

BECCARIA EN NUESTRA AMÉRICA*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ**

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

* Este trabajo fue elaborado originalmente para la conferencia del autor en el Convegno Internazionale su “*Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*”, convocado por el Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milan, 3 de octubre de 2014. Lo aporto con satisfacción a la *Revista de Historia del Derecho*, que dirige mi distinguido colega doctor Óscar Cruz Barney, y a la obra colectiva en homenaje al doctor José Luis Soberanes Fernández, jurista e historiador sobresaliente, quien se desempeñó con excelencia como investigador y director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y fue presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Me uno con la mayor convicción a este merecido homenaje de aprecio y reconocimiento a un destacado universitario. Agradezco el apoyo de Eréndira Ramos Vázquez, asistente de investigación, y de Eduardo Rojas Valdés, becario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

** Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

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. Martí, *Nuestra América*, Caracas, Venezuela, Fundación Biblioteca Ayacucho, 2005.

² Cfr. “El nuevo escudo de la Universidad Nacional”, en Vasconcelos, José, *Discursos 1920-1950*, México, Botas, 1950, p. 13.

³ “Tiene —cito a Jiménez de Asúa— el insuperable mérito de haber sido el primer tratado en Iberoamérica que, con sistema moderno, expone la dogmática penal”. Se refería al

atrajo a las andanzas del marqués, que 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, exrector 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

Derecho penal mexicano. Parte general, 11a. ed., México, Porrúa, 1976, p. 766 —de donde tomo la cita (que se halla en *La Ley*, Buenos Aires, diciembre 11, 1946)—, cuya primera edición apareció en 1937.

⁴ *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Ca-jica, 1957.

⁵ Cfr. varios autores, *El exilio español en México. 1939-1962*, México, FCE, 1982, p. 776.

⁶ “César Beccaria y su libro”, en *Tratado...*, cit., pp. 7 y ss.

⁷ Fachinei impugnó el libro de Beccaria, en *Note ed osservazioni sul libro intitulato 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 domini-co, 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, Porrúa, 1982, ed. facsimilar de la española de 1822, p. 337.

⁸ Cfr. Val. Juan Antonio del, “Introducción”, en Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza Editorial, 1968, p. 14.

⁹ García Ramírez, Sergio, “Estudio introductorio. Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra”, en Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, 2a. reimpr. de la 1a. ed. facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, México, FCE, 2011, pp. 7 y ss. Este estudio, junto con el correspondiente a John Howard que se menciona en la siguiente nota, quedaron integrados en mi libro *Los reformadores. Beccaria, Howard y el derecho penal ilustrado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Nacional de Ciencias Penales-Tirant lo Blanch, 2014.

¹⁰ Cfr. Howard, John, *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, trad. de Esteban Baca Calderón, est. introd. de Sergio García Ramírez, “John Howard: la obra y la enseñanza”, México, FCE, 2003.

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

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, *protettore 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 cuarenta mil millas en Europa.¹³ Caminante sin reposo —la continua estancia en un lugar “abate mi espíritu”, advertía—,¹⁴ visitó y denunció prisiones y lazarettos, de Portugal a Crimea. 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”, al 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 Generales¹⁸ fluyeron las quejas contra el sistema penal del absolutismo. Ortolan refiere que los

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

¹³ Cfr. *idem*.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Cfr. Brown, James Baldwin, *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., Londres, Impreso por Thomas y John Underwood, 1823, pp. 465 y ss. Igualmente, cfr. Howard (D. L.), *John Howard: prison reformer*, Nueva York, Archer House Inc., 1963, pp. 148 y 149; y Ramos y Paz Anchorena, José Ma., *Curso de derecho penal. Penología*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1929, t. III, p. 64, n. 6.

¹⁶ Cfr. *El estado de las prisiones...*, cit., pp. 183; 213, n. 40; 249, n. 35; 262, n. 53, y 298, n. 97.

¹⁷ “Beccaria, l’abolition de la peine de mort et la Révolution française”, en varios autores, *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, Milán, Castello Sforzesco, diciembre 15th-17th, 1988, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale-Giuffrè Editore, 1990, p. 36 (citaré con frecuencia esta fuente como *Cesare Beccaria and Modern...*). Este artículo figura, igualmente, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 2, abril-junio de 1989, pp. 235 y ss.

¹⁸ Cfr. Badinter, Robert, “Beccaria, l’abolition...”, cit., p. 47.

cuadernos de las tres órdenes “pedían unánimes (la) reforma de las leyes penales é indicaban las bases: la revolución social y política vino a operarla y á 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; nuestro continente 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.

