

BECCARIA Y LOS LÍMITES AL DERECHO DE CASTIGAR

Beccaria and the limits to the right of punish

PROF. DR. FERNANDO VELÁSQUEZ

Catedrático de Derecho Penal, Director del
Departamento de Derecho Penal de la Escuela de
Derecho de la Universidad Sergio Arboleda,
Bogotá – Colombia

Resumen: La presente ponencia se ocupa de la forma como Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, delineó los límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado sobre todo a partir de las reflexiones consignadas en el segundo capítulo del libro ‘De los Delitos y de las Penas’ intitulado como ‘Derecho de castigar’. Con tales miras, en primer lugar, se muestra la forma como se abordan en la obra los fundamentos al ejercicio de la potestad punitiva; en segundo lugar, se exponen los principales postulados acogidos por el gran pensador, los mismos que hoy conforman lo que se ha dado en llamar un ‘derecho penal mínimo’; y, por último, se alude a la situación actual del Derecho Penal, a partir de lo cual se examina el impacto de las ideas de Beccaria.

Palabras-clave: Cesare Beccaria, derecho penal mínimo, límites a la potestad punitiva del Estado.

Abstract: The present paper deals with how Cesare Bonesana, Marchese of Beccaria, has delineated the limits to the exercise of the punitive power of the State, especially as from the reflections recorded in the Second Chapter of the Book “Of Crimes and Punishments”, entitled as “Of the right to punish”. With such a view, first, it is displayed how has been addressed in this work the fundamentals to the exercise of the punitive power; second, it is exposed the main principles embraced by the great thinker, which today make up what has been called “minimum criminal Law”; and finally, is referred to the current situation of the criminal Law, from which is examined the impact of the ideas of Beccaria.

Keywords: Cesare Beccaria, minimum criminal Law, limits to the punitive power of the State.

1. Introducción

Al cumplirse 250 años de la aparición anónima del libro ‘*Dei delitti e delle pene*’, el verano de 1764 (Tomás y Valiente, 1979. p. 9), en Livorno, cuando su autor tenía apenas 26 años de edad – texto que, por cierto, causó un verdadero terremoto en el plano político al romper de forma abrupta con la tradición y anunciar de paso un nuevo sistema del derecho penal – es procedente hoy ocuparse de la forma como Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, delineó los límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado (Velásquez, 2011, p. 29) sobre todo a partir de las reflexiones consignadas en su capítulo segundo, intitulado como ‘Derecho de castigar’ (Beccaria, 2002, p. 32-33)¹.

Desde luego, la tarea no es fácil si se tiene en cuenta que en la obra – atendidos los contextos histórico, social y político en el cual ella aparece – muchos de sus planteamientos no son explícitos y son normales las alusiones veladas, o entre líneas, a ciertos temas; el mismo autor, en comunicación fechada en mayo de 1766 dirigida al abate André Morellet (Beccaria, 1822. p. 395; la carta aparece en Beccaria, 1797. p. XL; la cita en la p. XLIII), lo dice:

He oído el ruido de las cadenas que sacude la superstición, y los gritos del fanatismo que ocultan los gemidos de la verdad. La vista de estos espectáculos horribles, me ha determinado a envolver la luz algunas veces en nubes algo oscuras. He querido defender la humanidad sin ser su mártir².

Pues bien, con tales miras – en primer lugar – en este escrito se muestra la forma como se abordan en la obra los fundamentos al ejercicio de la potestad punitiva; en segundo lugar, se exponen los principales postulados acogidos por el gran pensador, los mismos que hoy conforman lo que se ha dado en llamar un ‘derecho penal mínimo’. En tercer lugar, se alude a la situación actual del Derecho penal, a partir de lo cual se examina el impacto de las ideas de Beccaria; al final, se consigna la bibliografía consultada.

2. Los fundamentos al ejercicio de la potestad punitiva

2.1. Ubicación

Como cualquier estudioso preocupado por el Derecho penal, este excelso pensador indaga en torno a la razón de ser del *ius puniendi* o derecho penal subjetivo; en otras palabras: también a él le interesa precisar en qué se basaba el poder de la organización social gracias al

¹ En la edición original de la obra de 1764, p. 3, se constata que ella solo contiene los títulos de las diversas materias; sobre el derecho de castigar se ocupa entre las p. 6 y 9. No obstante, a partir de la segunda edición no autorizada por el autor, aparecen los capítulos separados, numerados con cifras romanas y con sus títulos puestos en el centro de la página como hoy se presentan (confróntese Pisapia, 1973. p. 6).

² Ello es producto de que —como diría Zweig, 2001— “hay épocas en las que las más sencillas y claras verdades de la humanidad se ven obligadas a envolverse en la niebla y a disfrazarse para llegar hasta los hombres, pues las ideas más humanas y sagradas deben colarse por las puertas traseras embozadas y encapuchadas como si fueran ladrones, ya que la entrada principal es vigilada por los esbirros y aduaneros al servicio de quienes detentan el poder” (p. 165).

cual puede ejercer la potestad punitiva, esto es, cuál es su principio o cimiento. Por eso, para poder discutir sobre la materia en ese momento, también es válido reducir el asunto a dos preguntas fundamentales: en primer lugar, ¿por qué se puede castigar o imponer sanciones penales?; y, en segundo lugar, ¿por qué puede el Estado u organización social hacerlo? Responder a la primera cuestión, bien se sabe, conduce al examen del *fundamento material* del derecho de castigar; y, a la segunda, al estudio del *fundamento político o formal* del mismo (Mir Puig, 1976, p. 114; Velásquez, 2009, p. 83).

