

## FRIEDRICH SPEE – EL ORIGEN DEL DERECHO PENAL CRÍTICO<sup>1-2</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>3</sup>

**Resumen:** Este artículo analiza los orígenes del derecho penal crítico, teniendo como referencia teórica la obra de Friedrich Spee . En neste sentido, llegamos a la conclusión de que el discurso crítico desintegra el discurso de la criminología etiológica, vinculándola a la criminología que centra su análisis en la operatividad práctica del sistema penal, con lo que demuestra todas las falacias de los discursos legitimadores, abstractos e independientes de los datos empíricos. Esta característica se puede ver con toda claridad en la obra de Spee que, de este modo, inaugura el desarrollo de la estructura crítica.

**Palabras-clave:** Derecho penal crítico; Friedrich Spee; *Cautio Criminalis*; discurso penal; deslegitimación.

### 1. La *Cautio Criminalis* como obra crítica

La enorme producción de textos inquisitoriales desconcierta al investigador. No obstante, la legitimación mediante la necesidad de salvar la especie humana de una amenaza cósmica alcanzó su mayor nivel teórico en la síntesis de Cramer y Sprenger: el *Malleus Maleficarum*<sup>4</sup>. En ese texto pueden verse todas las características estructurales que se repiten a lo largo de la historia cada vez que se reitera análoga emergencia con diferentes males cósmicos, según la etapa cultural. Opera como un programa de computación que de pronto se vacía de datos para ser inmediatamente alimentado con los de la nueva emergencia, conforme a los nuevos tiempos. El *Malleus* funda de este modo la estructura discursiva inquisitorial o de emergencia reiterada en toda versión de derecho penal y procesal autoritario.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha contado con la colaboración del Abogado Rodrigo Codino.

<sup>2</sup> Data de recebimento do artigo: 12.09.2014.

Datas de pareceres de aprovação: 17.09.2014 e 24.09.2014.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 28.10.2014.

<sup>3</sup> Professor da Universidade de Buenos Aires.

Pero no es la estructura autoritaria la única que se reitera desde hace siglos. Hubo también considerable literatura crítica de la inquisición<sup>5</sup> y también aquí la crítica alcanza su nivel más alto en la *Cautio Criminalis* de Friedrich Spee von Langefeld<sup>6</sup> (1591-1635), que para Thomasius fue la obra que le abrió los ojos sobre los procesos por brujería<sup>7</sup>. Si bien Spee siguió la estela de Adam Tanner<sup>8</sup> –también de la Compañía de Jesús–, lo cierto es que Tanner había escrito sólo un capítulo en una obra general de teología de cuatro volúmenes, en tanto que Spee, que además fue uno de los grandes poetas de su siglo, dedicó un libro específicamente al tema<sup>9</sup>.

El carácter crítico de la obra es claro, al punto que se publica anónimamente, afirmando el editor que ha cometido un *pium furtum* por darlo a luz sin autorización del autor, circunstancia dudosa, estimando otros que se trata más bien de *pious mendacium*<sup>10</sup>. Lo cierto es que parece casi segura la intervención de Spee en la segunda edición, aunque el nombre del autor no se menciona hasta la traducción francesa de 1660, realizada por Ferdinand Bouvot, un médico de Besançon<sup>11</sup> y considerando, además, que Spee nunca negó la autoría de la obra<sup>12</sup>, pese a valerse de la estilística de la mentira piadosa (*Stilmittel de la fromme Lüge*)<sup>13</sup>. Estas precauciones no eran gratuitas, dado que inmediatamente se lo calificó como *pestilentissimus liber* por un denunciante franciscano<sup>14</sup>. Semejante reacción se explica, porque la constante apelación al

---

<sup>4</sup> Kraemer & Sprenger, *Malleus Maleficarum. Maleficas et earum haerefin framea conterens, ex variis auctoribus compilator, & in tres Tomos juste distributus*, Lugduni, 1620; *Der Hexenhammer*, übers. J.W.R.Schmidt, Berlin, 1920 (drei Bände).

<sup>5</sup> Maurel, Olivier, en introducción a Friedrich Spee von Langefeld, *Allemagne 1660. Un confesseur de sorcières parle. Cautio Criminalis*, París, 2000, p. 20.

<sup>6</sup> von Spee, Friedrich, *Cautio Criminalis seu de processibus contra sagas liber. Ad magistratus Germaniae hoc tempore necessarius, tut autem consiliariis et confessariis Principum, Inquisitoribus, Judicibus, Advocatis, Confessariis reorum, concionatoribus, caeterig lectu utilissimus, Auctore incerto Theologo Romano. Editio Secunda*. Francofurti, 1632 (*Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse, deutsche Ausgabe von Joachim-Friedrich Ritter*, Weimar, 1939).

<sup>7</sup> Thomasius, Christian, *Über die Hexenprozesse, überarbeitet und herausgegeben von Rolf Lieberwierth*, Weimar, 1967 (zweite Auflage, 1986), p. 40.

<sup>8</sup> Tanner, Adam, *Disputationes Theologicae*, Ingolstadt, 1617.

<sup>9</sup> Crahay, Roland, *Le procès des procès de sorcellerie: la Cautio Criminalis du P. Friedrich Spee et son traducteur français*, en Faculté de Lettres et Sciences Humaines de l'Université de Clermont-Fernand II, Nouvelle série, Fascicule 25, "Les Jésuites parmi les hommes aux XVIIe. et XVIIIe. siècles", Actes du Coloquie (avril 1985), 1987, p. 126.

<sup>10</sup> Jerouschek, Günter, *Friedrich von Spee als Justizkritiker. Die Cautio Criminalis im Lichte des gemeinen Strafrechts*, en ZStW, 1996, p. 250.

<sup>11</sup> Maurel, pp. 18-20.

<sup>12</sup> Cfr. Crahay, , p. 126.

<sup>13</sup> Jerouschek, p. 251.

<sup>14</sup> Cfr. Crahay, p. 126; Maurel, p. 18.

derecho natural y a la recta razón, si bien es escolástica, se acerca al Iluminismo y prepara el cartesianismo<sup>15</sup>.

Spee era un excelente dialéctico y su arma predilecta era el dilema<sup>16</sup>, aunque sigue ortodoxamente la metodología escolástica, dividiendo su obra en cincuenta y un capítulos que, conforme a ésta, llama *Dubia*. Su obra crítica es *institucional* y no una denuncia personal contra funcionarios o autoridades en particular<sup>17</sup>. Tampoco es una obra teórica contra la creencia en las brujas, sino una crítica radical contra los procesos a brujas<sup>18</sup>. Por ello, *es una verdadera y primera crítica articulada al sistema penal respecto de las llamadas brujas*.

Los tribunales policiales contra los que despotrica Spee en la obra no eran eclesiásticos, pues la inquisición romana contra las brujas estaba en plena decadencia en esos años<sup>19</sup> y los eclesiásticos intervenían en ellos como consejeros y confesores, por lo que el término *inquisidor* debe entenderse en el sentido general de *instructor*<sup>20</sup>.

Su obra marca una inversión de paradigma, semejante al que se produjo hace poco más de cuarenta años con la criminología de la reacción social, pues desplaza el eje conceptual de la etiología del mal –representada por los demonólogos<sup>21</sup>– al sistema penal que critica, representado por los príncipes, los teóricos, los confesores, los superiores de su propia orden, los funcionarios corruptos.

Este conjunto de características hace de la *Cautio Criminalis* la *primera obra en que se manifiesta completamente la estructura discursiva crítica del poder punitivo*, enfrentada a la *estructura legitimante del Malleus*. En las páginas que siguen nos proponemos *mostrar cuáles son los rasgos estructurales que hemos detectado hasta ahora y que se repetirán en los discursos críticos de los cuatro siglos que siguieron a la obra*. El objetivo mediato sería demostrar que desde hace más de cinco siglos se instaló la estructura discursiva legitimante de emergencias y

---

<sup>15</sup> Jerouschek, 265; Crahay, 127; en menor medida lo reconoce Foa, Anna, *Introduzione a Friedrich von Spee, Cautio Criminalis ovvero Dei processi contro le streghe*, Salerno Editrice, Roma, 1986, p. 18.

