Revista Penal México 8
Doctrina
núm. 8, marzo-agosto de 2015

Beccaria en nuestra América

Sergio García Ramírez *Universidad Nacional Autónoma de México*

Resumen: *En este artículo el Dr. Sergio García Ramírez aborda las diversas maneras en que el pensamiento y la obra de Cesare Beccaria influyeron en la evolución política y jurídica en "nuestra América", aludiendo al famoso ensayo de José Martí. García Ramírez, profundo conocedor de la obra beccariana, escribe acerca de cómo el pensamiento del célebre penalista italiano "se abrió camino" en el nacimiento de las repúblicas americanas con sus esbozos constitucionales y declaraciones de independencia basadas en las exigencias de justicia, legalidad, igualdad y humanidad.*

Palabras clave: *Cesare Beccaria, América, Ilustración, justicia, penalidad, sistema penal.*

Abstract: *In this paper Ph.D. Sergio García Ramírez addresses the different ways in which the thinking and work of Cesare Beccaria had influence on the political and legal evolution that took place in "our America", as the famous essay of José Martí used to say. García Ramírez, well-versed in Beccaria's work, writes about how the thinking of the celebrated Italian criminal lawyer "made its way" in the early American republics with their constitutional first drafts and declaration of independence based on the demands of justice, legality, equality and humanity*

Key words: *Cesare Beccaria, America, the Age of Enlightenment, justice, penalty, criminal system.*

Rec: 18-11-2014 | **Fav:** 04-06-2015

Miraré mi tema con ojos americanos, de lo que José Martí llamó "nuestra América":[1] territorio, población y cultura que se extienden entre el río Bravo y la Patagonia. Es la América desplegada en el escudo de mi Universidad, la Nacional Autónoma de México, con la estampa y el lema que estableció el rector José Vasconcelos.[2] También aquí se recibió la buena nueva beccariana. Arribó cautelosa —como la primera edición de Liorna—, con los vientos de la Ilustración y la Revolución. Desembarcó sorteando baluartes, mejor dispuestos para disuadir la cultura que para detener a los piratas. Y se abrió camino en la formación de repúblicas inciertas, acostumbradas al cadalso y al tormento.

Un antiguo maestro en la Universidad de México —Raúl Carrancá y Trujillo, discípulo de Jiménez de Asúa y autor del primer tratado de Derecho penal moderno en Iberoamérica,[3] según la modernidad de su tiempo— me atrajo a las andanzas del marqués, que ya para ese entonces llevaba un siglo y medio entre nosotros. Me hice del librito en la traducción que vio la luz en Puebla, elaborada por un devoto beccariano: Constancio Bernaldo de Quirós, español transterrado.[4] Así llamaba José Gaos, ex rector de la Universidad Central de Madrid, a los migrantes republicanos.[5] Don Constancio agregó a su traducción un estudio fervoroso.[6]

Conservo ese libro con las notas que alojaron mis hallazgos. Andando el tiempo conté con un ejemplar de la edición príncipe, que horrorizó a los Facchinei que se le opusieron,[7] e irritó al *Índice* que la proscribió.[8] A la edición facsimilar preparada por el Fondo de Cultura Económica agregué un estudio sobre el autor, su obra y su circunstancia —como recomienda Ortega en la meditación del Quijote—.[9] En una publicación de 2014 milita al lado de John Howard, el *country gentleman* inglés metido a insigne penitenciarista.[10]

He ahí dos insólitos personajes antípodas en el temperamento y el comportamiento, pero coincidentes en el destino. Poseyeron —resume Elías Neuman— "el mismo acento de vehemente sinceridad […] y el mismo empeño de abrir paso a las razones del futuro".[11] Uno, aristócrata, se formó en el coloquio de los iracundos que hacen la revolución sin prescindir de la tertulia; colega de Pedro Verri, alterado por el espectáculo de la tortura, y de Alejandro Verri, *prottetore dei carcerati*, ombudsman de los presos en espera de la horca. Beccaria concluyó su rebelión en el *mezzo giorno* de su existencia, la hora marcada en la *Comedia* para otras correrías. Había alcanzado su cenit enarbolando una doble bandera: la piedad y la razón.

El otro personaje, con su *covenant* sobre el pecho,[12] consumó un recorrido de 40 000 millas en Europa.[13] Caminante sin reposo —la continua estancia en un lugar "abate mi espíritu", advertía—,[14] visitó y denunció prisiones y lazaretos, de Portugal a Crimea.

---

[1] *Cfr*: Martí, José, "Nuestra América", *La Revista Ilustrada*, Nueva York, 10 de enero de 1891, y *El Partido Liberal,* México, 30 de enero de 1891. Para una revisión de este tema en la producción martiana, cfr. José Martí, *Nuestra América*, Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2005.

[2] *Cfr*: "El nuevo escudo de la Universidad Nacional", en José Vasconcelos, *Discursos 1920-1950*, Botas, México, 1950, p. 13.

[3] Acerca de ese tratado escribe Jiménez de Asúa: "Tiene el insuperable mérito de haber sido el primer Tratado en Iberoamérica que, con sistema moderno, expone la dogmática penal". Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal,* La Ley, Buenos Aires, 1946. El penalista español se refería a la obra de Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano. Parte general,* cuya primera edición apareció en 1937.

[4] *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. Constancio Bernaldo de Quirós, Cajica, Puebla, 1957.

[5] *Cfr*: Gaos, José, en VV.AA., *El exilio español en México. 1939-1962,* FCE, México, 1982, p. 776.

[6] "César Beccaria y su libro", *Tratado de los delitos y de las penas, op. cit.,* pp. 7 y ss.

[7] Facchinei impugnó el libro de Beccaria en *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene* publicado en 1764: "obra horrible, envenenada, de una licencia dañosa, infame, é impía". Véase la contestación en "Respuesta a las notas y observaciones de un fraile dominico, sobre el libro *De los delitos y de las penas*", que se reproduce parcialmente en Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas,* México, facs. de edición española de 1822, Porrúa, México, 1982, p. 337.

[8] *Cfr*: Del Val, Juan Antonio, "Introducción", en Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Alianza, Madrid, 1968, p. 14.

[9] García Ramírez, Sergio, "Estudio introductorio. Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra", en César Beccaria, *De los delitos y de las penas*, facs. de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, 1ª ed., 2ª. reimp., FCE, México, pp. 7 y ss. Este estudio, junto con el correspondiente a John Howard, que se menciona en la nota 10, quedaron integrados en mi libro *Los reformadores. Beccaria, Howard y el Derecho penal ilustrado*, IIJ-UNAM/Inacipe/Tirant lo Blanch, México, 2014.

[10] *Cfr*: Howard, John, *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, trad. Esteban Baca Calderón, estudio introductorio de Sergio García Ramírez, "John Howard: la obra y la enseñanza", FCE, México, 2003.

[11] Neuman, Elías, *Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica*, Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 46.

[12] En el *covenant* que portó hasta su muerte manifestaba sumisión a la voluntad de Dios. *Cfr*: Constancio Bernaldo de Quirós, *Criminología*, Cajica, Puebla, 1948, p. 279

[13] *Idem.*

[14] *Idem.*

El *high sheriff* de Bedforshire que polemiza con monarcas —José II de Austria[15]— y arriesga el encierro en La Bastilla, admiró la obra de Beccaria. Lo llamó el "bondadoso marqués" y lo citó sobre la prevención de los delitos, el rigor de las cárceles, el tormento, la pena de muerte y el infortunio de los deudores sometidos a prisión.[16]

Dei delitti e delle pene —sostiene Badinter— figura en la "pléyade de las obras esenciales", a lado de *El espíritu de las leyes*, *El contrato social*, *¿Qué es el Tercer Estado?* y *El capital.*[17] Sin duda, ha sido una guía puntual para viajeros de la justicia. Es la encarnación literaria de Jano. Mira hacia el pasado y observa hacia el porvenir, que es nuestro presente y acaso nuestro futuro.

En su tiempo clareaba la revolución en las ideas y las prácticas de la justicia penal. En los *Cahiers de doléances* para los Estados Generales[18] fluyeron las quejas contra el sistema penal del absolutismo. Ortolan refiere que los cuadernos de las tres órdenes "pedían unánimes (la) reforma de las leyes penales e indicaban las bases: la revolución social y política vino a operarla y a abrir la era del nuevo Derecho penal moderno".[19]

Esas quejas discurrieron en nuestra América en documentos de otro género pero con estirpe semejante: apremios insurgentes, planes y proyectos, esbozos constitucionales, declaraciones de independencia, en los que las reclamaciones políticas aparecían junto a las exigencias de justicia: legalidad, igualdad, humanidad.

En esa circunstancia europea se informó el modelo del Estado de Derecho, dice Ferrajoli: "En los siglos XVII y XVIII el Derecho penal constituyó el terreno en el que principalmente fue delineándose el modelo del Estado de Derecho".[20] La idea del Estado de Derecho cruza —con otras expresiones— la obra de Beccaria, en oposición al estado de arbitrio, subraya Mario Pisani al invocar las reflexiones de Mondolfo.[21] Sebastián Soler señala: "Las obras de Montesquieu y de Rousseau cambiaron la constitución de los Estados; la de César Beccaria dio una nueva concepción de la actividad represiva".[22] El siglo XVIII proclama "una necesidad general: la de destruirlo todo —escribe Ortolan—. Poco importa lo que haya de sustituirlo: abajo lo existente será el grito y la misión" de ese siglo.[23] Las propuestas de Beccaria se convertirían en ley,[24] y ésta en vida.

Es en el ámbito penal donde mejor se miran los pasos adelante y pueden temerse los pasos atrás. Ahí, Leviatán entra en la más dramática contienda con el ser humano cada quien bajo sus pendones. Y en la circunstancia americana hizo su propio trayecto la justicia penal; el continente americano se caracterizaba por la penalidad, no por la justicia.

El opúsculo de Beccaria ha recibido numerosas traducciones al español, lisas y llanas o provistas de extensos comentarios. Es un clásico a la mano. En cambio, la obra de Howard fue vertida al castellano en 2003,[25] aunque el autor y sus ideas fueran conocidos y elogiados por medio de alusiones y citas fragmentarias.

---

[15] *Cfr.* Baldwin Brown, James, *Memoirs of the public and private life of John Howard, the Philanthropist: compiled from his own Diary, in the possession of his family; his confidential letters; the communications of his surviving relatives and friends; and other authentic sources of information*, 2ª ed., Thomas and John Underwood, Londres, 1823, pp. 465 y ss. Igualmente, Howard, D.L., *John Howard: prison reformer*, Archer House Inc., Nueva York, 1963, pp. 148 y 149; y José Ma. Ramos y Paz Anchorena, *Curso de Derecho penal. Penología*, t. III, núm. 6, Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1929, p. 64.