Sin duda, en el capítulo segundo el Marqués de Beccaria se ocupa no sólo del fundamento político de la potestad punitiva del Estado (cuya titularidad detenta el soberano quien: "...tiene fundado su derecho para castigar los delitos..."), sino del fundamento material, al asumir una postura sobre la sanción penal que hoy podría calificarse de mixta en cuanto defiende ideas preventivas con un toque retributivo (Beccaria, 2002, pp. 51, 67; Prieto, 2003, p. 76); es más, de la mano de este último cimiento del derecho de castigar, acuña como límite material al ejercicio de la potestad punitiva el principio de necesidad. Por eso, la justicia "ya no se define según criterios trascendentales de orden divino, ni la pena es el ciego tributo que exige ese orden vulnerado: es justo lo socialmente necesario y nada más" (Prieto, 2003, p. 72).

2.2. Algunos influjos

Si bien existe hoy acuerdo en torno a las influencias diversas que tuvo la obra y no es este el lugar para volver sobre ello³, debe decirse que su punto de partida es el modelo contractualista propalado por los teóricos de la época del Iluminismo – ese esplendoroso período de la historia humana cuyas ideas y valores todavía procuran algún punto de humanidad y civilización al mundo contemporáneo, según se ha expresado (Prieto, 2003, p. 1)⁴ –, dentro de los cuales hay que tener en cuenta a los enciclopedistas (Pisapia, 1973, pp. 7-8), aunque sin descartar el papel del soberano como era apenas obvio en el marco de un estado absolutista (Beccaria, 2002, pp. 31, 33), no tanto al estilo rousseauiano (Rousseau, 1973, p. 71; Rousseau, 1993, p. 14) sino en la línea defendida por Locke (1983, p. 74; 2001, p. 25)⁵; por ello, en alusión velada al pensador ginebrino, afirma que: "(...) Ningún hombre

³ Confróntese González, 2011, quien, basado en Francioni, escribe: "el libro está construido sobre la combinación de dos grandes bloques conceptuales de la cultura de los siglos XVII y XVIII: la temática de fondo proviene de Montesquieu; de Helvétius viene el impulso utilitarista que recorre toda la obra. Junto a estos dos interlocutores privilegiados está Locke y su contractualismo liberal, aunque desenvuelto en ocasiones a través de sugerencias e imágenes que provienen de Grocio, Hobbes o Rousseau. La construcción se completa con argumentaciones derivadas del sensismo de Condillac, envueltas muchas veces en terminología lockiana. Junto a estos elementos básicos, se advierte también el recurso a autores como Burlamaqui y Vattel" (p. 159).

⁴ El iluminismo o *Aufklärung*, dice Foucault, 1999 "es un acontecimiento o un conjunto de acontecimientos y de procesos históricos complejos, que han tenido lugar en un cierto momento del desarrollo de las sociedades europeas. Este conjunto comporta elementos de transformaciones sociales, tipos de instituciones políticas, formas de saber, proyectos de racionalización de los conocimientos y de las prácticas, mutaciones tecnológicas que resulta muy difícil resumir en una palabra, incluso si se tiene en cuenta que muchos de esos fenómenos son todavía en la actualidad importantes" (p. 342).

⁵ Agudelo, 2000, p. XXIII; Agudelo, s.f., p. 390; Llobet, 2005, p. 126., ve influencias de ambos pensadores. Según Costa, 1953, p. 89., Locke fue "el corifeo de la ilustración".

ha dado gratuitamente parte de su libertad propia con solo la mira del bien público: esta quimera no existe sino en las novelas” (Beccaria, 2002, p. 33).

Que Beccaria optase por el contractualismo inglés más que por el francés puede también explicarse – entre otras razones – por las persecuciones de que fue víctima en ese momento Rousseau, desterrado de diversos lugares y cuyas obras habían sido proscritas o quemadas (Villaverde, 1993, p. 10), luego de la publicación del ‘Contrato Social’ en 1762 –recuérdese: ¡dos años antes de la aparición de la obra beccariana!–; por supuesto, un texto que nacía en forma anónima mal podía tener como bastión filosófico el ideario de un proscrito.

Como es obvio, toda la exposición sobre el derecho de castigar va de la mano de Montesquieu – que, por cierto, es el único autor citado en tres oportunidades en la obra Beccariana (2002): una en la ‘introducción’ (p. 31), otra al encabezar el capítulo segundo (p. 32) y la tercera en el acápite de las acusaciones secretas (p. 57) – para quien toda pena que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica, concepción defendida por los grandes teóricos de la ilustración – Grocio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius y Bentham – (Ferrajoli, 1995, p. 464); esto es explicable porque el famoso Barón, en su obra aparecida en 1748, entiende que existe un nexo indiscutible entre la índole del gobierno y las penas: “La severidad de las penas es más apropiada del gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que de la monarquía o de la república, las cuales tienen por resorte, respectivamente, el honor y la virtud” (De Secondat, 1971, pp. 122, 128); es más, afirma – y la enseñanza la aprende muy bien el estudioso italiano – que “un buen legislador pensará menos en castigar los crímenes que en evitarlos, se ocupará más en morigerar que en imponer suplicios”. Incluso, en alusión expresa a los autores chinos, asevera que “cuanto más se aumentan los suplicios más cerca está la revolución”.