<sup>16</sup> Cfr. Crahay, p. 128.

<sup>17</sup> Cfr. Foa, Anna, p. 9.

<sup>18</sup> Cahay, p. 127.

<sup>19</sup> Cfr. Romeo, Giovanni, *Inquisitori, esorcisti e streghe nell'Italia della Controriforma*, Sansoni, Firenze, 1990, especialmente capítulos I y II.

<sup>20</sup> Cahay, p. 128.

<sup>21</sup> Una antología de los demonólogos, Abbiati-Agnoletto-Lazzati, *La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal Trecento al Settecento*, Mondadori, Milano, 1991.

hace cuatro la estructura crítica de las anteriores, con lo cual *el discurso penal parecería atrapado en un juego de estructuras alternantes que dificulta su superación.*

## 2. Características críticas estructurales

1. *Construcción procesal del delito.* La negación de la brujería la llevaría a cabo Christian Thomasius, pero Spee no se ocupa de ello, pues critica al sistema penal sin ocuparse de la racionalización o metafísica legitimante. De alguna manera, la circunstancia de que la persecución de brujas en su tiempo haya perdido toda funcionalidad, salvo la de sostener al propio sistema penal<sup>22</sup>, hacía patente que nada tenía que ver la persecución y ejecución de brujas con la lucha contra el diablo, lo que hace que la crítica de Spee presente analogías con los planteos de M. Foucault. Spee acepta la existencia de la brujería en los primeros *dubia*, pero en el *dubium* 48 manifiesta un completo escepticismo y, en definitiva, sostiene que un proceso antijurídico convierte en bruja a cualquiera, de lo que puede extraerse que si se suprime ese proceso desaparecen las brujas<sup>23</sup>, o sea, que el proceso fabrica a las brujas, conclusión cercana al interaccionismo simbólico, por la que se le ha considerado el primer representante del *labelling-Ansatz*<sup>24</sup>.

2. *Concretismo.* Frente a los demonólogos y a otros teóricos, Spee apela a lo concreto y a lo óntico (real) del poder punitivo. No discute cuestiones abstractas<sup>25</sup>, desprecia a los teólogos y juristas que justifican la tortura ignorando su realidad y les responsabiliza como autores del discurso que incita a la persecución, magnificando y exagerando los males<sup>26</sup>, o sea, que los denunciaba como *empresarios morales*, tratándolos con los peores calificativos, en especial a los teólogos que respondieron a las críticas del P. Adam Tanner afirmando que había que eliminarlo en la hoguera<sup>27</sup>. En definitiva, termina acusando a los jueces de homicidio<sup>28</sup>, como haría luego el revolucionario Marat en su famoso *Plan*, lo que implicaba considerar a estos empresarios morales

---

<sup>22</sup> Cfr. Fona, Anna, *Introduzione*, cit.

<sup>23</sup> *Dubia* 15, 43, 48.

<sup>24</sup> Jeoruschek, p. 256.

<sup>25</sup> Crahay, p. 128.

<sup>26</sup> *Dubium* 14.

<sup>27</sup> *Dubium* 15.

<sup>28</sup> *Dubium* 30, n° 18.

como sus instigadores. Llama a los jueces a manejarse con la prudencia y la razón natural<sup>29</sup>, enfrentando la vivencia (Erlebnis) con el deber ser (Sollen)<sup>30</sup>.

3. *Compartimentalización*. Spee señala cómo el sistema penal se segmenta en compartimentos estancos, en que a nadie le importa lo que sucede en el otro segmento, especialmente cuando critica a quienes escriben sin conocer la realidad<sup>31</sup>, pero también en cuanto las autoridades se desentienden que los procesos, dejados en manos de funcionarios inferiores. Más aún: destaca la esquizofrenia que produce la profesionalización, cercana a la psicopatía, con la consiguiente indiferencia ante el dolor y la crueldad, destacada por todos los investigadores posteriores de la tortura<sup>32</sup>.

4. *Reproducción clientelista y discursiva*. Spee explica claramente el proceso de reproducción clientelista del sistema, que se llevaba a cabo obligando a la víctima mediante tortura a proporcionar nombres de otras brujas, lo que se consideraba indicio para condenar a la nombrada por la primera víctima. De este modo la fuente de víctimas se volvía inagotable. Pero también explica la reproducción discursiva: el discurso inquisitorial se construyó sobre datos obtenidos mediante tortura, con preguntas que eran orientadas por el prejuicio, lo que hacía que los teólogos y juristas teorizaran sobre el prejuicio popular y lo retroalimentaran<sup>33</sup>. Se ve aquí claramente expuesta la tesis de la *selffulfilling prophetic*<sup>34</sup>, que se reafirma porque los príncipes desean seguir negando el derecho de defensa y condenando a inocentes, para no reconocer la iniquidad de todas sus anteriores atrocidades<sup>35</sup>, los jueces consideran deshonesto absolver<sup>36</sup> y los verdugos creen vergonzante –un verdadero fracaso profesional- no obtener una confesión<sup>37</sup>.

5. *Prejuicio y falta de información pública*. Spee señala como primera causa de esta iniquidad el prejuicio u opinión deformada, lo que denomina el torrente de la opinión pública (*opinionum vulgarium torrentem*<sup>38</sup>), que no es más que una *construcción social de la realidad* retroalimentada por los teóricos y empresarios morales.

---

<sup>29</sup> Dubium 16.

<sup>30</sup> Cfr. Foa, Anna, p. 20.

<sup>31</sup> Dubium 20.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Dubia 20 y 28.

<sup>34</sup> Jerouschek, p. 256.

<sup>35</sup> Dubium 17.

<sup>36</sup> Dubium 22.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> Dubium 51.

6. *Funcionalidad para la autoridad política.* Como segunda fuente de la represión irracional señala la indiferencia de las autoridades políticas (los príncipes)<sup>39</sup>, que delegan la represión en los funcionarios, lo que claramente constituye lo que hoy llamamos *autonomización de las corporaciones policiales*<sup>40</sup>.

7. *Corrupción.* Como consecuencia de la autonomización surge la corrupción, en parte funcional a los príncipes, mediante la confiscación de los bienes de los condenados como fuente de ingresos<sup>41</sup>, pero también específicamente propia de la corporación autonomizada en razón de que ésta cobraba según el número de personas ejecutadas<sup>42</sup>, pero incluso valiéndose de un sistema de recaudación de contribuciones públicas que implicaba una forma de extorsión como venta de impunidad<sup>43</sup>. El sistema de corrupción parecía infalible, pues cuando un tribunal no recaudaba lo suficiente, inmediatamente se le enviaba un inquisidor especial que se ocupaba de poner más celo en la persecución y en la consiguiente recaudación<sup>44</sup>. Por supuesto, Spee se refería a los funcionarios judiciales, pero debe tenerse en cuenta que en ese sistema las funciones policial y judicial no se distinguían, dado que la policía de seguridad aparecerá en el siglo siguiente en Francia y dos siglos más tarde en Gran Bretaña.

8. *Falsificación semántica.* Spee denuncia el argot tecnológico que oculta la realidad, cargado de neologismos que no traduce ningún diccionario, cuando se llama la *libre confesión* a la que se presta como tortura, o *continuación* a una nueva tortura prohibida por la ley vigente, etc<sup>45</sup>. Su insistencia en el ocultamiento semántico de la realidad llama la atención, le irrita particularmente, lo que se reproduce en casi todos los discursos críticos, que con frecuencia califican a los términos jurídicos como *eufemismos*.

9. *Alquimia valorativa.* Lo que es normal para los amigos se vuelve anormal y peligroso como signo en los enemigos. El fenómeno descrito modernamente por Merton es destacado por Spee respecto de inversiones valorativas realmente increíbles: si quien es torturado y resulta con su psiquismo destruido se suicida, afirma la doctrina inquisitorial que el diablo lo ahorcó para evitarle el sufrimiento y llevarse su alma; si alguien muere durante el tormento, no se atribuye su

---

<sup>39</sup> Dubia 6 a 9.

