miraba como una célula importante en la construcción de la sociedad, y como célula, parte integrante del organismo celular hebreo. De ahí la protección a nivel "constitucional", a través de los mandamientos antes estudiados<sup>82</sup>. Además se entendía a la familia como muy estructurada y altamente diferenciada, donde había una separación muy grande y roles definidos entre padre, madre, entre éstos y los hijos, y de éstos entre sí. La relación conyugal era monógama, y dado a su protección por el derecho, hacía que existiese la consideración del adulterio como conducta trasgresora, y más aún, típica. Además se agregaba la connotación simbólica de fidelidad que debía existir entre cónyuges y la fidelidad entre el pueblo de Dios y Yahvé. Por motivos idénticos a la estructuración y diferenciación de la familia, el incesto era reprobado. Se quería evitar la confusión, el "hibridismo" (Carrasco & Franco 1997: 254), la mixtura: la *turbio sanguinis*. Esto además se emparenta con otras disposiciones y mandatos que trataban de evitar dicha confusión<sup>83</sup>, con lo cual además, se agregaba un contenido simbólico, de lograr la pureza (santidad) de un



pueblo, donde las relaciones con el mundo sean lo más definidas posibles.

La sodomía era castigada<sup>84</sup>, porque la relación sexual entre personas del mismo sexo era condenada y tratada como **abominación**, por el principio de diferenciación de sexos (Carrasco & Franco 1997) que, de acuerdo al relato de la Historia Sagrada, hombre y mujer fueron creados para unirse<sup>85</sup>, como una única relación posible a los ojos de Yahvé. Eso era igualmente entendido por las interpretaciones judaicas posteriores<sup>86</sup>.

La zoofilia se condenaba<sup>87</sup>, por el concepto de pureza esgrimido que las relaciones sexuales entre el hombre y las demás especies hacían profundamente diversas, híbridas y confusas, lo cual además desviaba la unión sexual entre hombre y mujer, incidiendo, sin duda alguna, el relato del Génesis sobre la concepción de la diferenciación de sexos y de las especies como distintas y subordinadas al hombre<sup>88</sup>.

Decíamos de la sodomía y zoofilia que eran más bien morales, puesto que no existen bienes jurídicos lesionados que sean personales, o bien las conductas no provocan un daño específico a algún bien que, de afectarse, altere gravemente la vida humana o el entorno, llámese medio ambiente, y que sean suficientes para considerarse militando dentro del derecho penal.

### **Soluciones alternativas a la pena y minimización en la persecución criminal**

Si bien siempre se ha reprochado el carácter drástico de las sanciones en el sistema penal mosaico, lo cierto es que, como hemos visto ya, existían, sin embargo, formas de solución alternativa a la pena. Este término lo hemos de considerar en forma amplia, como toda forma entregada por el sistema para evitar la aplicación de lo determinado en la sanción asociada a un delito específico. Todo el derecho semita cuenta de algún u otro modo, con formas alternativas. Así tanto el Código de Hammurabi como las leyes hititas y asirias, contemplaban como forma alternativa, la absolución privada o perdón<sup>89</sup> o morigeraciones penales, como la determinación del castigo a la víctima, la cual podía optar por el castigo de la norma o bien una menos rigurosa<sup>90</sup>.

Ahora bien, en el derecho mosaico, las fórmulas alternativas se presentaban de diversa forma y en mayor número que otras legislaciones antiguas. Una de estas formas era la ‘ciudad de refugio’. En efecto, cuando se cometía un homicidio culposo, se ofrecía al ofensor, una de las seis ciudades de refugio que se contemplaban<sup>91</sup>, con lo cual se libraba de juicio y sentencia, si permanecía en dicha ciudad de refugio. Era una forma de auto-destierro o auto-ostracismo penal: entre la probabilidad de recibir la muerte por los familiares de la víctima (“vengador de la sangre”) y entre vivir fuera de la ciudad, sin duda ésta se planteaba como una fórmula alternativa a evaluar por el hechor.