En fin, en frase apodíctica, indica: “Fácil me sería probar que en todos o casi todos los Estados europeos, las penas han disminuido o aumentado a medida que se está más cerca o más lejos de la libertad” (De Secondat, 1971, pp. 122, 128); por supuesto, a ello podrá añadir que “al pueblo virtuoso, pocas penas [y que] las penas extremadas pueden corromper hasta el propio despotismo, [pues] cuando la pena es desmedida, suele preferirse la impunidad” (De Secondat, 1971, pp. 126-127). Con ese punto de partida Montesquieu formuló con toda precisión el principio de la proporcionalidad de los castigos en el capítulo XVI de su obra, intitulado como ‘De la justa proporción de la pena con el crimen’, cuando asevera: “Es esencial que las penas guarden la armonía que deben tener unas con otras; lo que importa es evitar más bien un delito mayor que otro menor, lo más dañoso para la sociedad que lo menos dañoso” (De Secondat, 1971, p. 130). Este apotegma, obvio es decirlo, va de la mano de los postulados de dignidad de la persona humana, de legalidad y del acto que son las otras piedras angulares de la construcción ilustrada, con la consiguiente separación liberal entre el Derecho y la Moral.

3. El fundamento político del derecho de castigar

Responder a la pregunta por qué puede el Estado castigar las infracciones a la ley penal, ha sido una problemática sujeta a diversas elaboraciones de la mano de la concepción política del ente estatal imperante en un momento determinado y de la estructura socioeconómica que lo sustente (Bustos, 1989. p. 40; Sabine, 1984, pp. 113, 249; Touchard, 1983. pp. 124, 127, 354, 509; Velásquez, 2009. p. 84), trátase del modelo absolutista, del propio del Estado liberal

clásico, del imperante en el Estado liberal intervencionista, del abanderado por el Estado social y democrático de derecho; o, en fin, por el que se diseña en el marco del llamado Estado constitucional.

Aquí, por supuesto, debe hacerse hincapié en el fundamento formal del ejercicio del *ius puniendi* a la luz del Estado liberal clásico, por el cual aboga la obra de Beccaria. Se trataba, de una organización política no intervencionista, meramente guardiana, mínima, cuya única función era evitar la lucha de todos contra todos, para garantizar un hipotético contrato social y resguardar el orden social; por ello, la facultad de castigar se hacía afinar en el contrato social – J. J. Rousseau, Th. Hobbes, Ch. L. Secondat barón de la Bréde y de Montesquieu, J. Locke –, en cuya virtud el ente estatal estaba legitimado para punir.

Solo el legislador podía imponer penas, pues era el único que poseía la representación de todos los hombres unidos por ese pacto; muy expresivo a este respecto, es Locke (2001):

(...) dado que ella es una reunión libre (como se ha demostrado), libre de toda fuerza de coacción, se deduce necesariamente que el derecho de hacer las leyes no puede residir en nadie sino en la sociedad misma o en aquéllos (pero es lo mismo) que la sociedad, con su consentimiento, ha autorizado (p. 30).

Por eso, pues, se trataba de un *ius puniendi* de carácter metajurídico, ético-social, fuera que se explicara a partir del derecho natural, del utilitarismo, o bien con base en categorías racionales absolutas (Bustos, 1989, p.40); pero, a diferencia de la época del absolutismo, el derecho de castigar nacía del derecho penal objetivo. Como es obvio, el pensamiento de la Ilustración dominaba toda la escena como freno a un derecho penal despótico de raíces romanas y bajo medievales (Tomás y Valiente, 1979, p. 24).

Ubicados en este contexto, es claro que Beccaria aboga por un modelo de estado liberal clásico y que el fundamento político del derecho de castigar es el propio de los pensadores de la época; por eso, sin abandonar los cimientos del absolutismo pero adentrándose en la nueva época, señala:

Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario [y luego añade] (...) El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho (2002, pp. 31, 33).

4. Los principales postulados acogidos en el texto

Si se hace un recorrido a lo largo del opúsculo beccariano, se encuentra que en contraposición al culto del derecho romano y a la doctrina, él propone derivar el derecho penal de supuestos tangibles acorde con una actitud filosófica racionalista, para la que se debe partir de lo que dicta la razón y prescindir de argumentos de autoridad; recuérdese que, en esta época, era notable el exceso de leyes compuestas por restos de ordenamientos de los antiguos romanos, mezclados con ritos lombardos, reunidos en volúmenes por intérpretes que daban

sus pareceres y sugerencias, las cuales eran aplicadas de manera caprichosa⁶. Por ello, es apenas entendible que asuma los siguientes postulados, vinculados bien con el fundamento formal del derecho penal subjetivo bien con el fundamento material (Llobet, 2005, pp. 161-343).

4.1. La separación de poderes

Como el pensador en estudio defiende un modelo de estado propio del diseño liberal clásico, según ya se dijo, postula este axioma como se desprende de estas transcripciones:

(...) sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad (...) Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores [Obvio es decirlo: reivindica la separación de poderes y apuntala el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Y agrega] (...) El soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación, y otra por el acusado, que la niega. Es, pues, necesario, que un tercero juzgue de la verdad del hecho; y veis aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables, y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares”. (Beccaria, 2002, pp. 34-35).