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

²⁰ Cfr. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1998, p. 24.

²¹ Cfr. Pisani, Mario, “Asterischi argentini su Cesare Beccaria”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XXXI, núm. 1, junio de 2001, pp. 27 y 28.

²² *Derecho penal argentino*, 10a. reimp., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1992, t. I, p. 86.

²³ *Curso de legislación penal comparada*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 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*, Madrid, AKAL, 1986, p. 60.

En cambio, la obra de Howard fue vertida al castellano en 2003,²⁵ aunque el autor y sus ideas fueran conocidos y elogiados a través de alusiones y citas fragmentarias.

De los delitos y de las penas —a veces titulado como “tratado”—²⁶ inició el 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 Agregaronse 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, de Buenos Aires, de 1945; y las de Bernaldo de Quirós, que ya mencioné, Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín³⁰ 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 ma-

²⁵ La primera traducción se hizo en México, para el FCE, en 2003, por Esteban Baca Calderón. *Cfr. supra* nota 10.

²⁶ Que es el caso de la difundida edición española de 1822, con el comentario de Voltaire y otros documentos valiosos e ilustrativos (*supra* nota 7), e igualmente el de la edición poblana de Cajica, con traducción de Bernaldo de Quirós, ya mencionada.

²⁷ *Cfr.* Tomás y Valiente, “Introducción”, en Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, trad. de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar, 1974, p. 50; y “Carta primera a M. Beccaria”, en *Tratado de los delitos...*, *cit.*, 1982, p. 390.

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

²⁹ Citada en *supra* nota 7.

³⁰ *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 1994, pp. 856 y 857, y Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, 2a. reimp. de la 2a. ed., Buenos Aires, EDIAR, p. 287, n. 86.

³¹ “La moderna política criminal en España y el pensamiento de Cesare Beccaria”, en varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...*, *cit.*, p. 189.

³² Así Beccaria, César, *De los delitos...*, *cit.*, 1974. La edición, al cuidado del profesor Perfecto Andrés Ibáñez, es bilingüe y apareció bajo el sello editorial de Trotta, España, 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”.

duración. 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 pipocotas, 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.

En Cádiz actuaron hombres de América.³⁸ Algunos provenían de las posesiones cuya representación ostentaban; otros residían en la península.

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

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

³⁶ Cfr. Badinter, “Beccaria, l’abolition...”, *cit.*, p. 38.

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

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

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 Capdequí 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 porción 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 por sus ideas. Resistieron el asedio de los impugnadores, cada vez menos vigoroso en la medida en que avanzaban las ideas liberales, de diversa fragua. 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 a 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, quien vivió veinte años

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

⁴⁰ Cfr. Macedo, Miguel, *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*, México, Cultura, 1931, p. 198.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 209 y 210.

⁴² Sobre Argentina, cfr. Soler, Sebastián, *Derecho penal...*, cit., t. I, p. 112.

⁴³ Cfr. Pilliteri, Paolo, “Opening Adress”, en varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...*, cit., p. 4.

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

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

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 *Código 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, ni política, ni legislativa. Con todo, el código de 1822, fruto del “Trienio Liberal”, sembró una semilla para España y 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 XX.

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 se halló Beccaria, 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; 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

⁴⁶ Cfr. Zaffaroni, *Derecho penal...*, 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”.

⁴⁸ *Précis élémentaire de L'histoire du Droit français de 1789 à 1814. Révolution, Consulat & Empire*, París, Rec. Sirey, 1911, pp. 249 y 250.

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 anunciable 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; ni se muere ni

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 FCE, *supra* nota 9; con la adición del preámbulo incorporado por Beccaria en ediciones posteriores a la primera, que menciono *supra* nota 4. Cito entre comillas el epígrafe bajo el que figura el texto citado y las páginas correspondientes en aquella edición.

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

⁵¹ “La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo”, en varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...*, cit., p. 527.

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

se nace de pronto en las ideas, el orden social, la conciencia colectiva. 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 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 en su continente. 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,

⁵³ *Apuntes para la historia..., cit.*, p. 212.

⁵⁴ *La ciudad de México*, México, Jesús Medina Editor, 1969, t. I, pp. 104 y 105.

⁵⁵ Cfr. “Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria”, en varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...., cit.*, p. 136.

⁵⁶ Cfr. “Epílogo”, en Beccaria, *Tratado..., cit.*, pp. 187 y ss.

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 podido y de lo que aún no se ha conseguido en doscientos cincuenta 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 justi-

⁵⁷ Cfr. los artículos de autores latinoamericanos en varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...*, *cit.*, pp. 401 y ss.