Igualmente relacionamos la situación del llamado “vengador de la sangre”, en el derecho mosaico. Este era el pariente más próximo de la víctima que tenía la facultad de disponer de la respuesta penal y de ejecutarla contra el ofensor. De ahí la palabra “sangre”, entendiéndola por ella, el vínculo parental de tipo sanguíneo. Si era hallado culpable en juicio, era entregado, entonces, al vengador de la sangre. Pero acá se clarificaba una forma interesante de no llegar hasta las últimas consecuencias. El sistema era regulado primeramente, por la voluntad de cada uno de los afectados, quien era puesto en calidad de juez y posible verdugo. El vengador de la sangre podría en último término, actuar y matar al homicida, pero también podía no hacerlo y absolverlo. Muchas normas situaban a la víctima en calidad de juez. No podía ser menos desde que era el vengador de la sangre quien tenía en su poder finalmente la condenación o la absolución, que en algunos casos, se obligaba al vengador a absolver, por ejemplo, en la disposición de Éxodo 21:19 al determinar al ofensor de una lesión “entonces será absuelto el que lo hirió”, o bien la disposición de Éxodo 21:22, “serán penados conforme a lo que les impusiere el marido de la mujer y juzgaren los jueces”.

Por ello, la disposición talional de “más si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.”<sup>92</sup>, quedaba en último término dejada a la potestad y consideración del afectado por el delito. Por tanto, quedaba a su arbitrio el perseguir la acción criminalmente, y aún así desistirse, ya que existía el desestimiento, cualquiera sea la forma en que se haya iniciado la persecución del delito. Podríamos decir entonces, que sólo los delitos considerados “abominación”, para la legislación, como aquellos que afectaban la moralidad más gravemente (zoofilia, sodomía) y aquellos que decían relación con el

fundamento del Estado Teocrático (hechicería, idolatría, etc.), eran públicos en su persecución y sostén procesal (acción penal pública). Los demás podríamos considerarlos como de acción privada, y por ende, depositado en la víctima la facultad de persecución del delito. De ahí que existan diversas admoniciones del sistema orientando la conducta hacia el perdón. El perdón no era un simple llamado a la conciencia, sino se transformaba en una herramienta del sistema penal poderosísima para evitar la incriminación, o en último caso, la pena asociada al delito.

De aquí surge otra cuestión importante. Si bien podía existir la absolución del afectado, dejaba subsistente sin embargo, la acción civil para la restitución o indemnización. Pero en los casos en que no tenía la disposición monetaria el ofensor, quedaba en la situación de deudor insolvente, y por ello el antes afectado, hoy acreedor, podía reducirlo a esclavitud. Por ello el sinnúmero de normas relativas a la humanización en el trato de los esclavos, esclavitud que fue heredada de los sistemas anteriores al mosaico y en los cuales se les daba el trato de cosas. Así, siendo deudor insolvente, y hoy esclavo, se les hacía pagar durante su vida las consecuencias del delito, más allá de toda proporción. Esta es la razón de las normas humanitarias como ya habíamos hecho referencia, y en especial, de las órdenes y directrices relativas al perdón<sup>93</sup>. Así, se establecía ésta que era una verdadera institución dentro del corpus mosaico que tenía alcances penales en la persecución de los delitos, como forma de extinción de la responsabilidad penal del ofensor, pero aún, como forma de evitar la esclavitud, a través del perdón de la deuda. Fuera de esto, existían instituciones destinadas a solucionar los problemas del esclavismo, fundadas en la humanidad y en una alternatividad a la mera reducción *per se* al servilismo. Así se consagraba el “año sabático”, institución que libertaba a los esclavos al séptimo año y liberaba a los deudores de sus deudas (que por lo mismo el año séptimo decía relación con estas dos cosas, ya que se vinculaban directamente; en un caso, para liberar a todo esclavo, incluso quienes se habían empobrecido y por ello caían en esclavitud; en otro caso, para condonar de sus deudas a los deudores que podían ser reducidos por ello a esclavitud); y en el mismo sentido el “jubileo”.