[16] *Cfr.* Howard, John, *El estado de las prisiones*…, *op. cit*., p. 183; p. 213, nota 40; p. 249, nota 35; p. 262, nota 53, y p. 298, nota 97.

[17] Badinter, Robert, "Beccaria, l'abolition de la peine de mort et la Révolution française", en VV.AA.,*Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy: international congress,* Castello Sforzesco, Milán, 15-17 de diciembre de 1988, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale/Giuffre editore, Milán, 1990, p. 36. Este artículo figura, igualmente, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, núm. 2, abril-junio, 1989, pp. 235 y ss.

[18] *Cfr.* Badinter, Robert, "L'abolition de la peine de mort…", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern*…, *op. cit*., p. 47.

[19] Ortolan, M., *Tratado de Derecho penal*, t. I, trad. Melquiades Pérez Rivas, Leocadio López, Madrid, 1878, p. 8.

[20] *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* 3ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1998, p. 24.

[21] *Cfr.* Pisani, Mario, "Asterischi argentine su Cesare Beccaria", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, t. I, XXXI, núm. 1, 2001, pp. 27 y 28.

[22] *Derecho penal argentino*, 10ª reimp. total, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 86.

[23] Ortolan, M., *Curso de legislación penal comparada*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845, p. 145.

[24] José Antón Oneca cita la afirmación de Ellero: "setenta de las ochenta proposiciones contenidas en aquel [libro] han sido llevadas a la práctica, y muchas perduran en la actualidad". *Derecho penal*, Akal, Madrid, 1986, p. 60.

[25] La primera traducción fue realizada en 2006 por Esteban Baca Calderón en México para el Fondo de Cultura Económica. *Cfr.* nota 10, *supra*.

De los delitos y de las penas —a veces titulado como "tratado"—[26] inició su itinerario de los Apeninos a los Andes, merced a Juan Antonio de Las Casas (Madrid, 1774). Esta edición, inicialmente anónima, incluyó las adiciones a la primera y adoptó la reordenación propuesta por Morellet.[27] Agregáronse otras traducciones:[28] una anónima, madrileña, de 1820; otra, de Juan Rivera, de 1821; una más, igualmente madrileña, cuyo editor firma "C.Y.", de 1822;[29] otra de semejantes características, de 1851; una de Pascual Vincent, de 1879; otra, bonaerense, de 1945; y las de Bernaldo de Quirós, que ya mencioné, Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín[30] y, finalmente, "al amparo de una efímera fase de apertura política" —dice Luis Arroyo Zapatero—[31] Francisco Tomás y Valiente, de 1974. Agreguemos, por supuesto, la edición preparada por el apreciado maestro Perfecto Andrés Ibáñez.[32]

Beccaria recogió elogios y sufragios de sus lectores en idioma español, que secundaron los que iniciaran Voltaire, Diderot y D'Alembert. Sus méritos han dominado el paisaje y favorecido la adopción paulatina de sus propuestas. Fue premonitorio el epígrafe que Beccaria tomó de Bacon para el pórtico de su opúsculo;[33] los frutos llegan después de la siembra y la maduración. Así debía ocurrir, tratándose de una obra llamada a producir un "entusiasmo ardiente" y una "oposición violenta".[34]

La obra de Beccaria es producto de una circunstancia europea que de alguna manera sería también americana, con las variantes que imponen el tiempo y el espacio. Pensemos en círculos concéntricos que se desenvuelven en un proceso de creación continua. Primero, el estado que guardaban la libertad y la tiranía, resumido en la rotunda fórmula de Rousseau: "El hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive dondequiera encadenado".[35] La justicia penal era el eslabón más poderoso de esa cadena.

Luego un segundo círculo, excitado por aquél: una nueva insurgencia pretendía atar las manos del poderoso y desanudar las del desvalido: quería demoler, en cada litigio, una Bastilla. Después, la circunstancia precipitante que pone en marcha un proceso a partir de un suceso: el caso Calas, en 1762, que irguió a Voltaire, y los de Sirven y el caballero de La Barre, después de Beccaria.[36] "El edificio del viejo derecho penal ardía lentamente —diría Von Liszt— […] cuando un motivo externo sopló sobre él, levantando llamas".[37]

Algo semejante se podría decir de nuestra América. Despertaba de su sueño, en muchas repúblicas en ciernes, cada una con sus patíbulos, sus picotas, sus inquisiciones, sus cárceles perpetuas, como las que flanqueaban la gran plaza de Santo Domingo en el corazón de México. Agréguese la heterogeneidad de las sociedades americanas, donde coexistían —porque no convivían— grupos estancos, pequeños mundos de extraños en recelo y en conflicto, reunidos por la geografía y enemistados por la sangre.

Añádase el pensamiento de la Ilustración y todo lo que pudo aportar, en este marco, el agregado beccariano que ingresaba por cada ventana abierta y cada palabra liberada, aunque lo hiciera de manera indirecta, sin acta de nacimiento. Operaron la Revolución, cuyas proclamas llegaron a lectores en la sombra, y el impulso de las Cortes de Cádiz, foro de una España imposible tendida en los flancos del océano.

---

[26] Que es el caso de la difundida edición española de 1822, con el comentario de Voltaire y otros documentos valiosos e ilustrativos, *apud* nota 7, e igualmente el de la edición poblana de Cajica, con traducción de Bernaldo de Quirós.

[27] *Cfr.* Tomás y Valiente, "Introducción", en Cesare Beccaria, *De los delitos..., op. cit*., p. 50, y "Carta primera a M. Beccaria", *Tratado de los delitos*…, ed. de 1822, facs. Porrúa, *apud* nota 7, *supra*, p. 390.

[28] Al respecto, *cfr.* Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, 3ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964.

[29] Citada en la nota 7 *supra*.

[30] *De los delitos y de las penas*, Temis, Bogotá, 1994, pp. 856-857; y Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general,* 2ª ed., 2ª reimp., Ediar, Buenos Aires, p. 287, nota 86.

[31] "La moderna política criminal en España y el pensamiento de Cesare Beccaria", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern*…, *op. cit*., p. 189.

[32] Así, César Beccaria, *De los delitos y de las penas,* trad. Francisco Tomás y Valiente, 1ª ed., Aguilar, Madrid, 1974. La edición, al cuidado del profesor Perfecto Andrés Ibáñez, es bilingüe y apareció bajo el sello editorial de Trotta, Madrid, 2011.

[33] "En las cosas difíciles, no hay que esperar sembrar y coger todo á la vez; es menester trabajar para hacer madurar, á fin de poder recoger un día los frutos que se han de sacar".

[34] Sodi, Demetrio, *Nuestra ley penal. Estudios prácticos y comentarios sobre el Código del Distrito Federal de 1º de abril de 1872*, 2ª ed., t. I, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, México, 1917, p. 17.

[35] *El contrato social o principios de derecho político*, Porrúa, México, 1969, p. 3.

[36] *Cfr.* Badinter, "L'abolition…", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern*…, *op. cit.*, p. 38.

[37] *Tratado de Derecho penal*, 3ª ed., t. I, trad. Quintiliano Saldaña, Instituto Editorial Reus, p. 389.

En Cádiz actuaron hombres de América.[38] Algunos provenían de las posesiones cuya representación ostentaban; otros residían en la península. Los hubo conservadores, moderados y liberales de gran vuelo, como Miguel Ramos Arizpe y Miguel Guridi y Alcocer, que se alzaron con las inquietudes del nuevo continente y luego llevaron a éste, a sus congresos y a sus batallas, ideas sostenidas en Cádiz. Ots y Capdequi destaca que las disposiciones sobre justicia penal son muy representativas "de la mentalidad imperante en los diputados de las Cortes de Cádiz".[39] A la vieja normativa española "vinieron a agregarse los principios de libertad y de emancipación política" que figuraban en la Constitución y los decretos de las Cortes.[40]

En la región americana, los flamantes ciudadanos que estrenaban libertades cifraron su primer empeño en la formación de instituciones políticas, más que en la revisión de instituciones judiciales. Aquello no podía aguardar; esto debía esperar su hora, aunque angustiara a los justiciables.[41] Ocurrió en ambos extremos de América.[42]

En nuestra América decimonónica hubo entusiastas del pensamiento reformador y del propio Beccaria, presente con su nombre o con sus ideas. Resistieron el asedio de los impugnadores de diversa fragua, cada vez menos vigoroso en la medida en que avanzaban las ideas liberales. Las refutaciones llegaron muy tarde, si acaso acudieron, aunque no faltarían transitorias arremetidas en defensa del trono y las creencias.

La obra del marqués sobrevivió a todos los embates. No la mellaron ni el desdén con que se trató a sus restos, depositados en una fosa común,[43] ni los estudios de personalidad —por llamarles de alguna manera— que circularon en su perjuicio ni los cotejos desfavorables con otros reformadores, como Lardizábal —autor que merece el mayor aprecio—, de los que es ejemplo el ensayo de Francisco Blasco y Fernández de Moreda.[44] Alguna vez se dijo que los beccarianos, poseedores de magros argumentos, coronaron a Beccaria con laureles arrancados de la frente del eximio fraile zamorano Alfonso de Castro.[45]

Al hablar de América y desde ella es necesario tributar a la obra de Manuel de Lardizábal, eminente nativo de Tlaxcala, que vivió 20 años en su tierra de origen y a quien México y España reclaman como suyo, cuando puede ser de ambos. Se aproxima en varios extremos a Beccaria, pero también se aparta en puntos fundamentales, como la interpretación judicial, la pena capital —en la misma línea de Alfonso de Castro— y la medida de los delitos.

A los trabajos preparatorios de los primeros códigos penales llegó el pensamiento de Beccaria, directa o indirectamente; así, el Código de Bolivia, llamado Santa Cruz, que se inspiró en el español de 1822, y el *Codigo Criminal do Imperio*, de Brasil, influido por Pascalis Joseph Mello Freire, autor de un avanzado proyecto para Portugal y receptor, en éste, de la influencia del marqués.[46]

En Cádiz se previó una legislación penal única[47] que pondría orden y daría sentido al mundo hispánico reconcebido en 1812. Crear una legislación implicaría —en la línea beccariana— suprimir el arbitrio. La idea no prosperó; no hubo unidad política ni legislativa. Con todo, el código de 1822, fruto del "Trienio Liberal", sembró una semilla para España y para una parte de América. Entre nosotros, la codificación —que es línea de defensa, organizada, de la ideología penal— anduvo un buen trecho en el siglo XIX y consolidó su paso en la primera mitad del veinte.