Y, al recalcar este último aspecto a la vez que clama por el postulado del juez natural, señala:

Utilísima ley es la que ordena que cada hombre sea juzgado por sus iguales, porque donde se trata de la libertad y de la fortuna de un ciudadano deben callar aquellos sentimientos que inspira la desigualdad, sin que tenga lugar en el juicio la superioridad con que el hombre afortunado mira al infeliz, y el desagrado con que el infeliz mira al superior (Beccaria, 2002, p. 55).

4.2. El principio de legalidad de los delitos y de las penas

A renglón seguido, es apenas entendible que enarbole como axioma supremo – hoy se diría como el más importante límite formal al ejercicio de la potestad punitiva (Velásquez, 2009, p. 171) – el de legalidad, pues para él es la ley penal la que debe definir, sin margen de incertidumbre alguna, tanto los delitos como las penas, para evitar el arbitrio judicial entonces en boga; así se desprende de las siguientes palabras suyas:

(...) sin leyes escritas no tomará jamás una sociedad forma fija de gobierno, en donde la fuerza sea un efecto del todo y no de las partes, y en donde las leyes, inalterables sin la general voluntad, no se corrompan pasando por el tropel de los intereses particulares; [es más,

⁶ Ya en el Prólogo lo destaca: “Algunos restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador, recopiladas por orden de un príncipe que hace doce siglos reinaba en Constantinopla, mixturadas después con ritos longobardos, y envueltas en farragosos volúmenes de privados y oscuros intérpretes, forman aquella tradición de opiniones que en gran parte de Europa tiene todavía el nombre de leyes (...)” (Beccaria, 2002, p. 25).

dirá que] donde las leyes son claras y precisas el oficio del juez no consiste más que en asegurar un hecho (Beccaria, 2002, pp. 38, 55, 89)⁷.

4.3. El principio de dignidad de la persona humana

Pero al lado del apotegma de legalidad, defiende a capa y espada este postulado –hoy el supremo límite material al ejercicio de la potestad punitiva (Velásquez, 2009, pp. 92-93)– que se pasea a lo largo y ancho del texto como se infiere, entre muchas otras, de las siguientes previsiones:

En primer lugar, rechaza la pena de muerte. Es este uno de los postulados por los que abogó C. Beccaria, que considera la pena capital como injusta, innecesaria e ineficaz, máxime si se imponía de forma amplísima y hasta para infracciones de muy poca gravedad (González, 2011, p. 138); en efecto:

No es, pues, la pena de muerte derecho, cuando tengo demostrado que no puede serlo, es sólo una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser. Pero si demostrase que la pena de muerte no es útil ni es necesaria, habré vencido la causa en favor de la humanidad (Beccaria, 2002, p. 82).

No obstante, dice, cuando no opere un tranquilo reinado de las leyes, se justifica en dos eventos extremos:

Por sólo dos motivos puede creerse necesaria la muerte de un ciudadano. El primero, cuando aún privado de libertad, tenga tales relaciones y tal poder que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida. Entonces será su muerte necesaria, cuando la nación recupera o pierde la libertad o, en el tiempo de la anarquía, cuando los mismos desórdenes tienen lugar de leyes (Beccaria, 2002, p. 82).

En segundo lugar, aboga por la supresión de la tortura. A este tema dedica el capítulo 16 del opúsculo intitulado ‘Del tormento’ (Beccaria, 2002, pp. 58-64). Y, en tercer lugar, condena la atrocidad de las penas. Es muy explícito cuando dice:

(...) aun cuando se probase que la atrocidad de las penas fuese, si no inmediatamente opuesta al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, a lo menos inútil, también en este caso sería no sólo contraria a aquellas virtudes benéficas que son efecto de una razón iluminada que prefiere mandar a hombres felices más que a una tropa de esclavos, en la cual se haga una perpetua circulación de temerosa crueldad, sino que lo sería a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social (Beccaria, 2002, p. 35).

Además, en el capítulo 27, que se denomina como ‘Dulzura de las penas’ (2002, pp. 79-81), asevera lo siguiente:

⁷ Incluso, amplía: “Un error no menos común que contrario al fin social, que es la opinión de la propia seguridad, nace de dejar al arbitrio del magistrado, ejecutor de las leyes, el encarcelar a un ciudadano, quitar la libertad a un enemigo con pretextos frívolos y el dejar sin castigo a un amigo con desprecio de los indicios más fuertes que le descubren reo. La prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito, pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que sólo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena”.

La misma atrocidad de la pena hace se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla cuanto mayor es el mal contra quien se combate; hace que se cometan muchos delitos, para huir la pena de uno solo. Los países y tiempos de los más atroces castigos fueron siempre los de más sanguinarias e inhumanas acciones; porque el mismo espíritu de ferocidad que guiaba la mano del legislador regía la del parricida y del matador. Sentado en el trono dictaba leyes de hierro para almas atroces de esclavos, que obedecían. En la oscuridad privada estimulaba a sacrificar tiranos para crear otros de nuevo (Beccaria, 2002, p. 79).