⁵⁸ Cfr., de este autor, “Estudio preliminar. La actualidad del pensamiento de Beccaria. Qué nos dice Beccaria, hoy, a los juristas de Colombia y de Latinoamérica”, en Beccaria, *De los delitos y de las penas* (edición latinoamericana), Santa Fe de Bogotá, 1992. Agreguemos: Guzmán Mora, Fernando y Pradilla Giraldo, Augusto, *Cesare Beccaria. Su influencia en el derecho penal y en la criminología*, Medellín, Universidad Militar Nueva Granada-Biblioteca Jurídica Dike, 2006.

⁵⁹ “Vigencia del ideario de Beccaria en la política criminal latinoamericana”, en varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...*, *cit.*, p. 414.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 415.

⁶¹ Cfr. en lo que respecta a países europeos, africanos y asiáticos, varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...*, *cit.*, pp. 153 y ss.

⁶² “Prefazione”, en Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Firenze, Felice Le Monnier, pp. 19 y 23.

⁶³ Cfr. Anstee, Margaret J., “Opening Adress”, en varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...*, *cit.*, p. 10.

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

⁶⁵ Cfr. “Reivindicación o superación del programa de Beccaria”, *Estudios de Deusto*, segunda época, vol. 38/2, fasc. 85, julio-diciembre de 1990, pp. 543 y 544.

cia?, ¿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 scepticismo ante esa supuesta terminación de la lucha”; no es posible “deponer las armas”.⁶⁶ Tampoco ahora.

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 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 por 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

⁶⁶ “Conveniencia de una revista científica independiente de la jurisprudencia penal”, *Opúsculos de derecho criminal*, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 1976, vol. IV, p. 272.

⁶⁷ “Opening Address...”, *cit.*, p. 20.

⁶⁸ “Origen de las penas”, *cit.*, p. 216.

⁶⁹ “De la pena de muerte”, *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 varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...*, *cit.*, pp. 404 y ss.

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”,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

El principio crucial *nullum crimen nulla poena sine lege* aparece en las Constituciones y en las leyes de los Estados americanos. En torno gira el aparato

⁷¹ Cfr. García Ramírez, Sergio, “Panorama de la justicia penal”, en varios autores, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 718 y ss.

⁷² *Lecons de Droit criminel contenant l'explication complète des Codes pénal et d'Instruction criminelle*, rev. por Faustin Hélie, París, A. Cotillon et Cie., Libraires du Conseil d'Etat, 1880, p. 2.

⁷³ “Proporción entre los delitos y las penas”, p. 226.

⁷⁴ “Derecho de castigar”, p. 218.

⁷⁵ “Proporción entre los delitos y las penas”, p. 226.

⁷⁶ “De un género particular de delitos”, p. 311.

⁷⁷ “División de los delitos”, p. 230.

⁷⁸ “De la tranquilidad pública”, p. 237.

⁷⁹ “Oscuridad de las leyes”, p. 224.

punitivo, 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 enjuiciado⁸⁸ 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

⁸⁰ Ferrajoli, *Derecho y razón...*, 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”. *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, París, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1913, t. I, p. 138.

⁸² “Consecuencias”, p. 219.

⁸³ “Indicios y formas de juicios”, p. 242.

⁸⁴ “Interpretación de las leyes”, p. 220.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 221.

⁸⁶ *Del espíritu de las leyes*, 4a. ed., trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 1980, p. 108.

⁸⁷ “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 606.

⁸⁸ Cfr. varios autores, *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, San José, Costa Rica, Unión Europea-Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, 1996.

⁸⁹ Cfr. *caso Bayarri vs. Argentina*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de octubre de 2008, párr. 67.

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 en 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 justificadas⁹⁴ y disponen la proporcionalidad de las penas.⁹⁵

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 Ayudó a despejar el campo. Y pugnó contra la incriminación del pensamiento, flagelo de su tiempo, con

⁹⁰ Ferrajoli, *Derecho y razón...*, 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.

⁹⁶ “División de los delitos”, p. 231.

⁹⁷ “Errores en la graduación de las penas”, p. 229.

⁹⁸ “De un género particular de delitos”, p. 310.

⁹⁹ “Suicidio”, pp. 294-299.

¹⁰⁰ “Delitos de prueba difícil”, pp. 291-293.

¹⁰¹ “De los deudores”, pp. 301-303.

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 En 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 vio-

¹⁰² “Suicidio”, p. 296.

¹⁰³ “Fin de las penas”, p. 238.