Los redactores del Derecho emergente miraron hacia el ordenamiento de Francia y la doctrina derivada de éste, con el ímpetu de la gran Declaración de 1789. Ahí, Beccaria encontró su lugar en cuerpo y alma: díganlo los artículos 5, legalidad, donde engarza el dogma *nullum crimen sine lege*; 6, igualdad; 7, debido proceso, identificado con las palabras de su momento;

---

[38] *Cfr.* Hernández Mota, Juan Ignacio, *Visiones del México independiente. ¿Génesis y topos del liberalismo mexicano?*, DGE/Equilibrista, México, 2012, pp. 145 y ss.

[39] *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano,* Aguilar, Madrid, 1968, p. 321.

[40] *Cfr.* Macedo, Miguel, *Apuntes para la historia del Derecho penal mexicano*, Cvltura, México, 1931, p. 198.

[41] *Ibidem,* pp. 209 y 210.

[42] Sobre Argentina, *cfr.* Sebastián Soler, *Derecho penal argentino…, op. cit.*, t. I, p. 112.

[43] *Cfr.* Paolo Pilliteri, "Opening Adress", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…, op. cit.*, p. 4.

[44] *Lardizábal. El primer penalista de América española*, UNAM-Imprenta Universitaria, México, 1957.

[45] *Cfr.* Ambriz, Q., y Trinidad, J., *La teoría penal en Alfonso de Castro,* Cuadernos del Estado de México, Toluca, 1967, p. 9.

[46] *Cfr.* Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Derecho penal*…, *op. cit.*, pp. 288 y 289.

[47] Artículo 258: "El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes".

8, sentido y contenido de la pena; y 9, presunción de inocencia y prisión preventiva. Todo esto sería parte de la herencia que asumió el Derecho constitucional americano, a punto de nacer, el internacional de los derechos humanos, alumbrado muchos años después, y particularmente la sección que ahora me interesa: el interamericano.

Estas fórmulas que deshicieron —al menos en la animosa letra— el Derecho "atroz, desigual e injusto" que hallaron los revolucionarios, dice Esmein,[48] fueron legado para el mundo en proceso de renovación, y también, por supuesto, herencia para la fracción que construían los americanos. En Europa llegaban a su término —invoco la elocuente expresión que Beccaria incorporó a su opúsculo— aquellos "restos de la legislación de un antiguo pueblo conquistador […] que componen la tradición de opiniones que una gran parte de Europa honra todavía con el nombre de leyes".[49]

En América, marchando de la Colonia a la Insurgencia, ocurriría un fenómeno similar. También habrían de llegar a su término —paso a paso— las disposiciones del antiguo régimen, que perseveró profundamente en el siglo XIX. En el Derecho americano de alborada está la honda huella de la reforma europea y de la obra de Beccaria.

El artículo 23 de la primera Constitución de México, antes de la consumación de la Independencia —decreto dictado en Apatzingán, en 1814— resolvió con una expresión cuyo origen es perfectamente reconocible: "La ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionales a los delitos y útiles a la sociedad". El mismo país expidió en 1857 una luminosa constitución federal. Sin embargo, en 1860 se hallaban vigentes —informa el *Manual de práctica criminal* de Rafael Roa Bárcena—,[50] el Fuero Juzgo, las Partidas, las Leyes de Indias, la Nueva y la Novísima Recopilaciones, esta última muchos años posterior a las determinaciones liberales y muy distanciada de ellas.

Era lenta la andanza de la reforma penal. Pero la luz en el fondo del túnel anunciaba el feliz advenimiento. En diversos viajes y por hondas razones acudían —como refiere Zaffaroni— "las legislaciones penales importadas de Europa para reemplazar la vieja legislación colonial".[51] El Derecho penal de nuestros países —con esfuerzos por constituir, en ocasiones, corrientes nacionales— provino de la codificación y la doctrina europeas, no del intercambio o la influencia recíproca de los propios Estados americanos.[52]

La energía del poder, llevada a su máxima expresión, desencadenó una contrafuerza irresistible que finalmente se impondría: insumisión y reivindicación; energía humanitaria, y en todo caso liberal, que acabaría por ser también democrática. Era el prolongado final de una época y el difícil inicio de otra, un desgarramiento con frontera reticente; el orden social, la conciencia colectiva, no muere ni nace de pronto en las ideas. En términos de justicia penal, esto se traduciría en aboliciones, sustituciones y devoluciones.

Miguel Macedo, caudillo del penalismo mexicano en el tránsito entre los siglos XIX y XX, refirió los datos dominantes en la formación de la nueva sociedad, que concurren a la gestación del orden penal: humanitarismo filantrópico del siglo XVIII; "necesidad de reprimir el notable aumento en la criminalidad que habían producido los cambios políticos" y "exaltación de los odios y pasiones".[53]

Había disposición para recibir derechos y libertades pero también violencia criminal, que tenía en vilo al gobierno débil y a su justicia incipiente. "Desenfreno de las costumbres" y "exceso de criminalidad", resume el cronista José María Marroqui.[54] Y todo ello mientras las fuerzas sociales liberadas disputaban el

[48] Esmein, Adhémar, *Précis élémentaire de histoire du Droit francais de 1789 a 1814. Révolution, Consulat & Empire*, Rec. Sirey, París, 1911, pp. 249 y 250.

[49] "Al lector", p. 207. A partir de aquí citaré fragmentos de la obra de Beccaria. Al hacerlo invocaré entre comillas los epígrafes que figuran en la edición del Fondo de Cultura Económica, trad. de Juan Antonio de las Casas, cit. nota 9 *supra*, con la adición del preámbulo incorporado por Beccaria en ediciones posteriores a la primera, que menciono en la nota 4, *supra.* Cito entre comillas el epígrafe bajo el que figura el texto citado y las páginas correspondientes en aquella edición.

[50] *Cfr*. Roa Bárcena, Rafael, *Manual razonado de práctica criminal y médico-legal forense mexicana*, Imp. de Andrade y Escalante, México, 1860, pp. 5-8.

[51] "La influencia del pensamiento…", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…, op. cit.,* p. 527.

[52] *Cfr*. Bustos Ramírez, Juan, y Valenzuela Bejas, Manuel, *Derecho penal latinoamericano comparado*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 9.

[53] Macedo, Miguel, *Apuntes para la historia…, op. cit*., p. 212.

[54] Marroqui, José María, *La ciudad de México*, t. I, Jesús Medina Editor, México, 1969, pp. 104 y 105.

poder y la gloria, utilizando a menudo los métodos penales que habían repudiado en el discurso y disimulado en la conducta.

En el siglo XIX y el primer tercio del XX, la cátedra y los motivos de la normativa americana invocaron a los juristas franceses y, ocasionalmente, al propio Beccaria; y luego a los tratadistas españoles e italianos. La corriente beccariana ingresó en todos los casos —o diré, con cautela: en casi todos— de esa era de formación y convicción. Así lo refieren quienes se han ocupado del desarrollo penal en el cono sur, especialmente en Argentina, siempre poderosa en estas disciplinas, y en el extremo norte, México, que también se hizo cargo de las corrientes liberales.

Nos corresponde mirar de nuevo hacia el marqués, salvando un cuarto de milenio. Mirarlo en puntos específicos que pudieran tender el puente hasta los americanos de esta hora. Traer a Beccaria a nuestros días y a nuestra tierra, negándole reposo. Si el autor y su tratado figuran en la galería de los clásicos, esto no significa que su tema, sus protestas, sus exigencias pertenezcan a la arqueología de los delitos y las penas, o que se haya confinado su pensamiento al continente europeo. Su pensamiento es internacional e intemporal, reitera Mireille Delmas-Marty.[55]

Puedo valerme de la reflexión de Bernaldo de Quirós, que a su traducción agregó un epílogo bajo el rubro "Si volviera Beccaria…".[56] En los países de América Latina sigue siendo obligada la referencia al marqués, como lo acreditan los estudiosos de su influencia y recepción;[57] por ejemplo: Nódier Agudelo Betancur,[58] de Colombia; Lolita Aniyar de Castro, de Venezuela; Bernardo Beiderman, de Argentina (quien precisa con acierto: el "ideario de César Beccaria palpita con vibrante actualidad en la política criminal de las naciones latinoamericanas y también […] en sede internacional latinoamericana"),[59] aunque a menudo las buenas leyes sean "catálogos de ilusiones";[60] Paulo José da Costa, de Brasil; Eugenio Raúl Zaffaroni, de Argentina, y no pocos mexicanos. Ciertamente, el nombre y las ideas de Beccaria se hallan también, extensamente, en leyes, jurisprudencia y doctrina de otros países.[61]

La relectura de Beccaria, "consoladora y edificante", como la halló Piero Calamandrei,[62] deriva de lo que se ha conseguido y de lo que no en 250 años; y también de lo que pudiera perderse. En este sentido el tratado reviste actualidad y resulta incitante. Coincide con los trazos radicales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.[63] Por ello, el *best seller* del marqués está más vivo que nunca, dice Cavanna,[64] y ha sido bastión del garantismo, mucho antes de que se difundiera este concepto, como señala Adela Asúa.[65]

Para ponderar la actualidad de Beccaria baste con formular algunas preguntas: ¿se retrajo el orden penal a su dimensión inevitable?, ¿fue abolida la pena de muerte?, ¿desapareció la tortura?, ¿corre con fortuna la prevención del delito?, ¿los procesos penales son modelo de civilización y justicia?, ¿sirve la pena a los fines que pretende?, ¿prevalece la igualdad?, ¿cesó o aminoró siquiera la impunidad? Cien años después de Beccaria, Francesco Carrara —al refutar el jubiloso optimismo de algún colega, que creía concluida la tarea del marqués— no pudo "reprimir una irónica sonrisa de escepticismo ante esa supuesta terminación de la lucha"; no es posible "deponer las armas".[66] Tampoco ahora.

---

[55] *Cfr.* "Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…*, *op. cit.*, p. 136.

[56] *Cfr.* "Epílogo", en Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos…*, *op. cit.*, pp. 187 y ss.

[57] *Cfr.,* los artículos de autores latinoamericanos en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…*, *op. cit*., pp. 401 y ss.

[58] *Cfr.* Agudelo Betancur, Nódier, "Estudio preliminar. La actualidad del pensamiento de Beccaria. Qué nos dice Beccaria, hoy, a los juristas de Colombia y de Latinoamérica", en Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* (ed. latinoamericana), Santa Fe de Bogotá, 1992. Véase también Guzmán Mora, Fernando, y Pradilla Giraldo, Augusto, *Cesare Beccaria. Su influencia en el Derecho penal y en la criminología*, Universidad Militar Nueva Granada/Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2006.