Reivindica, pues, la humanidad de las penas; algo que no es de extrañar para quien tuvo una rígida formación eclesiástica por parte de los jesuitas:

A medida que se moderen las penas, que se quiten de las cárceles la suciedad y el hambre, que la compasión y la humanidad penetren las puertas de hierro y manden a los inexorables y endurecidos ministros de la justicia, podrán las leyes para encarcelar contentarse con indicios menores (Beccaria, 2002, p. 90).

4.4. La dañisidad social como criterio para medir la gravedad del delito

Es este, sin duda, uno de los bastiones ideológicos que impulsa al Marqués de Beccaria a escribir su hermoso texto; por eso, entiende que solo el daño social producido por la infracción criminosa puede servir como criterio para medir la entidad de esta, por lo cual deben descartarse el carácter pecaminoso del acto y el rango o la calidad del ofendido como criterios mensuradores:

(...) la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por esto han errado los que creyeron que lo era la intención del que los comete; [y agrega] Hemos visto que el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos (Beccaria, 2002, pp. 42-43).

4.5. La igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal

Otra de sus prédicas fue aquella según la cual todos los habitantes, sin distinciones de ninguna índole, sean nobles, burgueses o plebeyos, son iguales ante la ley y deben estar sometidos a las mismas penas, pues lo propio de esta época era la desigualdad de las personas según su condición social (González, 2011, p. 140); muy dicente es el siguiente párrafo:

El soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación, y otra por el acusado, que la niega; [y adiciona] Toda distinción, sea en los honores, sea en las riquezas, para que se tenga por legítima, supone una anterior igualdad fundada sobre las leyes que consideran todos los súbditos como igualmente dependientes de ellas (Beccaria, 2002, pp. 34,70).

4.6. La proporcionalidad entre el delito y la pena

De esta manera la gravedad de la sanción dependerá de la entidad del hecho punible cometido por el agente; así mismo, dice que la pena no debe guiarse por su crueldad sino por su eficacia, pues más que el castigo del delincuente se debe perseguir la prevención de futuros delitos. Ilustrativas al respecto son las siguientes citas:

No sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan en la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas (Beccaria, 2002, p. 39).

Es más, señala: “Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo” (2002, p. 51). Incluso, al demostrar que era un buen conocedor de disciplinas como la geometría que aquí le sirven como punto de partida para su reflexión, indica:

Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último. Y 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, o de malicia, de todas las naciones (2002, pp. 40-41).

4.7. El principio de necesidad de intervención

Por supuesto, con los anteriores puntos de partida, ya desde el capítulo segundo, el gran pensador acuña este apotegma⁸ que hoy hace parte del principio de proporcionalidad en un sentido amplio (Velásquez, 2004, p. 363-391; Velásquez, 2009, p. 115) porque ella se mide en función de su necesidad⁹. Por ello, no es de extrañar esta afirmación en boca del famoso Marqués (2002):

Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico”; [y añade] Todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza (p. 32-33).

Estas aseveraciones se complementan con la siguiente:

En general el peso de la pena y la consecuencia de un delito debe ser la más eficaz para los otros, y la menos dura que fuere posible para quien la sufre; porque no puede llamarse sociedad legítima aquella en donde no sea principio infalible que los hombres han querido sujetarse a los menores males posible (Beccaria, 2002, pp. 67-68).

⁸ Autores como Llobet, 2005, p. 170, sin embargo, sólo ven plasmado aquí el principio de intervención mínima como expresión del de necesidad.

⁹ Hoy, diría Ferrajoli, 1995, p. 465, este aforismo se puede entender expresado en el brocardo latino *nulla lex poenalis sine necessitate*, por lo cual se descompone en dos postulados: de un lado, el *principio de la pena mínima necesaria: nulla poena sine necessitate*; y, del otro, el de *la máxima economía en la configuración de los delitos: nullum crimen sine necessitate*, con lo que se mira el apotegma tanto desde la perspectiva de las figuras punibles como desde el punto de vista de las consecuencias aplicables a las mismas.

4.8. El principio de la teleología de las sanciones penales¹⁰

Acorde con lo ya dicho, el autor diseña con claridad cuál o cuáles son los fines que se le deben asignar a las penas y, por ende, al derecho Penal. Bien expresiva es la siguiente reflexión – extractada del capítulo 12 que lleva por título ‘El fin de las penas’ –:

(...) es evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un cuerpo político, que bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los débiles tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales (Beccaria, 2002, p. 51).

Es más, advierte:

(...) no se puede llamar precisamente justa (vale tanto como decir necesaria) la pena de un delito, cuando la ley no ha procurado con diligencia el mejor medio posible de evitarlo en las circunstancias existentes de una nación¹¹. [Y agrega] (...) el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación, objeto muy vasto, y que excede los límites que me he señalado; objeto (me atrevo a decirlo) que tiene vínculos demasiado estrechos con la naturaleza del gobierno para permitir que sea un campo estéril, y solamente cultivado por un corto número de sabios (2002, pp. 98, 120).

En fin, todo su pensamiento sobre los fines de la pena y del Derecho Penal, están consignados en la ‘conclusión’ que aparece en el capítulo 47 al culminar el libro:

De cuanto hasta aquí se ha dicho puede sacarse un teorema general muy útil, pero poco conforme al uso, legislador ordinario de las naciones, esto es: para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes (Beccaria, 2002, p. 123).