¹⁰⁴ “Consecuencias”, p. 219.

¹⁰⁵ “Fin de las penas”, p. 238.

¹⁰⁶ “Dulzura de las penas”, p. 272.

¹⁰⁷ “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*, trad. de Ramón Salas, extracto por Esteban Dumont, Madrid, Editora Nacional, 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”.

lencia, 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 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 Berizone 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.

¹⁰⁹ “Penas de los nobles”, p. 260.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 261.

¹¹¹ *Cfr. Ensayo político sobre el Reino de la Nueva España*, 3a. ed., México, Porrúa, 1978, pp. 83 y ss.

¹¹² *Cfr. La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 1963, pp. 67 y ss.

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. 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, 28 de julio de 2014.

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 retenciónista. 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 cominaciones —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

¹¹⁶ “Pro y contra la pena de muerte en la política criminal contemporánea”, *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Reus, S. A., 1979, p. 579.

¹¹⁷ “Cesare Beccaria, la pena de muerte...”, en varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...*, *cit.*, p. 73.

¹¹⁸ *Cfr.* “Beccaria, l’abolition...”, *cit.*, p. 42.

¹¹⁹ Bernaldo de Quirós, “Prólogo”, en Beccaria, *Tratado...*, *cit.*, p. 41.

¹²⁰ “Cesare Beccaria, la pena de muerte...”, *cit.*, p. 64.

¹²¹ *Observations d’un voyageur anglais sur la maison de force appelée Bicêtre [...]*, 1788, *cit.* en la edición de *De los delitos y de las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, anotada por Juan Antonio Delval, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

¹²² *Tratados de legislación...*, *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”. *Id.*

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 causa 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

¹²³ En notas a Beccaria, *Dei delitti...*, *cit.*, p. 251, n. 1

¹²⁴ “Beccaria, l’abolition...”, *cit.*, pp. 36 y 37.

¹²⁵ “De la pena de muerte”, 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*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967, pp. 45 y ss.

de la esclavitud”, considera Zaffaroni.¹²⁸ Pasaría más de un siglo para que la pena capital desapareciera de la Constitución mexicana, que acompañó su paso al que siguieron otras leyes del continente. 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 ciento treinta y cinco años después del código de Corona.

Cuando se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos —San José, 1969—, catorce delegaciones, de las diecinueve 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

¹²⁸ “La influencia del pensamiento...”, *cit.*, p. 442.

¹²⁹ *Cfr.* Martínez de Castro, Antonio, “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”, en varios autores, *Leyes penales mexicanas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, t. I, 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 instruidos 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.* *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3a. ed., Cambridge University Press, 2004, p. 367.

Corte Interamericana, depositada en una opinión consultiva¹³³ 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 retramiento 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 quince Estados de América.¹³⁶ El protocolo americano, de 1990, tiene en su favor trece Estados, entre ellos un solo 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 de los países americanos. La moratoria de 2010 tiene en su haber veinte votos americanos;¹³⁸ doce en contra: nuevamente Estados Unidos y once

¹³³ Cfr. Restricciones a la Pena de Muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83, 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 día último 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.

caribeños,¹³⁹ y dos abstenciones.¹⁴⁰ La de 2012 recabó el voto favorable de veinte 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. Aquéllo 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 libertad y mejorar, de veras, el estado de las prisiones. En varias sentencias describe el desastre carcelario que campea en buena parte del 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 discur-

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 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 “De la pena de muerte”, p. 276.

¹⁴⁵ Cfr. *La crisis de la prisión*, La Habana, Jesús Montero Editor, 1949, p. 76.

¹⁴⁶ *Tratados de legislación...*, cit., p. 318.

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 vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2006.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 314.

so 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 aclima su injusticia. No habría mayor agravio para la presunción de inocencia. De ahí la petición beccariana de emplearla con infinita cautela. Beccaria dedica pasajes del 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

Y la misma jurisprudencia de la Corte de San José reduce la aplicación de la medida cautelar a través de garantías judiciales y principios exigentes: legalidad, presunción de inocencia, pertinencia, necesidad, proporcionali-

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, 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, pár. 67.

¹⁵² “De la prisión”, p. 284.

¹⁵³ “Prontitud de la pena”, p. 257.

¹⁵⁴ *Cfr. Carranza, Elías et al., El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, Costa Rica, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 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 “Prontitud de la pena”, p. 258.

¹⁵⁶ “Inmoralidad del encarcelamiento preventivo”, en *Opúsculos..., cit.*, vol. IV, p. 226.

dad, 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 confiscación¹⁵⁸ —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 culpable en procuración 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 XIII.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

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*, presen. de Stella Maris Martínez, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación-Editores del Puerto, 2008, esp. pp. 31-37.