[59] "Vigencia del ideario de Beccaria en la política criminal latinoamericana", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…*, *op. cit*., p. 414.

[60] *Ibidem*, p. 415.

[61] *Cfr.,* respecto a países europeos, africanos y asiáticos, véase VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…*, *op. cit.*, pp. 153 y s.

[62] Calamandrei, Piero, "Prefazione", en Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* Felice Le Monnier, Florencia, pp. 19 y 23.

[63] *Cfr.* Anstee, Margaret J., "Opening Adress", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…*, *op. cit*., p. 10.

[64] Cavanna, Adriano, "Giudici e leggi nella Milano di Cesare Beccaria", *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, año XXV, núm. 1, enero-abril de 1989.

[65] *Cfr.* Adela Asúa, "Reivindicación o superación del programa de Beccaria", *Estudios de Deusto*, 2ª época, vol. 38/2, fasc. 85, julio-diciembre de 1990, pp. 543 y 544.

[66] Francesco Carrara, "Conveniencia de una revista científica independiente de la jurisprudencia penal", *Opúsculos de Derecho criminal,* vol. IV, trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1976, p. 272.

Veamos ciertas resonancias beccarianas en nuestra América. Aquí nos abastecemos de dos fuentes que reciben y esparcen la mejor doctrina. Una fuente, la interna, recogida en el orden constitucional, cada vez más abierto a los derechos y las libertades, al paso que avanza la democracia —como dijo Giovanni Spadolini en un homenaje a Beccaria—[67] y un constitucionalismo real, no apenas nominal. Otra fuente, la externa, últimamente internalizada: el Derecho internacional de los derechos humanos, que asciende al bloque de constitucionalidad —a partir de la doctrina francesa— en varios Estados de América Latina.

La normativa interamericana se integra con numerosos instrumentos y actos derivados: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre —la primera en el mundo, en 1948, seis meses antes de la universal—, la Convención o Pacto de San José, algunos protocolos, varias convenciones especializadas y un sinnúmero de actos con el mismo signo: estatutos, reglamentos, opiniones, sentencias, recomendaciones, relatorías.

El impulso democrático latinoamericano tiene, a su turno, doble vena: la democrática formal y la democrática sustantiva. En esta segunda orientación —la más característica en este Continente, pese a incontables avatares, o quizás debido a ellos— también enlaza nuestra América con el hombre que propone consultar "el corazón humano" para encontrar los principios fundamentales del verdadero derecho de castigar[68] y que enjuicia el origen de leyes hechas por "hombres ricos y poderosos, que no se han dignado ni aun visitar las miserables chozas de los pobres".[69] Algunos tratadistas latinoamericanos ponen énfasis en la conexión entre las ideas de Beccaria y una avanzada concepción democrática social.[70]

Las resonancias de las que pretendo ocuparme tienen que ver con las piezas maestras del alegato beccariano, que hizo luz sobre las decisiones políticas fundamentales de la justicia penal, sus selecciones básicas: ¿qué son los delitos?, ¿quién es delincuente?, ¿cuáles son las consecuencias del delito?, ¿cómo se investiga, juzga y sentencia?, ¿cómo se ejecuta?[71] Hubo respuesta para cada cuestión en *De los delitos y las penas*, como la hubo, paulatina, en el universo americano que desanudaba el lazo con la metrópoli y ensayaba sus pasos republicanos.

En ese catálogo de cuestiones hay un asunto de previo y especial pronunciamiento: ¿hasta dónde debe llegar el sistema penal?, ¿cuáles son sus fronteras, cuyo traspaso conduce al abismo?, ¿dónde deposita sus mandamientos: en la voluntad general o en el "inmenso arbitrio", signo rector del antiguo régimen, en palabras de Boitard?[72] Todo esto discurrió en el opúsculo del marqués y se localiza en el orden constitucional de América.

El carácter de ese sistema como último recurso pugna con el redoble de la justicia penal. Aquel designio custodia el lindero entre la tiranía y la libertad. Recordemos palabras de Beccaria:

> en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad y del fondo de humanidad, y de malicia, de todas las naciones [tiranía y libertad],[73] [el desbordamiento del pacto social] es abuso, y no justicia; es hecho, no derecho;[74] [en la escala de los desórdenes] están comprendidas todas las acciones opuestas al bien público, que se llaman delitos;[75] [el marqués se atiene a los delitos] que provienen de la naturaleza humana y del pacto social;[76] [su medida es el] daño hecho a la sociedad;[77] cada ciudadano debe saber cuándo es reo y cuándo es inocente;[78] [la ley es] el estable monumento del pacto social.[79]

---

[67] Spadolini, Giovanni, "Opening Adress", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…*, *op. cit.*, p. 20.
[68] Beccaria, Cesare, "Origen de las penas", *op. cit.*, p. 216.
[69] *Ibidem,* "De la pena de muerte", *op. cit.,* p. 279.
[70] *Cfr.* Aniyar de Castro, Lolita, "Rasgando el velo de la política criminal en América Latina, o el rescate de Cesare Beccaria para la nueva criminología", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…*, *op. cit.*, pp. 404 y ss.
[71] *Cfr.* García Ramírez, Sergio, "Panorama de la justicia penal", en VV.AA., *La ciencia del Derecho durante el siglo XX,* IIJ-UNAM, México, 1998, pp. 718 y ss.
[72] Boitard, *Leçons de Droit criminel contenant l´explication compléte des Codes pénal et d'Instruction criminelle*, rev. par Faustin Hélie, A. Cotillon et Cie., Libraires du Conseil d'Etat, París, 1880, p. 2.
[73] Beccaria, Cesare, "Proporción entre los delitos y las penas", *op. cit.,* p. 226.
[74] *Ibidem,* "Derecho de castigar", p. 218.
[75] *Ibidem,* "Proporción entre los delitos y las penas", p. 226.
[76] *Ibidem,* "De un género particular de delitos", p. 311.
[77] *Ibidem,* "División de los delitos", p. 230.
[78] *Ibidem,* "De la tranquilidad pública", p. 237.
[79] *Ibidem,* "Oscuridad de las leyes", p. 224.

El principio crucial *nullum crimen nulla poena sine lege* aparece en las constituciones y en las leyes de los Estados americanos. El aparato punitivo gira en torno a ese principio aunque esto no es garantía de que los tipos y las sanciones legales sean también legítimos. La formulación de tipos debe atenerse a la tutela de bienes jurídicos incorporados por la ley fundamental de la sociedad democrática, dice la doctrina mayoritaria de América Latina, que acoge un principio establecido: no utilizar "la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico".[80]

El legalismo beccariano obliga a revisar la función del juzgador —fuente del viejo Derecho punitivo—[81] y el alcance de la interpretación judicial. Compete al magistrado declarar que un ciudadano ha violado el pacto. Pero debe hacerlo a través de "meras aserciones o negativas de hechos particulares";[82] en otras palabras, "asegurar un hecho".[83] En efecto, ¿quién debe interpretar la ley: "el depositario de las actuales voluntades de todos, o el juez, cuyo oficio es sólo examinar si tal hombre ha hecho o no una acción contraria a las leyes?[84] No puede —sería "peligroso"— "consultar el espíritu de la ley".[85]

En estos años decayó el apotegma que hacía del juez, en expresión de Montesquieu, "boca que pronuncia las palabras de la ley".[86] El juzgador ha "destronado" al legislador, dice Francisco Rubio Llorente.[87] Pero es preciso destacar que el juez es "garante" de los derechos del enjuiciado[88] y para ello ejerce la interpretación "pro persona", que suele ser "pro reo". Así se desprende del nuevo constitucionalismo latinoamericano y, por supuesto, de la jurisprudencia interamericana.[89]

Esa jurisprudencia acoge al Derecho penal mínimo, un orden "condicionado y limitado (que) corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza".[90] En el tribunal interamericano se le invoca por su nombre y con su figura.[91]

Asimismo, la Corte se ocupa de establecer el sentido material y formal de la ley, para asegurar su título de legitimidad. E insiste en la acuciosa formulación de tipos penales. Así se declara en opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana[92] que además ordenan la tipificación de violaciones graves,[93] rechazan la de conductas justificadas[94] y disponen la proporcionalidad de las penas.[95]

---

[80] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal , op. cit.*, p. 104.

[81] "La antigua Francia —refiere René Garraud— tuvo un código de procedimiento civil y un código de procedimiento penal, pero nunca contó con un código penal ni con nada que se le asemejara". Garraud, René, *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Francais*, t. I, Librairie de la Société du Recueil Sirey, París, 1913, p. 138.

[82] Beccaria, Cesare, "Consecuencias", *op. cit.,* p. 219.

[83] *Ibidem,* "Indicios y formas de juicios", p. 242.

[84] *Ibidem,* "Interpretación de las leyes", p. 220.

[85] *Ibidem*, p. 221.

[86] Montesquieu, *Del espíritu de las leyes,* 4ª ed., trad. Nicolás Estévanez, Porrúa, México, 1980, p. 108.

[87] Francisco Rubio Llorente, "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 606.

[88] *Cfr.* VV.AA., *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez,* Unión Europea/Ilanud, San José, Costa Rica, 1996.

[89] *Cfr. Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de octubre de 2008, párr. 67.

[90] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal , op. cit.*, p. 104.

[91] *Cfr.,* mis votos particulares en los casos *De la Cruz Flores vs. Perú*, sentencia del 18 de noviembre de 2004, párr. 4, y *Kimel vs. Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 17. En este último caso señalé: "la Corte ha destacado la compatibilidad entre el llamado derecho penal mínimo y los valores y principios de la democracia, contemplados desde la perspectiva penal. El empleo del sistema de delitos —por incriminación de las conductas— y los castigos —por penalización de sus autores— contribuye a establecer la distancia entre la democracia y la tiranía, que siempre acecha. La desmesura penal vulnera el código jurídico y el sustento político de la sociedad democrática".

[92] "En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad". *Caso Cantoral Benavides vs. Perú.* Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 157.

[93] *Cfr. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006, párr. 92.

[94] *Cfr. Caso de la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 18 de noviembre de 2004, párr. 102.

[95] Sobre proporcionalidad de las penas, *cfr.,* por ejemplo, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.* Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010, párr. 150; y *Caso Vargas Areco vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 108.