<sup>40</sup> Dubium 29.

<sup>41</sup> Dubium 16.

<sup>42</sup> Dubia 8, 9 y 16.

<sup>43</sup> Dubium 16.

<sup>44</sup> Dubium 51.

<sup>45</sup> Dubia 20, 31, 39 y 40.

muerte al maltrato y a las lesiones, sino al diablo; si alguien completamente aniquilado psíquicamente deja de hablar, se le llama *taciturnidad* y se considera maleficio; si se desmaya se dice que duerme; si enloquece se dice que ríe durante el tormento; etc.<sup>46</sup>

10. *Perversión paradójica del represor*. El delito cometido por quien debe reprimirlo es tema recurrente en todo discurso crítico: observa Spee que nadie garantiza que los inquisidores no sean brujos<sup>47</sup>. Esto, con independencia de los delitos que comete en el curso de la propia represión, como la lascivia del verdugo tocando a las mujeres con el pretexto de buscar marcas del diablo<sup>48</sup>, de la comparación de sus métodos con los usados por Nerón para imputar a los cristianos el incendio de Roma<sup>49</sup> y de la valoración de la muerte del inocente como peor que la muerte en la guerra, dado que ésta no sólo provoca la pérdida de la vida y de los bienes, sino también la del honor y la reputación<sup>50</sup>. La comparación de los estragos del sistema penal con los males de la guerra y la afirmación de que son peores es muy frecuente en los discursos críticos del sistema penal.

11. *Selectividad y proyección catastrofista*. Como todos los discursos críticos, señala Spee las consecuencias de que el poder punitivo no tuviera límites: si no se detienen estos procesos Alemania entera será quemada, afirma. El único límite se encuentra en el poder y la riqueza que protege a los príncipes y magistrados<sup>51</sup>, lo que denuncia una selectividad que parece adelantar a Sutherland en tres siglos.

12. *Contaminación y prohibición de coalición*. Cualquier crítica era entendida como protección a la brujería<sup>52</sup>. Hubo inquisidores y teólogos que pretendieron eliminar al P. Adam Tanner. Los abogados son difamados como encubridores de brujas<sup>53</sup>. El discurso de Spee pone de manifiesto el efecto contaminante de la defensa de las víctimas y el frecuente recurso autoritario de estigmatizar a los críticos del poder punitivo como encubridores de crímenes.

13. *Estigmas físicos*. Spee se ocupa de un fenómeno que se reiterará históricamente, en especial en el positivismo criminológico lombrosiano: la búsqueda de estigmas o signos físicos.

---

<sup>46</sup> Dubia 9, 26 y 41.

<sup>47</sup> Dubium 11.

<sup>48</sup> Dubium 31.

<sup>49</sup> Dubium 52.

<sup>50</sup> Dubium 12.

<sup>51</sup> Dubium 33.

<sup>52</sup> Dubium 8.

<sup>53</sup> Dubium 18.

La menor sensibilidad, los tatuajes, las agujas, son elementos comunes a ambos discursos, sólo que puestos por el diablo en la inquisición y por la biología en el positivismo. Las zonas anestésicas (¿histeria?), la poca o nula efusión sanguínea, eran datos que llamaban la atención de los inquisidores y que aprovechaban para satisfacer su lascivia. Con toda razón e ironía dice Spee que el diablo debe ser muy tonto para marcar a sus aliados y facilitar su inculpación<sup>54</sup>.

14. *Paradoja emergencial*. No es poca la contribución de Spee a la revelación de una paradoja que siempre sufren las emergencias legitimantes de represión incontrolada: el poder punitivo trata de legitimarse aumentando la gravedad de las amenazas, pero cuanto mayor es la gravedad de éstas más sencillo resulta demostrar la ineficacia del poder punitivo frente a ellas. Con toda razón observa Spee que si el diablo es tan poderoso que puede ilusionar a cualquiera, también puede ilusionar a los testigos, con lo cual se desmorona todo el arsenal probatorio<sup>55</sup>.

15. *Inventiva judicial represiva*. Spee desprecia reiteradamente la invención de racionalizaciones por parte de los inquisidores para ocultar la realidad y permitir el mayor ejercicio de poder represivo, especialmente con respecto a la torcida interpretación de que, para eludir la prohibición de someter a una persona más de una vez a tortura, se considerase que las siguientes sesiones de tortura no eran una nueva sesión sino una continuación de la primera<sup>56</sup>. También se inventa el concurso real o la múltiple calificación, para imponer una tortura por cada delito o calificación jurídica, o bien se tortura a un nuevo procesado y cuando proporciona o asiente ante la mención del nombre del primero, se somete a nueva tortura a éste argumentando que han surgido nuevos indicios. Además, la propia resistencia a la tortura era considerada un indicio de que el diablo le daba fuerzas y, por ende, habilitaba una nueva sesión<sup>57</sup>.

16. *Dogma de la imposibilidad de lo irracional*. La inquisición operaba con un argumento que luego será laicizado: Dios no permitiría la muerte de inocentes<sup>58</sup>. El mismo argumento pasó luego al Estado, cuya pretendida racionalidad no le permitiría incurrir en esos extremos. Spee responde con la prueba histórica de la persecución de los cristianos y de los mártires, análogamente a como se responde hoy mostrando las aberraciones cometidas por estados pretendidamente racionales.

---

<sup>54</sup> Dubium 43

<sup>55</sup> Dubia 47, 48 y 49.

<sup>56</sup> Dubium 22.

<sup>57</sup> Dubium 24.

<sup>58</sup> Dubium 9.



17. *Buena fe de algunos operadores.* Toda crítica al poder punitivo deja a salvo la responsabilidad moral de los operadores que actúan de buena fe y Spee hace lo mismo. Sostiene que es necesario abolir la tortura para salvar el alma de quienes actúan de buena fe<sup>59</sup>, lo que, *a contrario sensu*, lleva a considerar insalvable el alma de quienes lo hacen de mala fe.

18. *Apelación al patriotismo.* Con bastante frecuencia las críticas al sistema penal lo muestran como *vergüenza nacional*. También, frente a la magnificación de ciertos delitos, suele observarse que no corresponde a la realidad y que no es compatible con la personalidad básica del pueblo. Ambos son argumentos que apelan al patriotismo, lo que Spee también inaugura, afirmando desde el comienzo de su obra que es falso que hubiese más brujas en Alemania que en otros países<sup>60</sup>, atribuyéndolo simplemente a la mayor producción de procesos por parte de los inquisidores locales.

19. *Intuicionismo policial.* Observa Spee que en la mayoría de los casos son los inquisidores quienes sostienen con tremenda seguridad la responsabilidad de las brujas, mediante argumentos intuitivos de convencimiento subjetivo, que no hay argumento capaz de desvirtuar<sup>61</sup>.

20. *Paralogismos.* Todos los discursos críticos destacan las contradicciones lógicas de las racionalizaciones. En el caso de Spee éstas alcanzan un límite pocas veces visto: si el sujeto resiste a la tortura es porque el diablo lo ayuda; si confiesa es culpable. En consecuencia, cuando se le aplica tortura, siempre resultará culpable. Esto sobrepasa la vieja ordalía, porque con ella Dios podía probar la inocencia, pero con la tortura, si Dios no prueba la culpabilidad haciéndole confesar, el diablo se encarga de probarla dándole fuerzas para que no confiese<sup>62</sup>. El secuestro de Dios por los inquisidores es completo y pareciera que también el del diablo: la ordalía era un procedimiento mágico que obligaba a Dios a bajar y sentenciar; la tortura no obliga a Dios a probar la culpabilidad, pero si éste no lo hace, el diablo lo sustituye.

21. *El chisme como prueba.* La semiplena prueba necesaria para someter a alguien a tortura era un concepto que se contentaba con los indicios, y como tal se consideraba la reputación, es decir que se dejaba a las personas libradas a la difamación y a la calumnia de sus enemigos<sup>63</sup>. Una característica de todo autoritarismo es operar conforme a la dictadura moral y

---

<sup>59</sup> Dubium 29.