4.9. La prontitud de las penas

En efecto, en el capítulo 19 que se intitula así, expresa:

Tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere y más vecina al delito cometido. Digo más justa porque evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre que crecen con el vigor de la imaginación y con el principio de la propia flaqueza; más justa

¹⁰ La denominación, en Velásquez, 2009, t. I, p. 132.

¹¹ Incluso, expresa: “Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida” (Beccaria, 2002, p. 115); es más, como muestra de sus preocupaciones por la prevención señala: “¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos. Haced que los hombres las teman, y no teman más que a ellas. El temor de las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y fecundo de delitos”.

porque siendo una especie de pena la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga (Beccaria, 2002, p. 67-68)¹².

4.10. El derecho penal de acto

Por supuesto, el autor en estudio es defensor a ultranza de un derecho penal de acto, máxime que se cuida de separar – con toda claridad – los linderos entre pecado y delito, entre Derecho y Moral¹³; suyas son aseveraciones como las siguientes:

Cualquiera acción no comprendida entre los límites señalados no puede ser llamada delito, o castigada como tal, sino por aquellos que encuentran su interés en darle este nombre. La incertidumbre de estos límites ha producido en las naciones una moral que contradice a la legislación, muchas actuales legislaciones que se excluyen recíprocamente, una multitud de leyes que exponen el hombre de bien a las penas más rigurosas; ha hecho vagos y fluctuantes los nombres de *vicio* y de *virtud*, y ha hecho nacer la incertidumbre de la propia existencia, que produce el letargo y el sueño fatal en los cuerpos políticos (Beccaria, 2002, p. 41).

Al reivindicar ese postulado vuelve a decir:

La opinión que cualquiera de éstos debe tener de poder hacer todo aquello que no es contrario a las leyes, sin temer otro inconveniente que el que puede nacer de la acción misma, debería ser el dogma político creído de los pueblos, y predicado por los magistrados con la incorrupta observancia de las leyes. Dogma sagrado, sin el cual no puede haber legítima sociedad; recompensa justa de la acción universal que sacrificaron los hombres, y que siendo común sobre todas las cosas a cualquiera ser sensible, se limita sólo por las fuerzas propias (Beccaria, 2002, p. 45).

De ahí que reclame una menor punición para las conductas tentadas¹⁴ y para las acciones del cómplice¹⁵ aunque, de paso, critica la figura de la delación (Beccaria, 2002, pp. 110-111).

¹² Y luego, indica: “He dicho que la prontitud de la pena es más útil porque cuanto es menor la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de estas dos ideas: delito y pena; de tal modo, que se consideran el uno como causa, y la otra como efecto consiguiente y necesario. Está demostrado que la unión de las ideas es el cimiento sobre que se forma toda la fábrica del entendimiento humano, sin la cual el placer y el dolor serían impulsos limitados y de ningún efecto”.

¹³ Por ello, rechaza que la graduación del delito se haga con base en la graduación del pecado. Confróntese Beccaria, 2002, p. 42-43. Con razón, dice González, apoyado en Venturi, que él “había cortado con un golpe limpio el nudo que durante siglos se había formado uniendo con mil hilos delito y pecado” (2011, p. 166).

¹⁴ Confróntese Beccaria, 2002, p. 108: “Aunque las leyes no castiguen la intención no por eso decimos que un delito cuando empieza por alguna acción que manifiesta la voluntad de cometerlo no merezca algún castigo, pero siempre menor a la misma comisión de él”.

¹⁵ Confróntese Beccaria, 2002, p. 109: “Cuando muchos hombres se unen para una acción arriesgada, a proporción de su tamaño procuran que sea igual para todos; luego será más dificultoso encontrar quien se conforme con ser el ejecutor, corriendo mayor riesgo que los demás cómplices. La única excepción sería en el caso que al ejecutor se le señalase un premio. Teniendo entonces una recompensa mayor por el mayor riesgo, la pena debería ser proporcionada”.

4.11. Un derecho penal de culpabilidad

Al reclamar la presunción de inocencia, también aboga por el principio de culpabilidad:

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. ¿Qué derecho sino el de la fuerza será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto; si cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados (Beccaria, 2002, p. 58).

4.12. La prohibición de la interpretación judicial

En un momento histórico en el cual las leyes – recuérdese: formadas básicamente por una colección de *Constitutiones* promulgada por Carlos V, los Estatutos medievales y el *Corpus iuris*, de Justiniano que se remontaba a cerca de mil doscientos años (González, 2011, p. 139) – habían sido sustituidas por las opiniones para generar la más absoluta inseguridad y falta de certeza, al juez [que se había tornado en legislador (González, 2011, p. 140)] le debía estar vedado desentrañar el sentido de la ley que se suponía clara, sencilla y fácilmente comprensible; con ello se buscaba evitar la arbitrariedad propia del régimen absolutista y garantizar la seguridad jurídica, para lo que el fenómeno en examen como labor de mera subsunción prestaba un valioso concurso. Suyas son las siguientes palabras contenidas en el capítulo cuarto intitulado como ‘Interpretación de las leyes’: “(...) tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son los legisladores” (Beccaria, 2002, p. 35). Sin duda, pues, se trata de una postura – común a todo el pensamiento ilustrado (De Secondat, 1971, pp. 126-127) – que hoy puede ser calificada con Ferrajoli como una ingenuidad filosófica viciada de realismo metafísico (Ferrajoli, 19 pp. 46, 75-76).