### Garantías procesales penales

Sin duda que una de las finalidades del juicio era determinar la culpabilidad o la inocencia de un sujeto<sup>94</sup>. Sin embargo, el imputado no quedaba a merced absoluta de un órgano sancionador (vengador de la sangre, pueblo), sino que era obligación fundar con objetividad toda resolución<sup>95</sup>. Esto suponía no sólo que la sentencia debía ser objetiva, sino que debía a su vez basarse en procedimientos objetivos y racionales. Así en la disposición de Levítico 19:20 sobre el adulterio con la sierva desposada, el tenor de lo que señalaba la disposición mosaica que “ambos serán azotados”, la palabra utilizada en hebreo es *biqqóreth*, que era indiciaria de una investigación para determinar la culpabilidad o inocencia, resguardándose siempre la inocencia y, por ende, una convicción mayor para determinar la culpabilidad<sup>96</sup>. Por ello se cautela el sistema de pruebas, donde los testigos son el principal medio, instando a los testigos a responder verazmente<sup>97</sup>, prohibiéndoles y sancionando el testimonio mendaz en litigio<sup>98</sup>, aún gravemente<sup>99</sup>, para lograr la plena objetividad en juicio por el testigo<sup>100</sup>. Era necesaria no sólo la concordancia en el relato de los testigos sino también el número de ellos, que siendo dos como mínimo, probaban el hecho reputado<sup>101</sup>. Tan importante es esta garantía para el imputado, que existe elevación “constitucional” para la veracidad de los testigos<sup>102</sup>. Sin testigos, sólo podía quedar la sospecha por la víctima, la cual, en el caso de adulterio, sólo disponía de la ley ritual pero con alcances morales y no penales<sup>103</sup>.

Orgánicamente, se hace distribución de jueces<sup>104</sup>, y se instaura la doble instancia en los juicios<sup>105</sup>.

### Conclusión

Analizada la legislación mosaica, surgen de ella idénticas garantías que si se trataban de sistemas modernos de derecho. La humanidad juega su rol principal, como transversal a todas las instituciones del derecho mosaico; inspirando unas, morigerando otras. Las formas declarativas de principios del sistema hebreo, no son diferentes a aquellas que se han consignado en declaraciones internacionales de derechos o en los sistemas constitucionales de cada Estado. Aún yendo más lejos, sino plenamente coincidentes, aquellos son base a muchas formas declarativas, dado a que las doctrinas judeo-cristianas, se permearon en los sistemas occidentales, y con ellas, sus fundamentos, principios y reglas. Fuera de lo dicho, el sistema penal mosaico, presenta diferencias con los sistemas modernos, sólo cuando el eje sobre el que versan las figuras delictivas, se relaciona con la teocracia o con fundamentos fuertemente morales, siendo estos últimos igualmente relacionados con dicha teocracia. Pero no puede desconocerse que no sólo se

trata de establecer una proporcionalidad entre el delito y su respuesta penal, en relación al bien jurídico-penal que ha sido lesionado o puesto en peligro, sino además, que se buscan fórmulas alternativas a la sanción o pena determinada, como la ciudad de refugio, el año sabático, el jubileo. Además existían sanciones que eran más bien compositivas, basadas en reparaciones pecuniarias antes que en privaciones de libertad, que no existían en el sistema hebreo, o en la ley del talión. Sobre esta última, se planteaba la institución del perdón, para ejercerla y, así, librar al ofensor del castigo más severo. Sumado a todo esto, se encontraba reducida la persecución de los delitos desde el punto de vista de su procesabilidad, ya que la mayoría de ellos eran más bien de acción privada, quedando reservados unos cuantos a acción penal pública.