<sup>60</sup> Cfr. Jarouschek, p. 254.

<sup>61</sup> Dubium 8.

<sup>62</sup> Dubia 16 y 17.

<sup>63</sup> Dubium 34.

reforzar ésta fomentando la delación. En consecuencia: si hay plena prueba se condena, pero si no la hay, basta con el chisme para torturar y condenar igual<sup>64</sup>.

### 3. Los principios del derecho penal liberal

El discurso de Spee, al igual que los posteriores de Beccaria y todos los iluministas, deducía de su crítica la necesidad de establecer los principios de lo que luego se llamaría el *derecho penal liberal*, por oposición al *derecho penal autoritario*, que hasta hoy responde al esquema estructural del *Malleus*. Los principales puntos reclamados por Spee son los principios básicos del derecho penal liberal, en especial los siguientes:

1. *Legalidad*. Destaca que las arbitrariedades y crímenes de los inquisidores obedecen, en buena medida, a la falta de un código o ley<sup>65</sup>, con lo cual reclama la legalidad penal y procesal (ambas ramas estaban legisladas conjuntamente en la *Constitutio Criminalis Carolina*).

2. *Derecho de defensa*. Critica duramente la negación del derecho de valerse de un abogado defensor y la arbitrariedad judicial de ignorar y no responder los argumentos defensivos<sup>66</sup>. Considera aberrante un argumento que reiterará siempre el derecho penal autoritario: el derecho de defensa se reduce a medida que aumenta la gravedad del crimen. Cabe recordar a este respecto que el *Malleus* consideraba más grave la brujería que el pecado original, lo que muestra el grado de racionalización delirante de sus autores y su esfuerzo por magnificarlo al infinito, como modo de consolidar y legitimar su poder arbitrario absoluto. Spee respondía que la razón anturual demuestra que es ridículo alegar la magnitud del crimen antes que éste se haya probado<sup>67</sup> y que, por el contrario, cuanto más grave es el crimen mayor es el pecado de rehusar el derecho de defensa al acusado, concluyendo que son nulos los procesos sin defensa<sup>68</sup>.

3. *Principio de inocencia*. En reiteradas ocasiones Spee sostiene el principio o presunción de inocencia<sup>69</sup>. Refiriéndose al sistema inquisitorial observa que ningún jurista sería capaz de explicar cómo un inocente podría probar su condición<sup>70</sup>, o sea, que opera desde el

---

<sup>64</sup> Dubium 39.

<sup>65</sup> Dubium 16.

<sup>66</sup> Dubium 18.

<sup>67</sup> Dubium 17.

<sup>68</sup> Dubium 18.

<sup>69</sup> Dubia 13, 16, 19, 39, 41 y especialmente, 11 n° 9.

<sup>70</sup> Dubium 20.

principio inverso de presunción de culpabilidad de todo procesado. Reitera que el poder de eliminar malvados debe detenerse ante el riesgo de condenar a inocentes<sup>71</sup>.

4. *Abolición de la tortura*. Spee reclamaba la abolición de la tortura, argumentando que si no somos todos condenados por brujería, era simplemente porque aún no se nos había torturado, dado que no hay hombre capaz de resistirla, y menos una mujer, a la que consideraba más frágil<sup>72</sup>, sin contar con que, resistiendo aporta también un indicio de culpabilidad.

5. *Moral y derecho*. Aunque Spee no lo plantea en forma clara, cuando refiriéndose a los deberes de los confesores separa totalmente su ministerio del punitivo, enuncia un prelude importante a la nítida separación de moral y derecho que se ensayará en años muy posteriores, inaugurada por Thomasius, a quien tanto influyó. Spee deja al poder punitivo inquisitorial sin fundamento teológico al afirmar que los oficiales públicos se condenan, aconsejando a los confesores que se limiten a salvar sus almas y las de los condenados, sean inocentes o culpables. El discurso penal queda vacío de legitimación teológica<sup>73</sup>.

#### 4. Conclusiones

Los veintinueve puntos señalados en el segundo párrafo se reiteran en casi todos los posteriores discursos críticos del sistema penal, en mayor o menor intensidad o medida y a veces omitiendo alguno de ellos. Esta reiteración con diferentes contenidos o datos está revelando que la estructura del discurso penal crítico, que se inaugura con Spee en forma completa, permanece a través de los siglos. Efectivamente: creemos haber demostrado que frente al discurso del *Malleus*, que es un discurso *integrado* de criminología etiológica (causas del mal, estudiadas por los demonólogos) y medios para reprimir el mal (derecho penal y procesal penal autoritario)<sup>74</sup>, el discurso crítico *desintegra* el discurso de la criminología etiológica y lo vincula a la criminología que centra su análisis en lo concreto de la operatividad del sistema penal, con lo que pone de manifiesto todas las falacias de los discursos legitimantes abstractos separados de los

---

<sup>71</sup> Dubium 13.

<sup>72</sup> Dubium 19.

<sup>73</sup> Dubium 39.

<sup>74</sup> Sobre el concepto de “modelo integrado”, Baratta, Alessandro, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, en “La Questione Criminale”, año V, nº 2, mayo-agosto 1979, pp. 147 y ss.

datos empíricos. Esta característica se percibe con toda claridad en la obra de Spee que, de este modo inaugura el desarrollo completo de la estructura crítica.

## 5. Bibliografía

ABBIATI-AGNOLETTI-LAZZATI. *La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal Trecento al Settecento*. Mondadori, Milano, 1991.

BARATTA, Alessandro, Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica. In: *La Questione Criminale*, año V, nº 2, mayo-agosto, 1979.

CRAHAY, Roland. Le procès des procès de sorcellerie: la *Cautio Criminalis* du P. Friedrich Spee et son traducteur français. In: *Les Jésuites parmi les hommes aux XVIe. et XVIIIe. siècles*, Actes du Coloquie (avril 1985), Faculté de Lettres et Sciences Humaines de l'Université de Clermont-Fernand II, Nouvelle série, Fascicule 25, 1987.

FOA, Anna. *Introduzione a Friedrich von Spee, Cautio Criminalis ovvero Dei processi contro le streghe*. Salerno Editrice, Roma, 1986.

JEROUSCHEK, Günter. Friedrich von Spee als Justizkritiker. Die *Cautio Criminalis* im Lichte des gemeinen Strafrechts, In: *ZStW*, 1996.

KRAEMER; SPRENGER. *Malleus Maleficarum. Maleficas et earum haerefín framea conterens, ex variis auctoribus compilator, & in tres Tomos juste distributus*, Lugduni, 1620.

\_\_\_\_\_. *Der Hexenhammer*, übers. J.W.R.Schmidt, Berlin, 1920 (drei Bände).

LANGFELD, Friedrich Spee von. *Allemagne 1660. Un confesseur de sorcières parle. Cautio Criminalis*. Paris, 2000.

\_\_\_\_\_. *Cautio Criminalis seu de processibus contra sagas liber. Ad magistratus Germaniae hoc tempore necessarius, tut autem consiliariis et confessariis Principum, Inquisitoribus, Judicibus, Advocatis, Confessariis reorum, concionatoribus, caeterig lectu utilissimus, Auctore incerto Theologo Romano. Editio Secunda. Francofurti, 1632 (Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse, deutsche Ausgabe von Joachim-Friedrich Ritter, Weimar, 1939).*

ROMEO, Giovanni. *Inquisitori, esorcisti e streghe nell'Italia della Controriforma*. Sansoni, Firenze, 1990.

TANNER, Adam. *Disputationes Theologicae*. Ingolstadt, 1617.

THOMASIIUS, Christian. *Über die Hexenprozesse, überarbeitet und herausgegeben von Rolf Lieberwirth*. Weimar, 1967 (zweite Auflage, 1986).