Beccaria repudió ciertas incriminaciones en boga: casos de lesa majestad,[96] pecado,[97] brujería —"un género de delitos que ha cubierto la Europa de sangre humana"—,[98] suicidio,[99] adulterio,[100] entre otras, y su acompañante del camino: deudas civiles.[101] El marqués ayudó a despejar el campo y pugnó contra la incriminación del pensamiento, flagelo de su tiempo, con prolongaciones en el nuestro: a la intención, "parte […] libre del hombre, no alcanza el imperio de las leyes humanas".[102]

Estos límites a la tipificación penal han sido observados generalmente —y lo siguen siendo— por la legislación americana, que en ocasiones, sin embargo, anticipa la punición: así ocurre cuando ésta se adelanta a través de la *conspiracy* desplegada en la batalla contra el crimen organizado. El péndulo americano no ha dejado de moverse: ora criminalizando, ora desincriminando. Los vientos encontrados recogen, a menudo, el pánico social.

El marqués examina la razón, el sentido y el alcance de la pena, clave de la potestad penal y de la sujeción del ciudadano. Legalidad y utilidad son sus hilos conductores. ¿Cuál es el fin de las penas? "Impedir al reo causar nuevos daños […] y retraer a los demás de la comisión de otros iguales".[103] Esta orientación no constituye, por supuesto, salvoconducto de la desmesura. Se detiene y establece linderos inamovibles: los del derecho penal mínimo: la atrocidad es "contraria a aquellas virtudes benéficas que son efecto de una razón iluminada".[104]

Al imponer las penas debe guardarse la proporción que logra "una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo".[105] Basta que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito; "todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico".[106] A fin de cuentas, la medida beccariana de la pena queda bien establecida en el "teorema general" que cierra su obra: "para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser […] necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos".[107] Son palabras que acogería el artículo 15 de la Constitución francesa de 1793.[108]

La igualdad ante la ley tiene expresiones propias cuando se trata de la norma penal, la que mayormente utiliza el monopolio weberiano de la violencia, ante hombres que comparecen en pie de absoluta desigualdad. Beccaria se pregunta: "¿Cuáles serán, pues, las penas de los nobles, cuyos privilegios forman gran parte de las leyes de las naciones?"[109] No se aventura en el examen de la injusticia social; se limita a la legal y resuelve, invocando la doctrina del contrato, que las penas deben "ser las mismas para el primero que para el último ciudadano".[110]

En América Latina la desigualdad es un patrón social inveterado. La denunció Humboldt,[111] al paso que Tocqueville exaltó el espíritu igualitario en el origen de la sociedad norteamericana.[112] Si la justicia penal es desigualitaria, lo es en mayor medida donde existen abismos tan profundos entre la pobreza y la riqueza. Las 100 Reglas de Brasilia, sobre el acceso de los vulnerables a la justicia, reservan un capítulo a

[96] Beccaria, Cesare, "División de los delitos", *op. cit.,* p. 231.
[97] *Ibidem,* "Errores en la graduación de las penas", p. 229.
[98] *Ibidem,* "De un género particular de delitos", p. 310.
[99] *Ibidem,* "Suicidio", pp. 294-299.
[100] *Ibidem,* "Delitos de prueba difícil", pp. 291-293.
[101] *Ibidem,* "De los deudores", pp. 301-303.
[102] *Ibidem*, "Suicidio", p. 296.
[103] *Ibidem,* "Fin de las penas", p. 238.
[104] Beccaria, Cesare, "Consecuencias", *op. cit.,* p. 219.
[105] *Ibidem,* "Fin de las penas", p. 238.
[106] *Ibidem,* "Dulzura de las penas", p. 272.
[107] *Ibidem,* "Conclusión", p. 323. Bentham reconoce que Montesquieu y Beccaria se refirieron a esta cuestión y que el segundo "ha insistido sobre la importancia de ella; pero ambos la han más bien recomendado que explicado". En seguida, el tratadista inglés se explaya en un capítulo acerca "De la proporción entre los delitos y las penas". *Tratados de legislación civil y penal*, *apud* Esteban Dumont, trad. Ramón Salas, Editora Nacional, Madrid, 1981, pp. 297 y ss.
[108] "La ley sólo debe aplicar penas estrictas y evidentemente necesarias; éstas deben ser además proporcionales al delito y útiles a la sociedad". Beccaria, Cesare, *op. cit.*
[109] Beccaria, Cesare, "Penas de los nobles", *op. cit.,* p. 260.
[110] *Ibidem*, p. 261.
[111] *Cfr*: Von Humboldt, Alexander, *Ensayo político sobre el Reino de la Nueva España*, 3ª ed., Porrúa, México, 1978, pp. 83 y ss.
[112] *Cfr*: De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, 2ª ed., trad. Luis R. Cuéllar, FCE, México, 1963, pp. 67 y ss.

los pobres; para ellos el acceso debe remontar montañas.[113] Y la pobreza es una condición transversal que cruza todas las formas de vulnerabilidad.

La jurisprudencia interamericana pretende aliviar las distancias con medidas de alivio y moderación de exigencias procesales, que evocan la enseñanza de Couture acerca de la igualdad por compensación y las reflexiones de Roberto Berizonce sobre las tutelas procesales diferenciadas.[114] He aquí un problema lacerante que no se ha resuelto en nuestra América —¿y dónde sí?— y que se proyecta sobre el régimen de las penas.

El discurso de moderación punitiva, sujeto a un finalismo controvertido, prevalece en las constituciones de estos países americanos y en su acompañamiento secundario. Consagran el proyecto recuperador —que no debiera confundirse con un designio invasor— cuando hablan de readaptación o reinserción. Pero hay disposiciones iracundas, o peor aún, desesperadas, que extreman la privación penal de la libertad: si nos desembarazamos de la prisión perpetua, es a cambio de elevar desmesuradamente la punibilidad: por ejemplo, 140 años de prisión,[115] privación vitalicia de la libertad.

Más allá del debate sobre aquellos conceptos, esto ha servido para que la jurisprudencia interamericana cuestione la extrema severidad de los castigos y recuerde a los Estados —a través de estándares empeñosamente procurados— el contenido y el alcance de su misión.

En el corazón del pensamiento beccariano está la pena de muerte, asunto radical del orden penal, sostuvo Antonio Beristáin.[116] En América el Estado solía —y no ha perdido la costumbre— aplicar la muerte por doble cuerda: ejecución extrajudicial y privación penal de la vida, solemnemente ejecutada. En suma: pena formal y pena informal. Su crónica se halla en todas las historias americanas. Se ha dicho, inclusive —expresión de Marino Barbero Santos—, que la vergüenza de los Estados que se niegan a admitir la pena formal de muerte, conduce a esta forma criminal de aplicarla.[117]

Beccaria, en medio del "silencio de las conciencias" —escribe Badinter—, tuvo la audacia de proponer, con temeridad que se debe ponderar en su circunstancia, la abolición de la pena de muerte.[118] Se ha dicho que fue abolicionista o sólo minimalista,[119] es decir, cauteloso retencionista. Me parece lo primero, y en ello descansa la fortuna que tuvo su discurso. Elevó la voz contra toda pena capital, no sólo contra la muerte exacerbada —que era un dato de ese tiempo, narra Barbero Santos—[120] y multiplicada en una feria de conminaciones —que alarmó a Montesquieu, asombrado de que en Inglaterra hubiese "ciento sesenta (acciones) que un acto del Parlamento ha declarado crímenes […] que deben ser castigados con la pena de muerte"— . [121] Lector atento de Beccaria, el inglés Bentham proclamó: "Cuanto más se examina la pena de muerte, tanto más justa y racional parece la opinión de Beccaria".[122]

Calamandrei asegura que el marqués es el "primer negador absoluto de la legitimidad de la pena de muerte",[123] y Badinter lo considera "padre fundador de la moderna doctrina de la abolición".[124] En esto se esforzó Beccaria: "si demostrase que la pena de muerte no es útil ni es necesaria, habré vencido la cau-

---

[113] *Cfr*: *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad,* XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2007, reglas 15-16.

[114] *Cfr*: Berizonce, Roberto, *Tutelas procesales diferenciadas,* Buenos Aires, 2009, pp. 15 y ss.

[115] Así, en supuestos agravados de secuestro, conforme al artículo 11 de la Ley General para Prevenir y Sancionar Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 constitucional, según reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (México), el 28 de julio de 2014.

[116] Beristáin, Antonio, "Pro y contra la pena de muerte en la política criminal contemporánea", *Cuestiones penales y criminológicas,* Reus, Madrid, 1979, p. 579.

[117] Barbero Santos, Marino, "Cesare Beccaria, la pena de muerte…", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern*…, *op. cit.*, p. 73.

[118] *Cfr*: Badinter, "L´abolition de la peine de mort…", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern*…, *op. cit.,* p. 42.

[119] De Quirós, Bernaldo, "Prólogo", *Tratado de los delitos y las penas, op. cit.*, p. 41.

[120] "Cesare Beccaria, la pena de muerte y la tortura", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern*…, *op. cit.*, p. 64.

[121] Montesquieu, *Observations de un voyageur anglais su Bicêtre*, 1788, cit. en la edición de *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, anotada por Juan Antonio Delval, Alianza, Madrid, 1982.

[122] *Tratados de legislación*…, *op. cit.,* p. 320. El propio Bentham censuró la forma en que Inglaterra prodigaba la muerte punitiva: "Yo asombraría a los lectores si les expusiera el código penal de una nación célebre por su humanidad y sus luces", que, sin embargo, prodiga "la pena de muerte por los delitos menos graves". *Idem.*

[123] En notas a Beccaria, *Dei delitti..., op. cit.,* p. 251, nota 1.

[124] Badinter, "Beccaria: l'abolition de la peine…", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern*…, *op. cit*., pp. 36 y 37.

sa a favor de la humanidad".[125] Pero no sólo acreditó su inutilidad, sino estableció su ilegitimidad bajo el manto contractualista: "¿quién es aquel que ha dejado a los otros hombres el arbitrio de hacerlo morir?"[126]

En los países americanos, escenario de encono y violencia, el abolicionismo se instaló trabajosamente en el siglo XIX y ganó la batalla en el XX. Los abolicionistas citaron a Montesquieu y a Beccaria, o por lo menos recogieron su sentimiento y su proyecto. Los siguieron, expresa o implícitamente, en medio de las turbulencias de una vida civil erizada de problemas y acosada por el crimen. Los reformadores de la hora temprana —e incluso del tiempo reciente— debieron sacar de raíz el prejuicio favorable a la muerte punitiva y revertir el arraigo que había conseguido como herramienta de paz, en manos de tribunales implacables y al cabo de procesos fulminantes, como los seguidos por la Santa Hermandad.