Como puede verse, muy lejos se encuentra una visión cruenta del derecho mosaico, exenta de garantías para el individuo, y ausente de derechos inherentes a la persona. Este juicio se forma generalmente por un desconocimiento de los sistemas antiguos. Curiosamente, los sistemas modernos posteriores a la Edad Media, forjaron su aparato legal en el fuego de la ilegalidad, de la crueldad, y de la inhumanidad, muy lejano a sistemas como el mosaico. Esto llevó a la reacción ilustrada de los reformadores como Beccaria, Bentham y Montesquieu a rebelarse contra esto, con lo cual, y sobre todo en la Revolución Francesa, se encuentra un punto de partida a una concepción humanitaria del derecho. Lo curioso es que la Revolución Francesa fue un episodio sumamente sangriento, cuya irracionalidad aún repercute. Los reformadores no hicieron más que revalorizar principios que ya se encontraban ínsitos en el derecho antiguo, sobre todo en el mosaico. Pensar que los sistemas modernos de los cuales contemporáneamente aún nos regimos, son una creación inusitada, donde la humanidad es hija sólo de nuestro tiempo, es un pensamiento erróneo y chovinista. Esto sería caer en la falacia positivista, de que la línea del tiempo avanzando implica progreso y huída de la barbarie. De ahí que nuestras palabras finales serán las del jurista alemán Winfried Hassemer, el cual señala: “Está muy extendida la idea, bastante ingenua por lo demás, de que todos los Ordenamientos jurídicos de épocas antiguas eran “inhumanos”, en la medida en que no corresponden a nuestra cultura jurídica. Esto es sólo correcto desde la perspectiva de Europa central a fines del siglo XX. Pero tampoco hay que renunciar a los valores de humanidad o relativizarlos cuando se juzgan otros Ordenamientos jurídicos en sus particularidades históricas y culturales” (Hassemer 1989: 172,173).

### Bibliografía

Adler, Morris (1964): *El mundo del Talmud*, Biblioteca del hombre contemporáneo, Paidós, Buenos Aires, Argentina.

Carrasco, Edison & Franco, Ana (1997), *La Ley de Moisés, Análisis histórico-jurídico*. Seminario de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Concepción.

Cea Egaña, José Luis (2003), *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Comay, Arie (1980), *Jerusalem*, preparado por Arie Comay., Libro compilado del material publicado originalmente por la Enciclopedia judaica. Keter Pub. House.

Hassemer Winfried (1989), *Introducción a la Criminología y al derecho Penal*, (Trad. Fco. Muñoz Conde), Tirant lo blanché, Valencia, España.

Josefo, Flavio (1967), *Contra Apión; sobre la antigüedad del pueblo judío*, Biblioteca de iniciación al humanismo, Aguilar, Madrid.

“La Santa Biblia” (1990): Sociedades Bíblicas Unidas, antigua versión de Casiodoro de reina, versión revisada de por Cipriano de Valera, 1960 última revisión, Santiago de Chile.

Lara Peinado, Federico (1986), *Código de Hammurabi*, Colección Clásicos del pensamiento, Editorial Tecnos, S.A., Madrid.

Lods, Adolphe (1958a), *Israel desde los orígenes hasta mediados del siglo VIII*, Uthea, México.

Idem (1958b), *Los profetas de Israel y los comienzos del judaísmo*, Uthea, México.

Moore, G.F. (1960), *Judaísmo*, Vol. II, Ediciones Verbo Divino, Argentina.

Politoff, Sergio (2001), *Derecho Penal*, Tomo I, Segunda Edición, Cono Sur, Lexis Nexis Chile.

Sachar, Abram León (1943), *Historia de los Judíos*, colección Condor, Ediciones Ercilla, Santiago de Chile.

Schulz, Fritz (2000), *Principios del Derecho Romano*, (trad. Manuel Abellán Velasco) (2a ed. rev. y corregida), Civitas, Madrid.

Vegas Montaner, Luis (2004), "La ley en el Antiguo Israel", *Ilustración. Revista de Ciencias de las Religiones Anejos de la Universidad Complutense de Madrid*, XI, pp. 119-141.

vv.aa. (1978), *Comentario Bíblico*, Tomo I y VII, (Primera edición), Publicaciones Interamericanas, Mountain View, California.