## FRIEDRICH SPEE – A ORIGEM DO DIREITO PENAL CRÍTICO<sup>1-2</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente artigo busca analisar as origens do direito penal crítico, tendo como referencial teórico a obra de Friedrich Spee. Nesse sentido, conclui-se que o discurso crítico *desintegra* o discurso da criminologia etiológica e o vincula à criminologia que centra sua análise na operatividade concreta do sistema penal, com o que põe de manifesto todas as falácias dos discursos legitimadores, abstratos e separados dos dados empíricos. Essa característica se percebe com toda clareza na obra de Spee que, desse modo, inaugura o desenvolvimento completo da estrutura crítica.

**Palavras-chave:** Direito penal crítico; Friedrich Spee; *Cautio Criminalis*; discurso penal; deslegitimação.

### 1. A *Cautio Criminalis* como obra crítica

A enorme produção de textos inquisitoriais confunde o investigador. No entanto, a legitimação pela necessidade de salvar a espécie humana a partir de uma ameaça cósmica atingiu seu maior nível teórico na síntese de Kraemer e Sprenger: o *Malleus Maleficarum*<sup>4</sup>. Nesse texto, podem ser observadas todas as características estruturais que se repetem ao longo da história, cada vez que se reitera análoga emergência com diferentes males cósmicos, segundo a etapa cultural. Opera como um programa de computador que, de pronto, esvazia-se de dados para ser

---

<sup>1</sup> Data de recebimento do artigo: 12.09.2014.

Datas de pareceres de aprovação: 17.09.2014 e 24.09.2014.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 28.10.2014.

<sup>2</sup> Este trabalho contou com a colaboração do advogado Rodrigo Codino e foi traduzido pelos professores Dr. Daniel Raizman, da Universidade Federal Fluminense, e Ms. Fernanda Freixinho, da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Com o título “*Friedrich Spee oder die Ursprung strafrechtliches Kritik*”, foi publicado em *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. Verlag C. H. Beck München 2005, p. 221 e ss.

<sup>3</sup> Professor da Universidade de Buenos Aires.

<sup>4</sup> KRAEMER; SPRENGER. **Malleus Maleficarum**. Maleficas et earum haerefin framea conterens, ex variis auctoribus compiler, & in tres Tomos juste distributus, Lugduni, 1620; **Der Hexenhammer**, übers. J.W.R.Schmidt, Berlin, 1920 (drei Bände).

imediatamente alimentado com a nova emergência, de acordo com os novos tempos. O *Malleus* funda, desse modo, a estrutura discursiva inquisitorial ou emergência reiterada em toda versão de direito penal e processual autoritário.

Mas não é a única estrutura autoritária que se repete há séculos. Também houve considerável literatura crítica da Inquisição<sup>5</sup> e, também aqui, a crítica atinge o seu nível mais alto na *Cautio Criminalis* de Friedrich von Spee Langefeld<sup>6</sup> (1591-1635), que para Thomasius foi o trabalho que lhe abriu os olhos sobre os processos de bruxaria<sup>7</sup>. Spee seguiu os passos de Adam Tanner<sup>8</sup>, também da Companhia de Jesus, a verdade é que Tanner havia escrito apenas um capítulo de uma obra teológica geral de quatro volumes, enquanto Spee, que era também um dos grandes *poetas de seu século*, dedicou um livro especificamente ao tema<sup>9</sup>.

O caráter crítico da obra é claro, ao ponto que se publica anonimamente, afirmando o editor que cometeu um *pium furtum* por dar-lhe à luz sem autorização do autor, circunstância duvidosa, estimando outros que se trata melhor de *pious mendacium*<sup>10</sup>. O certo é que parece quase segura a intervenção de Spee na segunda edição, ainda que o nome do autor não se mencione até a tradução francesa de 1660, realizada por Ferdinand Bouvot, um médico de Besançon<sup>11</sup>, e considerando, ademais, que Spee nunca negou a autoria da obra<sup>12</sup>, pese a valer-se da estilística da mentira piedosa (*Stilmittel da fromme Lüge*)<sup>13</sup>. Essas precauções não eram gratuitas, dado que imediatamente foi qualificado como *pestilentissimus liber* por um denunciante franciscano<sup>14</sup>.

---

<sup>5</sup> MAUREL, Olivier, em introdução a LANGEFELD, Friedrich Spee von. **Allemagne 1660**. Un confesseur de sorcières parle. *Cautio Criminalis*, Paris, 2000, p. 20.

<sup>6</sup> LANGEFELD, Friedrich Spee von. **Cautio Criminalis seu de processibus contra sagas liber**. Ad magistratus Germaniae hoc tempore necessarius, tut autem consiliariis et confessariis Principum, Inquisitoribus, Judicibus, Advocatis, Confessariis reorum, concionatoribus, caeterig lectu utilissimus, Auctore incerto Theologo Romano. Editio Secunda. Francofurti, 1632 (*Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse, deutsche Ausgabe von Joachim-Friedrich Ritter*, Weimar, 1939).

<sup>7</sup> THOMASIUS, Christian. **Über die Hexenprozesse, überarbeitet und herausgegeben von Rolf Lieberwierth**. Weimar, 1967 (zweite Auflage, 1986), p. 40.

<sup>8</sup> TANNER, Adam. **Disputationes Theologicae**. Ingolstadt, 1617.

<sup>9</sup> CRAHAY, Roland. Le procès des procès de sorcellerie: la *Cautio Criminalis* du P. Friedrich Spee et son traducteur français. In: **Les Jésuites parmi les hommes aux XVIe. et XVIIIe. siècles**, Actes du Coloquie (avril 1985), Faculté de Lettres et Sciences Humaines de l'Université de Clermont-Fernand II, Nouvelle série, Fascicule 25, 1987, p. 126.

<sup>10</sup> JEROUSCHEK, Günter. Friedrich von Spee als Justizkritiker. Die *Cautio Criminalis* im Lichte des gemeinen Strafrechts, In: **ZStW**, 1996, p. 250.

<sup>11</sup> MAUREL, p. 18-20.

<sup>12</sup> Cf. CAHAY, p. 126.

<sup>13</sup> JEROUSCHEK, p. 251.

<sup>14</sup> Cf. CRAHAY, p. 126; MAUREL, p. 18.

Semelhante reação se explica, porque a constante apelação ao direito natural e a reta razão, se bem é escolástica, se acerca ao Iluminismo e prepara o cartesianismo<sup>15</sup>.

Spee era um excelente dialético e sua arma predileta era o dilema<sup>16</sup> – ainda que siga ortodoxamente a metodologia escolástica –, dividindo sua obra em cinquenta e um capítulos, que os chama *Dubia*. Sua obra crítica é *institucional, e não uma denúncia* pessoal contra funcionários ou autoridades em particular<sup>17</sup>. Tampouco é uma obra teórica contra a crença nas bruxas, senão uma crítica radical contra os processos às bruxas<sup>18</sup>. Por isso é uma *verdadeira e a primeira crítica articulada ao sistema penal a respeito das chamadas bruxas*.

Os tribunais policiais, contra os quais reclama Spee na obra, não eram eclesiásticos, pois a inquisição romana contra as bruxas estava em plena decadência nesses anos<sup>19</sup> e os eclesiásticos intervinham neles como conselheiros e confessores, motivo pelo qual o termo inquisidor deve entender-se no sentido geral de instrutor<sup>20</sup>.

Sua obra marca uma inversão de paradigma, semelhante ao que se produziu há pouco mais de quarenta anos com a criminologia da reação social, pois desloca o eixo conceitual da etiologia do mal – representada pelos demonólogos<sup>21</sup> – ao sistema penal que critica, representado pelos príncipes, os teóricos, os confessores, os superiores de sua própria ordem, os funcionários corruptos.

Esse conjunto de características faz da *Cautio Criminalis* a *primeira obra em que se manifesta completamente a estrutura discursiva crítica do poder punitivo*, em contraposição à *estrutura legitimadora do Malleus*. Nas páginas que seguem propomos *mostrar quais são os traços estruturais que temos detectado até agora e que se repetiram nos discursos críticos dos quatro séculos que seguiram a obra*. O objetivo mediato seria demonstrar que há mais de cinco séculos se instalou uma estrutura discursiva legitimadora de emergências, e há quatro uma

---

<sup>15</sup> JEROUSCHEK, 265; CRAHAY, 127; em menor medida o reconhece FOA, Anna. **Introduzione a Friedrich von Spee, Cautio Criminalis ovvero Dei processi contro le streghe**. Salerno Editrice, Roma, 1986, p. 18.