En México se intentó abolir la muerte punitiva en la Constitución liberal de 1857, adoptada por una asamblea de hombres adelantados. Las condiciones del país se rebelaron y la asamblea retuvo la pena capital de mala gana, a reserva de sustituirla por el sistema penitenciario. En el horizonte se hallaba la opción beccariana por la prisión, relevo de la muerte. No faltó quien dijera —Guillermo Prieto—: ¿por qué hacemos "recaer sobre los reos el descuido de los gobiernos en la mejora de las cárceles"?; "no te doy trabajo ni educación, pero te doy cadenas".[127] El sistema penitenciario, que no llegaba, tuvo aquí la misma eficacia dilatoria que la "paz general", condición para que se aboliese la pena capital, anunciada en la Convención revolucionaria de Francia el 14 de Brumario del año IV (5 de septiembre de 1795).

Brasil estuvo a punto de abolir esa pena en el *Código Criminal do Imperio,* publicado en 1831. A favor del retencionismo gravitó "la existencia de la esclavitud", considera Zaffaroni.[128] Pasaría más de un siglo para que la pena capital desapareciera de la Constitución mexicana, que acompasó su paso al que siguieron otras leyes del continente americano. El Código Penal de Veracruz, de 1869, obra del magistrado Fernando J. Corona, excluyó la pena de muerte: primera gran exclusión adoptada en el Estado mexicano. En 1871, el Código Penal retuvo la pena capital, a despecho de la mayoría de sus redactores: pesaron más la opinión del gobierno y el parecer del presidente de la Comisión, que se plegó al "realismo".[129] México dispuso la exclusión definitiva en 2005;[130] 135 años después del código de Corona.

Cuando se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos —San José, 1969— 14 delegaciones, de las 19 que representaban a sus gobiernos, se pronunciaron en favor de la abolición. Sin embargo, no se atrevieron a dar el paso. El mérito quedaría —dijeron en un documento colmado de razones— a un protocolo posterior.[131] Así ocurrió aquí, como en Europa y en el orden mundial. En 1990 llegó el protocolo interamericano.

La Convención Americana de 1969 no suprime de plano la pena capital pero tiene una orientación marcadamente abolicionista. William Schabas considera —a la luz del tratado y de la práctica— que en América Latina se ha instalado un *jus cogens* regional contra la pena de muerte.[132] La tendencia de la Convención ha cimentado una sólida jurisprudencia constante de la Corte Interamericana, depositada en una opinión

[125] Beccaria, Cesare, "De la pena de muerte", *op. cit.,* p. 274.

[126] *Idem.*

[127] Sobre la deliberación del Congreso Constituyente acerca de la abolición o la retención de la pena de muerte, *cfr*: García Ramírez, Sergio, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, UNAM-Coordinación de Humanidades, México, 1967, pp. 45 y ss.

[128] Zaffaroni, Eugenio Raúl, "La influencia del pensamiento…", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…*, *op. cit*., p. 442.

[129] *Cfr*: Antonio Martínez de Castro, "Exposición de motivos del Código Penal para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California y para toda la República para delitos contra la Federación, de 1871", *Leyes penales mexicanas*, t. I, Inacipe, México, 1979, pp. 341 y ss. Estimó que podría ser abolida la pena capital y sustituida por la prisión "cuando estén ya en práctica todas las prevenciones que tienen por objeto la corrección moral de los criminales; cuando por su trabajo honesto en la prisión puedan salir de ella instruídos en algún arte u oficio y con un fondo bastante á proporcionarse después los recursos necesarios para subsistir; cuando en las prisiones se los instruya en su religión, en la moral y en las primeras letras; y, por último, cuando nuestras cárceles se conviertan en verdaderas penitenciarías de donde los presos no puedan fugarse, entonces podrá abolirse sin peligro la pena capital. Hacerlo antes sería, á mi juicio, comprometer la seguridad pública, y tal vez reducir á nuestra sociedad al extremo peligroso de hacerse justicia por sí misma, adoptando la bárbara ley de Lynch", pp. 341 y 342.

[130] México abolió la pena de muerte mediante reforma de los artículos 14 y 22 de la Constitución, el 9 de diciembre de 2005.

[131] *Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2*, Washington, D.C., 1973, p. 467.

[132] *Cfr*: Schabas, William, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3ª ed., Cambridge University Press, 2004, p. 367.

consultiva[133] y en diversas sentencias.[134] Siembra de restricciones la implantación y la ejecución de la pena capital. A ella se deben, en diversa medida, el retraimiento de Guatemala en este ámbito y la moderación de los países caribeños. Los Estados del Caribe con raíz política en la Gran Bretaña estipulan la pena capital; empero, las ejecuciones son infrecuentes. La muerte ha decaído a golpes de presión internacional, corrientes de opinión interna y sentencias de los tres tribunales que ejercen diversa jurisdicción en el área: el *Privy Council,* la Corte Suprema del Caribe Oriental y la Corte Caribeña de Justicia.[135]

En el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —1989— destinado a abolir la pena de muerte aparecen 15 Estados de América.[136] El protocolo americano de 1990 tiene en su favor 13 Estados, entre ellos un solo Estado caribeño: República Dominicana.[137] Este instrumento sólo autoriza la pena capital por delitos graves de orden militar cometidos en tiempo de guerra. Únicamente dos países han adoptado esta reserva: Chile y Brasil. Otros dos, que retienen la pena de muerte en la ley, se comportan como abolicionistas de facto: Cuba y Guatemala.

La Organización de las Naciones Unidas ha buscado alternativas prácticas para avanzar en la abolición sin romper lanzas con la retención. Se ha hecho a base de moratorias, que tampoco cuentan con unanimidad en los países americanos. La moratoria de 2010 tiene en su haber 20 votos americanos;[138] 12 en contra: nuevamente Estados Unidos, y 11 caribeños[139], y dos abstenciones.[140] La de 2012 recabó el voto favorable de 20 Estados del área;[141] el desfavorable de nueve —Estados Unidos y ocho caribeños—[142] y la abstención de dos.[143]

Plantado contra la muerte, Beccaria optó por la privación de libertad pues aquélla no es el "freno más fuerte contra los delitos […] sino el largo y dilatado ejemplo de un hombre que, convertido en bestia de servicio y privado de libertad, recompensa con sus fatigas a la sociedad que ha ofendido".[144] El marqués pensaba en la prisión punitiva, invención del Derecho canónico —dijo Ruiz Funes—[145] en la frontera entre el Medievo y el Renacimiento. Los americanos, como todos, la promovieron con demasiado optimismo. Sucedió y sucede en América, escenario de los excesos y las frustraciones de la prisión, ya señalados en el tiempo en que aparece la obra del marqués, tanto por Howard como por otros observadores y tratadistas: Bentham —autor del famoso "Panóptico"— hizo notar que "las prisiones, si se exceptúan algunas poquísimas, encierran todo lo más eficaz que podría hallarse para infestar el cuerpo y el alma".[146]

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha insistido, con escaso éxito, en la necesidad de moderar la privación de la libertad y mejorar, de veras, el estado de las prisiones. En varias sentencias describe el desastre carcelario que campea en buena parte del

---

[133] *Cfr*. "Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83" del 8 de septiembre de 1983.

[134] Así, las correspondientes a los casos *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 21 de junio de 2002; *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005; *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de junio de 2005; *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2007, y *DaCosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de septiembre de 2009.

[135] Sobre la situación de la pena de muerte en el Caribe, *cfr*. García Ramírez, Sergio, "Consideraciones sobre la pena de muerte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en países del Caribe", 2014 (en prensa).

[136] Son (al último día de junio de 2014): Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

[137] Figuran como partes (al día último de junio de 2014): Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

[138] Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

[139] Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Estados Unidos, Granada, Guyana, Jamaica, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y Las Granadinas, y Trinidad y Tobago.

[140] Cuba y República Dominica.

[141] Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

[142] Barbados, Belice, Estados Unidos, Granada, Guyana, Jamaica, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago.

[143] Cuba y Surinam.

[144] Beccaria, Cesare, "De la pena de muerte", *op. cit.,* p. 276.

[145] *Cfr*. Ruiz Funes, Mariano, *La crisis de la prisión,* Jesús Montero, La Habana, 1949, p. 76.

[146] *Tratados de legislación…*, *op. cit*., p. 318.

Continente: los juicios sobre el *Retén de Catia*[147] y el *Penal Castro y Castro*[148] son ejemplos de esta realidad que jamás quiso Beccaria, contra la que Howard pugnó, que se aparta de la exigencia interamericana a propósito del fin esencial de la privación de libertad: "reforma y readaptación social",[149] y se aleja, mediando un abismo, del discurso constitucional y político del mundo americano, pero no de su experiencia arraigada y cotidiana. La Comisión Interamericana ha expedido un documento de principios y buenas prácticas[150] y la jurisprudencia invoca los estándares internacionales, entre ellos los europeos, y fija sus propias reglas pertinentes[151] yendo más allá del principio de subsidiariedad.

Otra cuestión fue el encarcelamiento preventivo, pena que se anticipa a la condena y que en esta paradoja aclimata su injusticia. No habría mayor agravio para la presunción de inocencia. De ahí la petición beccariana de emplearla con infinita cautela. Beccaria dedica pasajes de su famoso opúsculo a la prisión cautelar: "La prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito",[152] pero sólo "en cuanto la necesidad obliga"; "esta custodia, siendo por naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible y debe ser lo menos dura que se pueda".[153]

El sistema procesal tradicionalmente adoptado en América Latina –que hoy se retrae ante una reforma que podría alcanzar buenos resultados– favoreció el empleo de la preventiva. Lo ha investigado el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.[154] A ese uso exuberante se debe el número excesivo de presos sin condena que colma las prisiones y maltrata a los cautivos. La jurisprudencia interamericana marcha en la línea beccariana, con las aportaciones de nuestro tiempo: limita su aplicabilidad, exactamente como lo hizo Beccaria: "para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos".[155] Por ello Carrara subrayó: la preventiva "resulta intolerable y es un acto de verdadera tiranía cuando no existen las razones expuestas".[156]

La misma jurisprudencia de la Corte de San José reduce la aplicación de la medida cautelar por medio de garantías judiciales y principios exigentes: legalidad, presunción de inocencia, pertinencia, necesidad, proporcionalidad, revocabilidad, brevedad.[157] Buena parte de la doctrina interamericana sobre las restricciones a los derechos humanos se eleva sobre el examen crítico de la restricción cautelar de la libertad. Pero la limitación no siempre ha sido seguida por todas las leyes americanas.

El marqués revisa otras penas. Rechaza la confiscación[158] —un "resto de barbarie (que) subsiste todavía en la jurisprudencia de casi todas las naciones de Europa", denuncia Bentham[159]—, la infamia,[160] el destierro,[161] actualmente proscritos por la legislación penal americana, inclusive desde el peldaño constitucional.