## notas

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado, Chileno, Docente de Introducción al Derecho y Derecho Penal de la Universidad Bolivariana, Sede Chillán, ecarrasj@hotmail.com.

<sup>1</sup> Cfr. Carrasco & Franco 1997.

<sup>2</sup> Génesis 1: 26-27

<sup>3</sup> Génesis 5:1

<sup>4</sup> "Adán tenía 130 años cuando le nació un hijo a su semejanza, conforme a su imagen, y lo llamó Set." (Génesis cap.5:3)

<sup>5</sup> El Nuevo Testamento también se conduce en este sentido. Por ejemplo la interpretación paulista señala: "y habiéndoos revestido de la nueva naturaleza, que se renueva hasta el conocimiento pleno, conforme a la imagen de su creador" (Colosense 3:10)

<sup>6</sup> Levítico 19:13.

<sup>7</sup> Lev. 19:18.

<sup>8</sup> Exo. 22:22-24; Deum. 24:17.

<sup>9</sup> Deut. 27:19.

<sup>10</sup> Lev. 19:24; Deum. 27:18.

<sup>11</sup> Lev. 19:32.

<sup>12</sup> Deut. 22:14; Lev. 19:13.

<sup>13</sup> Deut. 15:1-6; Lev. 15.

<sup>14</sup> Del Hagadá, tomado de Carrasco & Franco 1997: 198.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> Job 33:6

<sup>17</sup> Génesis 9:6.

<sup>18</sup> «No te vengues ni guardes rencor a los hijos de tu pueblo, sino que amarás a tu prójimo como a tí mismo.» (Levítico 19:18)

<sup>19</sup> Porque todas las vidas son más, tanto la vida del padre como la vida del hijo son más. El que peque, ése morirá (Ezequiel 18:4).

<sup>20</sup> Éxodo 21: 12-13

<sup>21</sup> De la Hagadá, tomado de Carrasco & Franco 1997: 205.

<sup>22</sup> Salmo 139:13-14

<sup>23</sup> Tomando aborto por infanticidio. Esto puede no ser tanto índice de confusión, como de inexperticia en el plano del derecho penal o una falta de desarrollo de las ciencias penales de la época. Pensemos que Flavio Josefo escribe en el siglo I d.C.

<sup>24</sup> El verso citado se encuentra formando parte de una promesa de Jehová quienes cumplan la ley, y no exactamente una prohibición legal.

<sup>25</sup> Levítico 24:19-20 y Deuteronomio 19:21.

<sup>26</sup> Código de Hammurabi, parágrafo 197.

<sup>27</sup> Código de Hammurabi, parágrafo 196; Ley de Moisés, Éxodo 21:24.

<sup>28</sup> Vid. Infra., Leyes basadas en el principio de igualdad.

<sup>29</sup> Levítico 19:11.

<sup>30</sup> Levítico 19:13.

<sup>31</sup> Éxodo 19:5

<sup>32</sup> Levítico 24 y 25

<sup>33</sup> Éxodo 30:11

<sup>34</sup> Levítico 19:3

<sup>35</sup> Levítico 20:9

<sup>36</sup> Levítico 19:11

<sup>37</sup> Éxodo 23: 1

<sup>38</sup> Proverbios 24:28

<sup>39</sup> Éxodo 20:9. En el mismo sentido de la consagración del trabajo Cfr. Vegas 2004.

<sup>40</sup> Compartimos la idea con Flavio Josefo que la organización socio-política durante el tiempo de dictación de la ley mosaica y sus postrimerías, era una teocracia, aunque existen opiniones que van en otro sentido. Así Filón caracteriza este régimen como una democracia y Paul Johnson (1981), *La historia de los judíos*, [trad. Anibal Leal], Buenos Aires, Argentina) a su vez, como una democracia constitucional.