<sup>16</sup> Cf. CRAHAY, p. 128.

<sup>17</sup> Cf. FOA, p. 9.

<sup>18</sup> CAHAY, p. 127.

<sup>19</sup> Cf. ROMEO, Giovanni. **Inquisitori, esorcisti e streghe nell'Italia della Controriforma**, Sansoni, Firenze, 1990, especialmente capítulos I e II.

<sup>20</sup> CAHAY, p. 128.

<sup>21</sup> Uma antologia dos demonólogos, ABBIATI-AGNOLETTI-LAZZATI. **La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal Trecento al Settecento**. Mondadori, Milano, 1991.



estrutura crítica das anteriores, de modo que o discurso penal apareceria preso *em um jogo de estruturas alternantes que dificulta sua superação*.

## 2. Características críticas estruturais

1. *Construção processual do delito*. A negação da bruxaria seria realizada por Christian Thomasius, contudo Spee não se ocupa disso, pois critica o sistema penal sem ocupar-se da racionalização ou metafísica legitimadora. De alguma maneira, a circunstância de que a perseguição de bruxas em seu tempo tenha perdido toda a funcionalidade, salvo a de sustentar o próprio sistema penal<sup>22</sup>, fazia patente que nada tinha a ver a perseguição e execução de bruxas com a luta contra o diabo, o que faz com que a crítica de Spee apresente analogias com os questionamentos de M. Foucault. Spee aceita a existência da bruxaria nos primeiros *dubia*, contudo no *dubium* 48 manifesta um completo ceticismo e, em definitiva, sustenta que um processo antijurídico converte em bruxa a qualquer, do que pode extrair-se que se é suprimido esse processo, desaparecem as bruxas<sup>23</sup>, ou seja, que o processo fabrica as bruxas, conclusão próxima à obtida pelo interacionismo simbólico, razão pela qual foi considerado o primeiro representante do *labelling-Ansatz*<sup>24</sup>.

2. *Concretismo*. Frente aos demonólogos e a outros teóricos, Spee apela ao concreto e ao ôntico (real) do poder punitivo. Não discute questões abstratas<sup>25</sup>, despreza os teólogos e juristas que justificam a tortura, ignorando sua realidade, e os responsabiliza como autores do discurso que incita a perseguição, magnificando e exagerando os males<sup>26</sup>, ou seja, que os denunciava como *empresários morais*, tratando-lhes com os piores qualificativos, em especial aos teólogos que responderam as críticas de P. Adam Tanner afirmando que tinha que ser eliminado na fogueira<sup>27</sup>. Em definitiva, termina acusando os juízes de homicídio<sup>28</sup>, como faria logo o revolucionário Marat em seu famoso *Plano de Legislação Criminal*, o que implicava considerar esses empresários

---

<sup>22</sup> Cf. FONA, *Introduzione*, cit.

<sup>23</sup> DUBIA, p. 15, 43, 48.

<sup>24</sup> JEORUSCHEK, p. 256.

<sup>25</sup> CRAHAY, p. 128.

<sup>26</sup> DUBIUM 14.

<sup>27</sup> DUBIUM 15.

<sup>28</sup> DUBIUM 30, nº 18.

morais como seus instigadores. Chama os juízes a atuar com a prudência e a razão natural<sup>29</sup>, enfrentando a vivência (*Erlebnis*) com o dever ser (*Sollen*)<sup>30</sup>.

3. *Compartimentalização*. Spee assinala como o sistema penal se segmenta em compartimentos estanques, em que a ninguém importa o que sucede no outro segmento, especialmente quando critica àqueles que escrevem sem conhecer a realidade<sup>31</sup>, mas também enquanto as autoridades se desvinculam dos processos, deixados em mãos de funcionários inferiores. Mais que isso: destaca a esquizofrenia que produz a profissionalização, próxima a psicopatia, com a conseqüente indiferença ante a dor e a crueldade, destacada por todos os investigadores posteriores da tortura<sup>32</sup>.

4. *Reprodução clientelista e discursiva*. Spee explica claramente o processo de reprodução clientelista do sistema, que se levava a cabo obrigando a vítima mediante tortura a proporcionar nomes de outras bruxas, o que se considerava indício para condenar a nomeada pela primeira vítima. Desse modo, a fonte de vítimas se tornava inesgotável. Mas, também, explica a reprodução discursiva: o discurso inquisitorial se construiu sobre dados obtidos mediante tortura, com perguntas que eram orientadas pelo preconceito, o que fazia com que os teólogos e juristas teorizassem sobre o prejuízo popular e o retroalimentassem<sup>33</sup>. Aqui se vê exposta, claramente, a tese da *selffulfilling prophecy*<sup>34</sup>, que se reafirma porque os príncipes desejam seguir negando o direito de defesa e condenando a inocentes, para não reconhecer a iniquidade de todas as suas anteriores atrocidades<sup>35</sup>, os juízes consideram desonesto absolver<sup>36</sup> e os verdugos creem vergonhoso e um verdadeiro fracasso profissional não obter uma confissão<sup>37</sup>.

5. *Preconceito e falta de informação pública*. Spee assinalava como primeira causa dessa iniquidade o prejuízo ou opinião deformada, o que denomina a torrente da opinião pública (*opinionum vulgarium torrentem*<sup>38</sup>), que não é mais do que uma construção social da realidade retroalimentada pelos teóricos e empresários morais.

---

<sup>29</sup> DUBIUM 16.

<sup>30</sup> Cf. FOA, p. 20.

<sup>31</sup> DUBIUM 20.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> DUBIA 20 e 28.

<sup>34</sup> JEROUSCHEK, p. 256.

<sup>35</sup> DUBIUM 17.

<sup>36</sup> DUBIUM 22.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> DUBIUM 51.

6. *Funcionalidade para a autoridade política.* Como segunda fonte da repressão irracional, assinala a indiferença das autoridades políticas (os príncipes)<sup>39</sup>, que delegam a repressão aos funcionários, o que claramente constitui o que hoje chamamos de *autonomização das corporações policiais*<sup>40</sup>.

7. *Corrupção.* Como consequência da autonomização, surge a corrupção, em parte funcional aos príncipes, mediante o confisco dos bens dos condenados como fonte de ingressos<sup>41</sup>, mas, também, especificamente, própria da corporação autonomizada em razão de que esta cobrava segundo o número de pessoas executadas<sup>42</sup>, mas, inclusive, valendo-se de um sistema de arrecadação de contribuições públicas que implicava uma forma de extorsão como venda de impunidade<sup>43</sup>. O sistema de corrupção parecia infalível, pois, quando um tribunal não arrecadava o suficiente, imediatamente se lhe enviava um inquisidor especial que se ocupava de colocar mais afinco na persecução e na consequente arrecadação<sup>44</sup>. Por suposto, Spee se referia aos funcionários judiciais, porém deve-se ter em conta que nesse sistema as funções policial e judicial não se distinguiam dado que a polícia de segurança aparecerá no século seguinte na França e dois séculos mais tarde na Grã-Bretanha.

8. *Falsificação semântica.* Spee denuncia o *argot* tecnológico que oculta a realidade, carregado de neologismos que não traduz nenhum dicionário, quando se chama *livre confissão* ao que se apresenta como tortura, ou continuação a uma nova tortura proibida pela lei vigente, etc<sup>45</sup>. Sua insistência no ocultamento semântico da realidade chama a atenção, irrita-lhe particularmente, o que se reproduz em quase todos os discursos críticos, que com frequência qualificam os termos jurídicos como *eufemismos*.