¹⁵⁸ “Destierros y confiscaciones”, p. 267.

¹⁵⁹ *Tratados de legislación...*, *cit.*, p. 303.

¹⁶⁰ “Infamia”, pp. 263 y 264.

¹⁶¹ “Destierros y confiscaciones”, p. 267.

¹⁶² *Cfr. Vigilar y castigar*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI Editores, 1976, p. 52.

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

¹⁶⁴ “Del tormento”, p. 246.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 247.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 253.

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, declaran: “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 veinte 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

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

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 recomendación 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, que impugna la criminalización frondosa y las penas desorbitadas, 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 asilo¹⁷⁶ —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

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.

¹⁷¹ *Cfr.*, por ejemplo, *caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de septiembre de 2005, párr. 100.

¹⁷² “Procesos y prescripciones”, p. 287.

¹⁷³ *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2014, pp. 65 y ss.

¹⁷⁴ “Dulzura de las penas”, p. 271.

¹⁷⁵ “Asilos”, p. 304.

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ “Del perdón”, pp. 321 y 322.

¹⁷⁸ *Tratados de legislación...*, *cit.*, p. 322.

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 veintiocho Estados americanos.¹⁸³

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 inderrogables 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 Las Granadinas, Surinam, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

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

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 “Cesare Beccaria et le proces pénal”, en varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...*, *cit.*, p. 110. Asimismo, cfr. Pisani, *Attualità di Cesare Beccaria*, Milán, Giuffrè Editore, pp. 7 y ss.

¹⁸⁶ “Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria”, en varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...*, *cit.*, p. 25.

¹⁸⁷ “Del espíritu de fisco”, pp. 255 y 256.

¹⁸⁸ Cfr. García Ramírez, Sergio, “The Inter-American Court of Human Rights Perspective on Terrorism”, en varios autores, *Counter-Terrorism. International Law and Practice*, Ana María Salinas de Frías *et al.* (eds.), Oxford University Press, 2012, pp. 789 y ss.

¹⁸⁹ “Del tormento”, p. 246.

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

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

Esa reorientación se halla en la legislación de varios países americanos, cada vez más, 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.

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 “Acusaciones secretas”, pp. 243-246.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 245.

¹⁹⁵ “Indicios y formas de justicia”, pp. 241-243.

¹⁹⁶ “De la talla”, pp. 304-306.

¹⁹⁷ Cfr. “Beccaria e il proceso...”, en varios autores, *Cesare Beccaria and the Modern...*, cit., pp.

114 y ss. Igualmente, cfr. Pisani, *Attualita...*, cit., pp. 17 y ss.

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 beccaria— 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

¹⁹⁸ Cfr. “Los equivalentes jurisdiccionales”, *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional. La reforma procesal penal (1998-1992)*, Madrid, Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1992, t. III, p. 83.

¹⁹⁹ “Examen crítico de los principios rectores del proceso penal”, en varios autores, *Memoria del XV Congreso Mexicano de Derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1998, p. 431.

²⁰⁰ *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 431.

²⁰¹ *Derecho y razón...*, cit., p. 609.

²⁰² “De las ciencias”, p. 316.

²⁰³ “De la tranquilidad pública”, p. 237.

²⁰⁴ “Educación”, pp. 320 y 321.

²⁰⁵ “Spunti de politica...”, cit., p. 25.

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 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 XX.

²⁰⁶ “Discurso”, en varios autores, *Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. XXIII, y “Final Remarks”, en varios autores, *Cesare Beccaria and Modern...*, cit., p. 449.

²⁰⁷ “Última ratio o expansión del derecho penal”, en varios autores, *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 2006, p. 351.

²⁰⁸ Cfr. “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del juez”, en varios autores, *La justicia como garante...*, cit., p. 15.

²⁰⁹ Cfr. “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)*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2006, p. 76.

²¹⁰ Cfr. “Unificación, armonización y cooperación: a la búsqueda de soluciones para los sistemas penales federales y supranacionales”, en varios autores, *Hacia la unificación...*, cit., p. 10.

²¹¹ “Postmodernidad y globalización: ¿hacia dónde va el derecho penal”, en varios autores, *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 79.

El vacío que dejan los instrumentos no punitivos del control social se ocupa por la expectativa del control represivo. Pero sabemos, con Tallyrand, 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 por encima 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.

²¹² “Le rayonnement international...”, *cit.*, p. 141.