4.13. La publicidad de la justicia penal

Enfrente a la tortura y a los procesos secretos, propios del sistema inquisitivo de juzgamiento, propone la publicidad de los juicios y de las pruebas – por ello clama por un modelo acusatorio –, como se desprende de las siguientes precisas aseveraciones:

(...) para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos; dictamen que inspira esfuerzo y que equivale a un tributo para un soberano que entiende sus verdaderos intereses. No añadiré otros requisitos y cautelas que pidan semejante (Beccaria, 2002, pp. 55-57).

Incluso, al recordar al autor del ‘Espíritu de las Leyes’, indica:

Es opinión del señor Montesquieu que las acusaciones públicas son más conformes al gobierno republicano, donde el bien público debe formar el primer cuidado de los ciudadanos, que al monárquico, donde este sentimiento es debilísimo por su misma naturaleza, y donde es un excelente establecimiento destinar comisarios que en nombre público acusen los infractores de las leyes; [y agrega] No vale la confesión dictada durante la tortura si no se

confirma con juramento después de haber cesado ésta, este abuso no se debería tolerar en el siglo XVIII (Beccaria, 2002, pp. 57, 62).

4.14. El debido proceso

En un momento histórico en el cual el proceso era inquisitivo, secreto, construido a partir del sistema de las pruebas legales – que tenía a la confesión como la prueba reina obtenida, casi siempre, mediante a tortura – y sin las más mínimas condiciones para ejercer la defensa del acusado que, además, debía prestar juramento, no debe extrañar que Beccaria reclamase como uno de los pilares de su construcción el principio del debido proceso (González, 2011, pp. 139, 168). Al respecto señala:

Conocidas las pruebas y calculada la certidumbre del delito, es necesario conceder al reo el tiempo y medios oportunos para justificarse...Mas las leyes deben fijar un cierto espacio de tiempo tanto para la defensa del reo cuanto para las pruebas de los delitos y el juez vendría a ser legislador si estuviere a su arbitrio determinar el tiempo necesario para probar un delito (2002, p. 92).

4.15. El principio del Juez Natural

Así mismo, y el reclamo es repetido, aboga por este apotegma; véase la significativa transcripción ya hecha más arriba al hablar de la separación de poderes, en cuya virtud afirma que “Utilísima ley es la que ordena que cada hombre sea juzgado por sus iguales” (Beccaria, 2002, p. 55).

4.16. La presunción de inocencia

A la par de todos los postulados anteriores, tampoco podía faltar este en un momento en el cual la arbitrariedad y el atropello, que el texto denuncia, campeaban por doquier; por eso el autor empieza por advertir:

Cada ciudadano debe saber cuándo es reo y cuándo es inocente. [Incluso, dice,] (...) para que un hombre se halle en la precisión de probar su inocencia debe antes ser declarado reo. [Además] Cuando en un ciudadano acusado de un atroz delito no concurre la certidumbre, pero sí gran probabilidad de haberlo cometido, parece debería decretarse contra él la pena de destierro; mas para determinarlo así es necesario un estatuto, el menos arbitrario y el más preciso que sea posible, el cual condene a esta pena la persona del que ha puesto a la nación en la fatal alternativa de temerlo o de ofenderlo; *pero siempre reservándole el sagrado derecho de probar su inocencia* (Beccaria, 2002, pp. 50, 65, 74-75, 94)¹⁶.

¹⁶ El reclamo es todavía más contundente, cuando escribe: “Adviértase que un acusado, de quien no conste ni la inocencia ni la culpa aunque se haya librado por falta de pruebas, se le debe volver de nuevo a la prisión y sujetar a nuevos exámenes si aparecieren nuevos indicios señalados por la ley, hasta tanto que haya pasado el tiempo determinado a la prescripción de su delito. Tal es a lo menos el medio que me parece oportuno para defender la seguridad y la libertad de los súbditos, siendo muy fácil que la una no sea favorecida a expensas de la otra, de manera que estos dos bienes de que se compone el patrimonio, igual e inseparable de todo ciudadano, no sean protegidos y guardados el uno por el despotismo manifiesto o disfrazado, y el otro por la turbulenta y popular anarquía”.

4.17. No a la prisión por deudas

Para entonces esta práctica se encontraba generalizada y las injusticias pululaban (Beccaria, 2002, pp. 103-106); con ello, como es obvio, aboga por una concepción liberal del derecho penal que sólo puede tener como norte de su actividad la dañosidad social y hoy, se diría, la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos.

Por supuesto, a modo de síntesis de todo lo dicho en este acápite, se puede afirmar que se conjunto de postulados conforman lo que Ferrajoli denomina un 'derecho penal mínimo' y garantista, esto es, un agregado de principios llamados a controlar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado de tal manera que mediante ellos el Derecho penal pueda prevenir tanto los delitos como las penas informales (los dos fines que él le asigna al Derecho punitivo)¹⁷.

5. El impacto de las ideas de Beccaria y el momento presente

5.1. El influjo de sus ideas

Para poder entender el alcance actual de las enseñanzas de este gran pensador, es necesario tener presente – como dice Llobet Rodríguez – que no se trata simplemente de trasplantar hoy su pensamiento sino, más bien, “de tomar la dirección hacia dónde iba el mismo, o sea la restricción del poder punitivo del Estado con base en postulados humanistas, en última instancia derivados del principio de dignidad de la persona humana” (2011, p. 328).