9. *Alquimia valorativa.* O que é normal para os amigos se torna anormal e perigoso como sinal nos inimigos. O fenômeno descrito modernamente por Merton é destacado por Spee a respeito de inversões valorativas realmente inacreditáveis: se quem é torturado e resulta com seu psiquismo destruído se suicida, afirma a doutrina inquisitorial que o diabo o enforcou para evitar-lhe o sofrimento e levar sua alma; se alguém morre durante o tormento, não se atribui sua morte

---

<sup>39</sup> DUBIA 6 a 9.

<sup>40</sup> DUBIUM 29.

<sup>41</sup> DUBIUM 16.

<sup>42</sup> DUBIA 8, 9 e 16.

<sup>43</sup> DUBIUM 16.

<sup>44</sup> DUBIUM 51.

<sup>45</sup> DUBIA 20, 31, 39 e 40.

ao maltrato e às lesões, senão ao diabo; se alguém completamente aniquilado psicicamente deixa de falar, então se fala de *taciturnidade* e se considera malefício; se desmaia, diz-se que dorme; se enlouquece, diz-se que ri durante o tormento; etc.<sup>46</sup>.

10. *Perversão paradoxal do repressor*. O delito cometido por quem deve reprimi-lo é tema recorrente em todo discurso crítico: observa Spee que ninguém garante que os inquisidores não sejam bruxos<sup>47</sup>. Isso, com independência dos delitos que comete em curso da própria repressão, como a lascívia do verdugo, tocando as mulheres com o pretexto de buscar marcas do diabo<sup>48</sup>, da comparação de seus métodos com os usados por Nerón para imputar aos cristãos o incêndio de Roma<sup>49</sup> e da valoração da morte do inocente como pior que a morte na guerra, dado que essa não somente provoca a perda da vida e dos bens, senão também a da honra e da reputação<sup>50</sup>. A comparação dos estragos do sistema penal com os males da guerra e a afirmação de que são piores é muito frequente nos discursos críticos do sistema penal.

11. *Seletividade e projeção catastrofista*. Como todos os discursos críticos, assinala Spee as consequências de que o poder punitivo não tenha limites: se não se detém esses processos a Alemanha inteira será queimada, afirma. O único limite se encontra no poder e na riqueza que protege os príncipes e magistrados<sup>51</sup>, o que denuncia uma seletividade que parece adiantar a Sutherland em três séculos.

12. *Contaminação e proibição de coalizão*. Qualquer crítica era entendida como proteção à bruxaria<sup>52</sup>. Houve inquisidores e teólogos que pretenderam eliminar a P. Adam Tanner. Os advogados são difamados como encobridores de bruxas<sup>53</sup>. O discurso de Spee põe de manifesto o efeito contaminante da defesa das vítimas e o frequente recurso autoritário de estigmatizar os críticos do poder punitivo como encobridores de crimes.

13. *Estigmas físicos*. Spee se ocupa de um fenômeno que se reiterará historicamente, em especial no positivismo criminológico lombrosiano: a busca de estigmas ou sinais físicos. A menor sensibilidade, as tatuagens, as agulhas, são elementos comuns a ambos os discursos, só

---

<sup>46</sup> DUBIA 9, 26 e 41.

<sup>47</sup> DUBIUM 11.

<sup>48</sup> DUBIUM 31.

<sup>49</sup> DUBIUM 52.

<sup>50</sup> DUBIUM 12.

<sup>51</sup> DUBIUM 33.

<sup>52</sup> DUBIUM 8.

<sup>53</sup> DUBIUM 18.

que postos pelo diabo na inquisição e pela biologia no positivismo. As zonas anestésicas (histeria?), a pouca ou nula efusão sanguínea, eram dados que chamavam a atenção dos inquisidores e que aproveitavam para satisfazer sua lascívia. Com toda razão e ironia disse Spee que o diabo deve ser muito tonto para marcar a seus aliados e facilitar sua inculpação<sup>54</sup>.

14. *Paradoxo emergencial*. Não é menor a contribuição de Spee a revelação de um paradoxo que sempre sofrem as emergências legitimantes de repressão incontrolada: o poder punitivo trata de legitimar-se aumentando a gravidade das ameaças, contudo, quanto maior é a gravidade dessas, mais simples resulta demonstrar a ineficácia do poder punitivo frente a elas. Com toda razão, observa Spee que se o diabo é tão poderoso que pode iludir a qualquer, também pode iludir as testemunhas, com o que se desmorona todo o arsenal probatório<sup>55</sup>.

15. *Inventiva judicial repressiva*. Spee despreza reiteradamente a invenção de racionalizações por parte dos inquisidores para ocultar a realidade e permitir o maior exercício de poder repressivo, especialmente com respeito a deturpada interpretação de que, para iludir a proibição de submeter uma pessoa mais de uma vez à tortura, se considera que as seguintes sessões de tortura não eram uma nova sessão, senão uma continuação da primeira<sup>56</sup>. Também se inventa o concurso real ou a múltipla qualificação, para impor uma tortura por cada delito ou qualificação jurídica, ou bem se tortura a um novo processado e quando proporciona ou assentir ante a menção do nome do primeiro, se submete a nova tortura a este argumentando que surgiram novos indícios. Ademais, a própria resistência à tortura era considerada um indício de que o diabo lhe dava forças e, por fim, habilitava uma nova sessão<sup>57</sup>.

16. *Dogma da impossibilidade do irracional*. A inquisição operava com um argumento que logo será laicizado: Deus não permitiria a morte de inocentes<sup>58</sup>. O mesmo argumento passou logo ao Estado, cuja pretendida racionalidade não lhe permitiria incorrer nesses extremos. Spee responde com a prova histórica da persecução aos cristãos e aos mártires, analogamente a como se responde hoje mostrando as aberrações cometidas por estados pretensamente racionais.

17. *Boa fé de alguns operadores*. Toda crítica ao poder punitivo deixa a salvo a responsabilidade moral dos operadores que atuam de boa fé, e Spee faz o mesmo. Sustenta que é

---

<sup>54</sup> DUBIUM 43

<sup>55</sup> DUBIA 47, 48 e 49.

<sup>56</sup> DUBIUM 22.

<sup>57</sup> DUBIUM 24.

<sup>58</sup> DUBIUM 9.

necessário abolir a tortura para salvar a alma daqueles que atuam de boa fé<sup>59</sup>, o que, *a contrario sensu*, leva a considerar impossível de salvar a alma daqueles que o fazem de má-fé.

18. *Apelação ao patriotismo*. Com bastante frequência, as críticas ao sistema penal o mostram como vergonha *nacional*. Também, frente à magnificação de certos delitos, pode observar-se que não corresponde à realidade e que não é compatível com a personalidade básica do povo. Ambos são argumentos que apelam ao patriotismo, o que Spee também inaugura, afirmando, desde o começo de sua obra, que é falso que tivessem mais bruxas na Alemanha que em outros países<sup>60</sup>, atribuindo simplesmente a maior produção de processos por parte dos inquisidores locais.

19. *Intuicionismo policial*. Observa Spee que, na maioria dos casos, são os inquisidores que sustentam com muita segurança a responsabilidade das bruxas, mediante argumentos intuitivos de convencimento subjetivo, que não há argumento capaz de desvirtuar<sup>61</sup>.

20. *Paralogismos*. Todos os discursos críticos destacam as contradições lógicas das racionalizações. No caso de Spee, essas alcançam um limite poucas vezes visto: se o sujeito resiste à tortura é porque o diabo o ajuda; se confessa é culpado. Em consequência, quando se lhe aplica tortura, sempre resultará culpável. Isso supera a velha ordália, porque com ela Deus podia provar a inocência, porém com a tortura, se Deus não prova a culpabilidade fazendo-lhe confessar, o diabo se encarrega de prová-la dando-lhe forças para que não confesse<sup>62</sup>. O sequestro de Deus pelos inquisidores é completo e pareceria que também o do diabo: a ordália era um procedimento mágico que obrigava Deus a baixar e sentenciar; a tortura não obriga Deus a provar a culpabilidade, todavia, se este não o faz, o diabo o substitui.