Beccaria dedicó a la tortura uno de los capítulos más celebrados y certeros de su opúsculo evangelizador. Arremetió contra el tormento recogido en las ideas y en la práctica judicial, que actuaba, como la pena, sobre el cuerpo del inculpado en procuración

[147] CorteIDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de julio de 2006.

[148] CorteIDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006.

[149] *Ibidem,* párr. 314.

[150] *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Res. 1/108 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 13 de marzo de 2008.

[151] *Cfr. Caso Pacheco Teruel y otros vs Honduras.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 27 de abril de 2012, párr. 67.

[152] Beccaria, Cesare, "De la prisión", *op. cit.,* p. 284.

[153] *Ibidem,* "Prontitud de la pena", p. 257.

[154] *Cfr*: Carranza, Elías, Houed, Mario, Mora, Luis Paulino, y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, Ilanud, San José, Costa Rica, 1983, donde se indica que en América Latina los presos sin condena constituyen en promedio ponderado el 68.47%, tomando en cuenta el total de los presos de cada país, p. 25.

[155] Beccaria, Cesare, "Prontitud de la pena", *op. cit.,* p. 258.

[156] Carrara, Francesco, "Inmoralidad del encarcelamiento preventivo", *Opúsculos…, op. cit.*, vol. IV, p. 226.

[157] *Cfr. Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 1º de febrero de 2006, párr. 67. *Cfr*. asimismo, Bigliani, Paola, y Bovino, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, "Presentación" de Stella Maris Martínez, Defensoría Federal de la Nación/Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 31-37.

[158] Beccaria, Cesare, "Destierros y confiscaciones", *op. cit.,* p. 267.

[159] *Tratados de legislación…*, *op. cit.,* p. 303.

[160] Beccaria, Cesare, "Infamia", *op. cit.,* pp. 263 y264.

[161] *Ibidem,* "Destierros y confiscaciones", p. 267.

de la verdad o anticipación del castigo. Fue parte del ritual político en el que se manifiesta ceremoniosamente el poder, sostiene Foucault.[162] La *tortura giudiziaria* se formalizó en un *Tractatus de tormentis*, del siglo trece.[163]

Beccaria asumió la tendencia que florecía en su tiempo, e impugnó frontalmente la tortura, alentado por Pedro Verri.

> Una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso[164] [...] medio seguro de absolver a los robustos malvados y condenar los flacos inocentes[165] [...] las leyes te atormentan [acusó, delatando el oscuro prejuicio que latía en el tormento] porque eres reo, porque puedes ser reo, porque yo quiero que tú seas reo.[166]

En este caso la discusión, que la hubo, no llegó muy lejos; los motivos del pragmatismo naufragaron frente a las razones de la ley. La formal supresión de la tortura progresó en América, donde proliferaba para intimidar a los "enemigos", indagar los delitos o purgar las culpas. En el alba americana, cuando se vieron frente a frente el pasado que se retraía y el futuro que despuntaba, persistió el tormento, por una parte, y se pugnó por suprimirlo, por la otra. De ahí que fuera tema de planes y disposiciones de alborada en los países insurgentes.

La supresión de la tortura figuró junto a los requerimientos de libertad política. El punto 32 de un documento prócer, los *Elementos constitucionales de Rayón,* de 1811, declara: "Queda proscrita como bárbara la tortura, sin que pueda lo contrario aún admitirse a discusión". He ahí una cláusula pétrea. Tuvo su correspondencia en el Decreto LXI del 22 de abril de 1811, expedido por las Cortes de Cádiz.

Los Sentimientos de la Nación, proclama del insurgente Morelos, sostuvo "que en la nueva legislación no se admitirá la tortura". Y lo mismo dijeron la Constitución española de 1812 ("No se usará nunca del tormento ni de los apremios": artículo 303); y la mexicana de 1824 ("Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso": artículo 149).

Viejos tratadistas americanos del siglo XIX se limitan a citar, con absoluta adhesión, párrafos de Beccaria y Voltaire para repudiar el tormento.[167] Ha llovido copiosamente: ahora el tormento se halla proscrito en todo tiempo y lugar, aunque las referencias de los observadores advierten sobre una práctica persistente en el ámbito americano, con distinta intensidad.

En el Derecho interamericano de los derechos humanos hay que mencionar la Convención de 1969, la Mundial contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, y la Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985. Veintitrés Estados americanos, inclusive los Estados Unidos y Canadá,[168] son partes en la segunda; y 20 en la tercera,[169] entre los que no figuran estos países septentrionales, pudiendo aparecer, porque se trata de un tratado independiente del Pacto de San José, no de un protocolo.

La jurisprudencia interamericana se ha ocupado de la tortura en un buen número de sentencias, que la condenan en su doble versión de física y psicológica. Contraviene el *jus cogens.*[170] Es tema reiterado, junto con la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial. Triple manifestación de la violencia extrema, que no ceja.

Para combatir la impunidad, la Corte de San José ha extraído del Tratado Interamericano sobre la Tortura los lineamientos para la investigación de las violaciones graves de los derechos humanos: estándares que llegan a ser vinculantes en la medida en que ese Tribunal los incluye en sus sentencias. Por ello el Protocolo de Estambul es mucho más que una reco-

---

[162] *Cfr*. Foucalt, Michel, *Vigilar y castigar*, trad. Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1976, p. 52.

[163] *Cfr*. Tomás y Valiente, *La tortura en España. Estudios históricos,* Ariel, Barcelona, 1973, pp. 106 y ss., y 212 y ss.

[164] Beccaria, Cesare, "Del tormento", *op. cit.,* p. 246.

[165] *Ibidem,* p. 247.

[166] *Ibidem,* p. 253.

[167] *Cfr*. Valdés, Ramón Francisco, *Diccionario de jurisprudencia criminal mexicana; común, militar y naval; mercantil y canónica*, Tipografía de V. G. Torres, México, 1850, pp. 307 y 308.

[168] Hasta el final de junio de 2014: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela.

[169] Al final de junio de 2014: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

[170] *Cfr*. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 100 y 103.

mendación incorporada en el *soft-law,* como guía para médicos y criminalistas.[171]

Beccaria denuncia la demora que enrarece la justicia. "La prontitud de la pena […] es uno de los principales frenos de los delitos".[172] La pena debe ser "pronta", señala en el teorema final de su opúsculo. En el catálogo constitucional americano figura la justicia pronta y expedita. También se localiza en la Convención Americana, a título de garantía judicial en relación con el "plazo razonable", concepto al que ha hecho buenas aportaciones la jurisprudencia de San José.[173]

Nuestro autor impugna la criminalización frondosa así como las penas desorbitadas, y se pronuncia por la certeza del castigo y combate la impunidad, cuya eficacia criminógena había denunciado. Retoma, también por esta vía, la racionalidad de las penas. "La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad",[174] "la persuasión de no encontrar un palmo de tierra que perdonase a los verdaderos delitos sería un medio eficacísimo de evitarlos".[175] De ahí que vea con malos ojos el asilo[176] —pero no el político, bienhechor en América—, el perdón y el indulto.[177] En esto le secunda Bentham: "Haced buenas leyes y no creéis una varita de virtudes que tenga el poder de anularlas. Si la pena es necesaria no se debe perdonar; si no es necesaria no debe pronunciarse".[178]

Estos asuntos también gravitan sobre la práctica penal en América Latina. En algunos Estados las cifras de impunidad son dominantes: cifra negra y crímenes sin castigo. El combate a la impunidad es un tema tradicional de la Corte Interamericana, que la define como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana".[179]

Hay una expresión de impunidad especialmente reprobada por la legislación y la normativa internacional: las violaciones graves de los derechos humanos. La jurisprudencia reclama justicia en esta materia, y para ello cuestiona instituciones y figuras que la alejan en el marco de procesos de pacificación, sentencias internas que la evitan so capa de cosa juzgada y decisiones populares que la enrarecen. Hay muestras rotundas de la reclamación de justicia: son elocuentes los casos *Barrios Altos,*[180] de Perú, que desechó las autoamnistías a modo; *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia),*[181] de Brasil; y *Gelman*, de Uruguay, con sus implicaciones a propósito de los límites que detienen la voluntad popular ante la frontera de los derechos humanos.[182]

Otra victoria del combate frontal a la impunidad que postula Beccaria, asociado al reproche dirigido al asilo que guarece al criminal, se halla en el nuevo Derecho internacional penal finalmente concretado en el Estatuto de Roma, del que forman parte 28 Estados americanos.[183]

Hoy se carga el acento sobre la garantía colectiva de los derechos humanos y el deber de colaboración

---

[171] *Cfr.,* por ejemplo, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 12 de septiembre de 2005, párr. 100.

[172] Beccaria, Cesare, "Procesos y prescripciones", *op. cit.,* p. 287.

[173] *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana,* 1ª ed., 1ª reimp., Porrúa, México, 2014, pp. 65 y ss.

[174] Beccaria, Cesare, "Dulzura de las penas", p. 271.

[175] *Ibidem,* "Asilos", p. 304.

[176] *Idem.*

[177] *Ibidem*, "Del perdón", pp. 321- y 322.

[178] *Tratados de legislación*…, *op. cit.,* p. 322.

[179] *Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 173. Entre sentencias recientes, que acogen esta jurisprudencia constante, *cfr.,* por ejemplo *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 111.

[180] "Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos". *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41.

[181] *Cfr. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, párr. 171.

[182] *Cfr. Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 239.

[183] Al final de julio de 2014: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, St. Kitts y Nevis, Sta. Lucía, St. Vicente y Granadinas, Surinam, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

entre los Estados. Ejemplo: las condenas interamericanas sobre la operación Cóndor,[184] en las que se invoca la garantía colectiva que obliga a los países del área.

Si son relevantes los capítulos beccarianos sobre la pena capital y la tortura, no lo son menos —dice Mario Pisani— las páginas que dedica al proceso: "el arco que se interpone entre el delito y la pena".[185] Éste es un "terreno central de la batalla liberadora de Beccaria", sostiene Giuliano Vassalli.[186] Combate el enjuiciamiento "ofensivo", dominante en "la iluminada Europa del siglo XVIII" —son las palabras del marqués—, y se pronuncia por el "informativo": "indagación indiferente del hecho, según manda la razón".[187]

Ha de tomarse en cuenta, en todo caso, que ni siquiera en el supuesto de persecución de los más graves delitos —como es el terrorismo, frecuentemente perseguido en países americanos— cede el respeto a los derechos humanos: así lo dispone la Convención Interamericana contra el Terrorismo, suscrita en Barbados en 2002.[188]

En el marco procesal beccariano domina una idea que se tornaría central desde que surge la sospecha de responsabilidad de un individuo hasta que la condena firme resuelve su suerte, con fuerza de verdad legal y cosa juzgada, la presunción de inocencia: "Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida".[189]

Las constituciones y las leyes procesales de los Estados americanos detallan los caracteres de lo que hoy denominamos debido proceso, proceso justo, tutela judicial efectiva, plena defensa.[190] Esos ordenamientos —vinculados con el Derecho convencional interamericano de los derechos humanos y con la interpretación de la Corte Interamericana— invocan con firmeza la presunción de inocencia, a la que ese Tribunal ha considerado "fundamento de las garantías judiciales":[191] dicho en otros términos, idea rectora, principio conductor, cimiento natural en la construcción del proceso penal garantista.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ampara las garantías mínimas en el desarrollo del proceso —sin mengua de otras garantías adicionales— y bajo ese título abarca "investigación, acusación, juzgamiento y condena".[192]

En el estudio del proceso Beccaria rechaza la delación,[193] favorece la publicidad,[194] pondera la seriedad de la prueba,[195] repudia la costumbre de poner precio a la cabeza del reo;[196] temas socorridos en la reflexión americana del presente.