<sup>41</sup> Por otro lado y desde un punto de vista teológico, la idea de pueblo con único culto a Yavhé, tenía un fin 'evangelizador' sobre otros pueblos. De hecho, cualquier judío que no aceptase este culto, podría haber fácilmente abandonado el pueblo judío. Pero si deseaba pertenecer al pueblo, entonces se sometía a sus normas también. Y si así era, era llamado a ser parte de un pueblo que debía poseer costumbres santas y ser imagen de los demás pueblos para su ejemplo e imitación. El pueblo estaba constituido no para hacer de todo el mundo hebreo, sino para hacer de todo el mundo creyente en Dios. Por lo mismo, sus guerras eran generalmente defensivas y no ofensivas, donde impusieran a la fuerza su religión y su credo. El pueblo no estaba para forzar, sino para convertir.

<sup>42</sup> "Si alguno hiere el ojo de su siervo o de su sierva, y lo deja tuerto, le dará libertad por razón de su ojo. Si le hace saltar un diente a su siervo o sierva, por su diente lo dejará libre". (Éxodo 21:26-27)

<sup>43</sup> Éxodo 21: 1-11

<sup>44</sup> Éxodo 21 y ss.

<sup>45</sup> Levítico 24 y ss.

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> Exo. 21:15

<sup>48</sup> Exo. 21:12

<sup>49</sup> Exo. 21: 14

<sup>50</sup> «'Maldito el que acepta soborno para matar al inocente' (Deut. 27:25).

<sup>51</sup> Exo. 21:16.

<sup>52</sup> Exo. 21:13.

<sup>53</sup> Vid. Infra., Soluciones alternativas a la pena y minimización en la persecución penal.

<sup>54</sup> Exo. 21: 18-19.

<sup>55</sup> Exo. 22:2-3.

<sup>56</sup> Exo. 22:2-3.

<sup>57</sup> Exo. 22:7-8.

<sup>58</sup> Exo. 22:1.

<sup>59</sup> Exo. 22:9.

<sup>60</sup> Talmud, Mishná, Baba Metzia, 4 Talmud, Mishná, Baba Metzia, 4

<sup>61</sup> Exo. 22:10-15.

<sup>62</sup> Exo. 22:5-6; 14-15.

<sup>63</sup> Exo. 22:16.

<sup>64</sup> Talmúd, Babá Camá (Perek III), Tomado de Carrasco & Franco 1997.

<sup>65</sup> Lev. 19:20.

<sup>66</sup> Lev. 20:27; Deut. 18:10-12.

<sup>67</sup> Exo. 22:18; Lev. 20:1.

<sup>68</sup> Lev. 20:10.

<sup>69</sup> Lev. 20:11-12.

<sup>70</sup> Lev. 20:13.

<sup>71</sup> Lev. 20:15.

<sup>72</sup> Lev. 24:11-13.

<sup>73</sup> Lev. 15:32-26.

<sup>74</sup> Vid. supra, ¿Libertad religiosa y de cultos?

<sup>75</sup> Cfr. Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio (2001), "Derecho Penal Mínimo y nuevas formas de criminalidad", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo, (8), pp. 231-250.

<sup>76</sup> Código de Hammurabi, Parágrafo 129 y ss.

<sup>77</sup> Código de Hammurabi Parágrafo 153 a 157.

<sup>75</sup> Cfr. Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio (2001), "Derecho Penal Mínimo y nuevas formas de criminalidad", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo, (8), pp. 231-250.

<sup>76</sup> Código de Hammurabi, Parágrafo 129 y ss.

<sup>77</sup> Código de Hammurabi Parágrafo 153 a 157.

<sup>85</sup> Génesis 2:23-24.

<sup>86</sup> En efecto, Flavio Josefo señalaba: "La ley no conoce más que una unión, la unión natural con la mujer..." (Flavio Josefo 1997: 168).

<sup>87</sup> Éxo. 22:19; Lev. 18:23, Lev. 20:15-16; Deut. 27:21.

<sup>88</sup> Génesis 2 :19-20.