21. *A fofoca como prova*. A semiplena prova necessária para submeter a alguém a tortura era um conceito que se contentava com os indícios, e, como tal, considerava-se a reputação, é dizer que se deixava às pessoas sob o risco da difamação e da calúnia de seus inimigos<sup>63</sup>. Uma característica de todo autoritarismo é operar conforme a ditadura moral e

---

<sup>59</sup> DUBIUM 29.

<sup>60</sup> Cf. JAROUSCHEK, p. 254.

<sup>61</sup> DUBIUM 8.

<sup>62</sup> DUBIA 16 e 17.

<sup>63</sup> DUBIUM 34.

reforçar essa fomentando a delação. Em consequência: se há plena prova se condena, contudo, se não há, basta a fofoca para torturar e condenar<sup>64</sup>.

### 3. Os princípios do direito penal liberal

O discurso de Spee é igual ao dos posteriores de Beccaria e todos os iluministas, deduzia de sua crítica a necessidade de estabelecer os princípios do que logo se chamaria o direito penal liberal, por oposição ao direito *penal autoritário*, que até hoje responde ao esquema estrutural do *Malleus*. Os principais pontos reclamados por Spee são os princípios básicos do direito penal liberal, em especial os seguintes:

1. *Legalidade*. Destaca que as arbitrariedades e crimes dos inquisidores obedecem, em boa medida, a falta de um código ou lei<sup>65</sup>, com o qual reclama a legalidade penal e processual (ambos os ramos estavam legislados conjuntamente na *Constitutio Criminalis Carolina*).

2. *Direito de defesa*. Critica duramente a negação do direito de valer-se de um advogado defensor e a arbitrariedade judicial de ignorar ou não responder os argumentos defensivos<sup>66</sup>. Considera aberrante um argumento que reiterará sempre o direito penal autoritário: o direito de defesa se reduz à medida que aumenta a gravidade do crime. Cabe recordar a esse respeito que o *Malleus* considerava mais grave a bruxaria do que o pecado original, o que mostra o grau de racionalização delirante de seus autores e seu esforço por magnificar a bruxaria ao infinito, como modo de consolidar e legitimar seu poder arbitrário absoluto. Spee respondia que a razão natural demonstra que é ridículo alegar a magnitude do crime antes que esse se tenha provado<sup>67</sup> e que, pelo contrário, quanto mais grave é o crime, maior é o pecado de recusar o direito de defesa ao acusado, concluindo que são nulos os processos sem defesa<sup>68</sup>.

3. *Princípio de inocência*. Em reiteradas ocasiões, Spee sustenta o princípio ou presunção de inocência<sup>69</sup>. Referindo-se ao sistema inquisitorial, observa que nenhum jurista seria capaz de explicar como um inocente poderia provar sua condição<sup>70</sup>, ou seja, que opera a partir do

---

<sup>64</sup> DUBIUM 39.

<sup>65</sup> DUBIUM 16.

<sup>66</sup> DUBIUM 18.

<sup>67</sup> DUBIUM 17.

<sup>68</sup> DUBIUM 18.

<sup>69</sup> DUBIA 13, 16, 19, 39, 41 e especialmente, 11 nº 9.

<sup>70</sup> DUBIUM 20.

princípio inverso de presunção de culpabilidade de todo processado. Reitera que o poder de eliminar malvados deve deter-se ante o risco de condenar a inocentes<sup>71</sup>.

4. *Abolição da tortura*. Spee reclamava a abolição da tortura, argumentando que, se não somos todos condenados por bruxaria era simplesmente porque ainda não havíamos sido torturados, dado que não há homem capaz de resistir a ela, e menos uma mulher, a qual considerava mais frágil<sup>72</sup>, sem contar com que, a resistência aporta também um indício de culpabilidade.

5. *Moral e direito*. Não obstante Spee não o formulasse de forma clara, quando se refere aos deveres dos confessores, separa totalmente seu ministério do punitivo, enuncia um prelúdio importante à nítida separação de moral e direito que se ensaiará em anos muito posteriores, inaugurada por Thomasius, a quem tanto influenciou. Spee deixa o poder punitivo inquisitorial sem fundamento teológico ao afirmar que os oficiais públicos se condenam, aconselhando aos confessores que se limitem a salvar suas almas e as dos condenados, sejam inocentes ou culpáveis. O discurso penal fica vazio de legitimação teológica<sup>73</sup>.

#### 4. Conclusões

Os vinte e um pontos assinalados no segundo parágrafo se reiteram em quase todos os posteriores discursos críticos do sistema penal, em maior ou menor intensidade ou medida e, às vezes, omitindo algum deles. Essa reiteração com diferentes conteúdos ou dados está revelando que a estrutura do discurso penal crítico, que se inaugura com Spee de forma completa, permanece através dos séculos. Efetivamente: acreditamos haver demonstrado que frente ao discurso do *Malleus*, que é um discurso *integrado* de criminologia etiológica (causas do mal, estudadas pelos demonólogos) e meios para reprimir o mal (direito penal e processual penal autoritário)<sup>74</sup>, o discurso crítico *desintegra* o discurso da criminologia etiológica e o vincula à criminologia que centra sua análise na operatividade concreta do sistema penal, com o que põe de

---

<sup>71</sup> DUBIUM 13.

<sup>72</sup> DUBIUM 19.

<sup>73</sup> DUBIUM 39.

<sup>74</sup> Sobre o conceito de “modelo integrado”: BARATTA, Alessandro, Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica. In: **La Questione Criminale**, año V, nº 2, mayo-agosto 1979, p. 147 e ss.



manifesto todas as falácias dos discursos legitimadores, abstratos e separados dos dados empíricos. Essa característica se percebe com toda clareza na obra de Spee que, desse modo, inaugura o desenvolvimento completo da estrutura crítica.

## 5. Bibliografia

ABBIATI-AGNOLETTI-LAZZATI. *La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal Trecento al Settecento*. Mondadori, Milano, 1991.

BARATTA, Alessandro, Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica. In: *La Questione Criminale*, año V, nº 2, mayo-agosto, 1979.

CRAHAY, Roland. Le procès des procès de sorcellerie: la *Cautio Criminalis* du P. Friedrich Spee et son traducteur français. In: *Les Jésuites parmi les hommes aux XVIe. et XVIIIe. siècles*, Actes du Coloquio (avril 1985), Faculté de Lettres et Sciences Humaines de l'Université de Clermont-Fernand II, Nouvelle série, Fascicule 25, 1987.

FOA, Anna. *Introduzione a Friedrich von Spee, Cautio Criminalis ovvero Dei processi contro le streghe*. Salerno Editrice, Roma, 1986.

JEROUSSCHEK, Günter. Friedrich von Spee als Justizkritiker. Die *Cautio Criminalis* im Lichte des gemeinen Strafrechts, In: *ZStW*, 1996.

KRAEMER; SPRENGER. *Malleus Maleficarum. Maleficas et earum haerefin framea contereans, ex variis auctoribus compiler, & in tres Tomos juste distributus*, Lugduni, 1620.

\_\_\_\_\_. *Der Hexenhammer*, übers. J.W.R.Schmidt, Berlin, 1920 (drei Bände).

LANGFELD, Friedrich Spee von. *Allemagne 1660. Un confesseur de sorcières parle. Cautio Criminalis*. Paris, 2000.

\_\_\_\_\_. *Cautio Criminalis seu de processibus contra sagas liber. Ad magistratus Germaniae hoc tempore necessarius, tut autem consiliariis et confessariis Principum, Inquisitoribus, Judicibus, Advocatis, Confessariis reorum, concionatoribus, caeterig lectu utilissimus, Auctore incerto Theologo Romano. Editio Secunda. Francofurti, 1632 (Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse, deutsche Ausgabe von Joachim-Friedrich Ritter, Weimar, 1939).*

ROMEO, Giovanni. *Inquisitori, esorcisti e streghe nell'Italia della Controriforma*. Sansoni, Firenze, 1990.

TANNER, Adam. *Disputationes Theologicae*. Ingolstadt, 1617.

THOMASIIUS, Christian. *Über die Hexenprozesse, überarbeitet und herausgegeben von Rolf Lieberwierth*. Weimar, 1967 (zweite Auflage, 1986).