El proceso aspira a la verdad y debe viajar asido a la prueba. Es la ruta hacia la sentencia. En el fondo, procesar es probar. Su cauce era tortuoso en la época de Beccaria. Había que demoler —recuerda Pisani— los conceptos prevalecientes asociados a la tortura, al juramento y a otras figuras deleznables.[197] En pos de Europa, se hizo en América. Comenzamos por demoler instituciones: cayó el Santo Oficio y se inició el

---

[184] *Cfr.,* por ejemplo, *Caso Goiburú vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006, párrs. 72 y 73 y 128-132.

[185] Mario Pisani, "Cesare Beccaria et le proces pénal", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…*, *op. cit.,* p. 110. Asimismo, *cfr.* Pisani, *Attualita di Cesare Beccaria*, Giuffre Editore, Milán, pp. 7 y ss.

[186] Giuliano Vassalli, "Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…*, *op. cit.,* p. 25.

[187] Cesare Beccaria, "Del espíritu de fisco", *op. cit.,* pp. 255 y 256.

[188] *Cfr.* Sergio García Ramírez, "The Inter-American Court of Human Rights Perspective on Terrorism", en Salinas de Frías, Ana María, LH Samuel, Katja y D. White, Nigel (eds.), *Counter-Terrorism. International Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, pp. 789 y ss.

[189] Beccaria, Cesare, "Del tormento", *op. cit.,* p. 246.

[190] *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *Panorama del proceso penal,* Porrúa, México, 2004, pp. 31 y ss.; y *El debido proceso…*, *op. cit.*, esp. pp. 3 y ss. y 22.

[191] "Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales". *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de junio de 2005, párr. 111, que invoca precedentes: *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, párr. 180; y *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador.* Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 77.

[192] *Cfr.,* por ejemplo, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 176; y *Caso Mohamed vs. Argentina.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2012, párr. 91.

[193] Beccaria, Cesare, "Acusaciones secretas", *op. cit.,* pp. 243-246.

[194] *Ibidem,* p. 245.

[195] *Ibidem*, "Indicios y formas de justicia", pp. 241-243.

[196] *Ibidem,* "De la talla", pp. 304-306.

[197] *Cfr.* Pisani, Mario, "Beccaria e il proceso...", en VV.AA., *Cesare Beccaria and the Modern..., op. cit.*, pp. 114 y ss. Igualmente, *cfr.* Pisani, *Attualita…*, cit., pp. 17 y ss.

largo camino de la abolición de los fueros, labor de un siglo y muchas contiendas. Las ideas nucleares sembradas al término del siglo XVIII animaron un sector de la reforma procesal al cabo del XX y al inicio del XXI, con las figuras que sugieren las circunstancias.

Esa reorientación se halla en la legislación de varios países americanos, ampliamente reconsiderada en los últimos años, y no menos en las guías procesales que imprime el Derecho interamericano, acuñadas por la jurisprudencia del Tribunal de San José.

Sin embargo, también hay resistencias y alegatos que abrigan verdades y falacias. Transformaciones plausibles y deformaciones inquietantes. Algunas soluciones cuestionables se localizan, a mi juicio, en el régimen de entendimientos procesales que elude la verdad de los hechos y sacrifica la justicia a la economía. Se encumbra el *market system*, señala Fairén Guillén,[198] quien advierte acerca del *bargain:* "la pena pasa a ser contractual".[199] Muy severa es la apreciación de Alcalá-Zamora: "bochornoso chalaneo con apariencias de allanamiento y realidades de transacción penal".[200] "Todas las garantías penales y procesales […] resultan efectivamente alteradas con la negociación entre las partes", advierte Ferrajoli.[201] Reaparece —aunque lo haga sin violencia— la ocurrencia de que el fin justifica los medios, cuando sólo la legitimidad de éstos —como se desprende de la corriente beccariana— justifica el fin que se alcanza con el proceso: la sentencia justa. En suma, la piedad y la razón se complementan.

La obra de Beccaria tiene un punto final que es también, visto desde otro ángulo, punto inicial: la prevención de los delitos; evitar más que sancionar, exactamente como en la medicina del cuerpo individual y del cuerpo colectivo. Si comenzamos aquí, con el éxito posible, no será necesario llegar allá, sin perjuicio de las cuotas mínimas que siempre se hallarán entre nosotros.

¿Qué hacer? La respuesta beccariana conserva frescura: "haced que acompañen las luces a la libertad".[202] Contiene propuestas impecables: cultura de la legalidad —o de la juridicidad—, función de policía —que es mucho más que el desempeño de la policía—,[203] perfeccionamiento de la educación.[204] En suma, poner el cimiento de la libertad y la justicia antes de que la delincuencia ocupe el edificio social. Así se resume el mensaje beccariano "siempre vivo y actual, por una política criminal racional y humana", en palabras de Vassalli.[205] En América, como en otros lugares, los instrumentos de control por la convicción y la solidaridad se han retraído; la desesperación y la exasperación sugieren mano dura a los oídos del Parlamento: gobernar con el código penal en la mano.

Hoy abundan las expresiones de preocupación por el rumbo y destino de la justicia penal. Las manifestaciones de algunos juristas, observadores de ese rumbo —al menos en determinados ámbitos, con la concurrencia de ciertos movimientos mundializadores— no dejarían en paz a los reformadores del siglo XVIII, como Beccaria, que vieran resurgir, con otra fachada, a sus viejos adversarios.

Mireille Delmas-Marty señala que muchos penalistas temen un Derecho penal regresivo, bajo la bandera de la eficacia, y previene sobre la tensión que se presenta entre el Derecho penal y los derechos humanos.[206] Moisés Moreno analiza la vigencia de la alternativa entre un Derecho penal liberal y democrático y un Derecho penal autoritario, que se expande al amparo de la globalización y la internacionalización del delito.[207] Zaffaroni recuerda la tentación perenne

[198] *Cfr*: Fairén Guillén, Víctor, "Los equivalentes jurisdiccionales", *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional. La reforma procesal penal (1998-1992),* t. III, Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992, p. 83.

[199] Fairén Guillén, Víctor, "Examen crítico de los principios rectores del proceso penal", en VV.AA., Memoria del *XV Congreso Mexicano de Derecho procesal,* IIJ-UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal, México, 1998, p. 431.

[200] Alcalá Zamora, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3ª ed., IIJ-UNAM, México, 1991, p. 431.

[201] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón..., op. cit.,* p. 609.

[202] Beccaria, Cesare, "De las ciencias", *op. cit.,* p. 316.

[203] *Ibidem,* "De la tranquilidad pública", p. 237.

[204] *Ibidem,* "Educación", pp. 320 y 321.

[205] Vassalli, Giuliano, "Spunti de politica…", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern*…, *op. cit.,* p. 25.

[206] Delmas-Marty, Mireille, "Discurso", en VV.AA., *Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal,* IIJ-UNAM, México, 2007, p. XXIII; y "Final Remarks", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern*…, *op. cit.,* p. 449.

[207] Moreno, Moisés, "Última ratio o expansión del Derecho penal", en VV.AA., *Hacia la unificación del Derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, Inacipe/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, México, 2006, p. 351.

del Estado de policía.[208] Miguel Polaino Navarrete apunta que el Derecho penal mínimo es una utopía, más que una realidad.[209] Ulrich Sieber hace notar que los nuevos riesgos mundiales alientan la actuación del Estado fuerte, por medio del Derecho penal.[210] Y Daniel Erbetta observa una "crisis derivada de la tensión expansiva a que se está sometiendo al Derecho penal".[211] Con otro rostro, vuelve a la escena en el siglo XXI la crisis del siglo XVIII, que reapareció, con diverso formato, en sucesos de otras centurias, especialmente el siglo veinte.

El vacío que dejan los instrumentos no punitivos del control social se ocupa por la expectativa del control represivo. Pero sabemos, con Talleyrand, que se puede hacer cualquier cosa con las bayonetas, salvo sentarse en ellas. Habrá que observar con cautela los pasos del Estado opresivo, que vela. La democracia, armada con las ideas beccarianas de piedad y razón, podría menguar bajo el asedio de la criminalidad y la seducción del arsenal punitivo. Es el riesgo que corremos.

Es verdad que la argumentación de Beccaria lo identifica como un hombre de su tiempo, como señala Mireille Delmas-Marty.[212] Ahora bien, la racionalidad de sus planteamientos, por fortuna, y las sombras que han poblado otras horas después de la suya y hasta la nuestra, por desgracia, le han conferido una vitalidad que le permite viajar a través de los años —lo muestra esta celebración, a un cuarto de milenio de la edición del opúsculo— y ejercer donde quiera y cuando sea su magisterio. Por eso Beccaria se halla en vigilia en el suelo americano.

---

[208] *Cfr*: Zaffaroni, Raúl Eugenio, "La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del juez", en VV.AA., *La justicia como garante…*, *op. cit.,* p. 15.

[209] *Cfr*: Polaino Navarrete, Miguel, "La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas", en Jakobs, Günther, y Polaino Navarrete, Miguel, *El Derecho penal en las sociedades modernas (Dos estudios de dogmática penal y política criminal)*, Flores, México, 2006, p. 76.

[210] *Cfr*: Sieber, Ulrich, "Unificación, armonización y cooperación: a la búsqueda de soluciones para los sistemas penales federales y supranacionales", en VV.AA., *Hacia la unificación…, op. cit.*, p. 10.

[211] Erbetta, Daniel, "Postmodernidad y globalización: ¿hacia dónde va el Derecho penal", en VV.AA., *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 79.

[212] Delmas-Marty, Mireille, "Le rayonnement international…", en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern…*, *op. cit.*, p. 141.