<sup>89</sup> La primera tablilla de la ley asiria en la disposición A15 se señala en asuntos de adulterio la posibilidad del perdón al establecer: "Pero si no toca a su esposa [castiga], no tocará tampoco al hombre"; la ley hitita en el parágrafo 198 en los casos de adulterio deja a la consideración del marido sancionarlos o no, quedando en todo caso la última instancia del rey, el cual podría decidir si aplicaba o no la pena de muerte.

<sup>90</sup> La ley asiria en la primera tablilla en la disposición A3 en casos de robos y receptación dentro del hogar por la esposa señala: "el marido...le impondrá un castigo"; la disposición A16 en materia de adulterio señala "el marido impondrá a la esposa el castigo que prefiera".

<sup>91</sup> "...os señalaré ciudades, ciudades de refugio tendréis, donde huya el homicida que hiriere a alguno de muerte sin intención...y no morirá el homicida hasta que entre en juicio delante de la congregación" (Núm. 35:9-28)

<sup>92</sup> Éxo. 21:22-25.

<sup>93</sup> Teológicamente esto explica además, en las consignaciones neotestamentarias, que Jesús, en el padre nuestro, enseñara "perdonas nuestras deudas, como nosotros perdonamos también a nuestros deudores"<sup>93</sup>, ya que el perdón significaba que, ni respecto de quienes cometían delito y subyacía, por la insolvencia, responsabilidad civil, o de quienes derechamente eran deudores civilmente originarios, se renunciaba a reducir a esclavitud a otro.

<sup>94</sup> Deut. 25:1.

<sup>95</sup> Lev. 19:15, 35-36.

<sup>96</sup> "No matarás al inocente y justo, porque yo no justificaré al impío" (Exo. 23:7).

<sup>97</sup> Exo. 23:2.

<sup>98</sup> “ni responderás en litigio inclinándote a los más, para hacer agravios” (Exo. 23:2).

<sup>99</sup> Dice Deuteronomio 19:15-19: “Un solo testigo no será suficiente contra ningún delito o pecado cometido. Sólo por el dicho de dos o tres testigos se decidirá la causa. Si se levanta

un testigo falso contra alguno, para acusarlo, entonces los dos hombres litigantes se presentarán ante el Eterno, ante los sacerdotes y jueces que estén en función. Y los jueces investigarán a fondo, y si aquel testigo resulta ser falso, que acusó falsamente a su hermano, le haréis a él lo que él pensó hacer a su hermano, y quitarás el mal de en medio de ti.” Norma que mira más bien a la imputación y a la inocencia del acusado, ya que el testigo era prácticamente la única prueba contra un hechor. De ahí la severidad, que rompe una cierta proporcionalidad si sólo miramos un sistema de pruebas más completo, pero que es entendida plenamente en razón de la única probanza, lo cual la constituían los testigos en el sistema mosaico. Aún así, tiene una similitud con el artículo 208 del Código Penal Chileno.

<sup>100</sup> “Tampoco favorecerás al pobre en su causa” (Exo. 23:3).

<sup>101</sup> Sobre esto la Torá no parece tan clara en cuanto al número ya que Éxodo 35:30, “Pero un solo testigo no hará fe contra una persona para que muera.”, mientras que Deuteronomio 17:6 señala: “Será necesaria la declaración de dos o tres testigos para que muera el que haya de morir”. Esta última norma, pareciera, sí, indicar más bien a los delitos relacionados con la teocracia, en los que pareciera indicar mayor número de testigos, lo cual se condeciría con la gravedad del hecho.

<sup>102</sup> Exo. 20:16.

<sup>103</sup> Como en la llamada ley de los celos, de Números 5:12 y ss., donde la mujer de quien se sospechaba adulterio, era llevada ante el sacerdote y luego del rito, objeto de oprobio por el pueblo en el caso de declarar su adulterio. Pero no era enjuiciada ni sancionada con la pena que se asociaba normalmente a ese delito.

<sup>104</sup> Deut. 16:18.

<sup>105</sup> Deut. 17:8-12.