La concepción sobre el Derecho de Castigar – propia del ideario liberal clásico que apadrina el autor – fue acogida por todos los teóricos de la época y todos los postulados propalados por él se incorporaron en las primeras cartas constitucionales, como se infiere de la Declaración de los revolucionarios de 1789, la Declaración de Virginia de 1776 y las Constituciones francesas de 1793 y 1795; por supuesto, se vertió en los Códigos penales franceses de 1791 y 1810 de los cuales han bebido los estatutos penales modernos y las constituciones de los nacientes estados hasta llegar a la época contemporánea (González, 2011, p. 202).

Además, esos axiomas se desprenden de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diez de diciembre de 1948, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966; de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Incluso, debe decirse que la importancia de estos apotegmas es tal que algunos de ellos aparecen en las llamadas Reglas de Tokio, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el catorce de diciembre de 1990 (Llobet, 2011, p. 171).

Es más, para no ir muy lejos, recuérdese que el legislador colombiano – con toda claridad ya desde el C. P. de 1980 – destina un título preliminar de los códigos penal y de

¹⁷ Confróntese Ferrajoli, 1986. p. 35; Ferrajoli, 1995, pp. 10, 103, 331, quien advierte que él “tiene sus antecedentes en Pufendorf, en Thomasius y en muchos aspectos hasta en Hobbes, y su máxima expresión en los ilustrados del XVIII y en la escuela clásica italiana del pasado siglo” (p. 213). También, en 1987, habló Baratta, 2004. pp. 299-333, de un “derecho penal mínimo”.

procedimiento penal para incluir las ‘normas’ o los ‘principios’ rectores de la toda la actividad punitiva, que han sido objeto de elaboradas construcciones doctrinarias (Velásquez, 2014, p. 29; Velásquez, t. I, 2009, p. 81) y que, se repite, permiten confeccionar un verdadero derecho penal mínimo, de garantías, como lo quiere el ya citado iusfilósofo Luigi Ferrajoli. En fin, debe decirse que a pesar del influjo del pensamiento beccariano, es verdad que este legado – que no puede resolver los fenómenos y conflictos propios del actual Estado de Derecho Social y Democrático¹⁸ – todavía es incómodo para ciertos detentadores de poder y para quienes profesan ideas autoritarias¹⁹.

5.2. El momento presente

Sin duda, el momento político, económico, cultural y jurídico que vive hoy el planeta obliga a replantear el derecho penal y, por consiguiente, el derecho de castigar, máxime que él se enmarca dentro de una sociedad de riesgo que –de forma acelerada– se hunde cada vez más en una creciente globalización o internacionalización (Beck, 1998, p. 223; Velásquez, 2004, pp. 185-208; Ferrajoli, 2011, p. 352; Garland, 2005, pp. 9, 31, 179). Atrás, pues, han quedado los tiempos del Estado de Bienestar que se asomó floreciente en las sociedades capitalistas más avanzadas –que no en Latinoamérica, ahogada en el caos y la miseria– para dar paso a un Estado que arrasa con la dignidad de la persona humana columna vertebral del pensamiento ilustrado, pues como señala Anitua, “de la misma forma que la guerra al terrorismo justifica que el estado sea terrorista, la guerra al delito permite que el estado sea criminal. No se respetan las leyes de la guerra (Guantánamo) y no se respeta el derecho penal” (2004, p. 12).

Como se sabe, las notas centrales de ese nuevo patrón social son las siguientes: a) hay un aumento notable de los riesgos generados en el nivel más avanzado del desarrollo; b) existen situaciones sociales de peligro con la consiguiente inseguridad de los miembros del colectivo social; c) la expansión de los riesgos no rompe en absoluto con la lógica del desarrollo capitalista y lo eleva a nuevos niveles; d) el saber adquiere un nuevo significado político; e); se configura una sociedad de la catástrofe, en el que la excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad; f) hay presencia de grandes dificultades para fijar un sistema de responsabilidad organizada (Beck, 2006, p. 33).

Pero con el creciente auge de la globalización se genera lo que, de forma magistral, describe Beck (2003):

(...) se ha producido un especie de toma de los centros materiales vitales de las sociedades modernas que tienen Estados nacionales, y ello *sin* revolución, *sin* cambio de leyes ni de Constitución, es decir, mediante el desenvolvimiento simple y normal de la vida cotidiana o, como suele decirse, con el business as usual (...) todo esto sin que medien suplicatorios ni deliberaciones parlamentarias, decretos gubernamentales, cambios de leyes ni, siquiera, un simple debate público (pp. 19-20).

¹⁸ Como dice Gracia, s.f., p. 16 “Los nuevos fenómenos y conflictos provocados por la evolución social no pueden ser afrontados ni resueltos por el Estado liberal, y además han propiciado el brote de condiciones con potencial para una realización efectiva de la libertad, la igualdad y la justicia substanciales –que aquel sólo reconoció de modo formal o nominal– que sólo puede llevar a cabo un nuevo Estado de carácter *social y democrático*”.

¹⁹ Bien señala Zaffaroni, 1989: “Para los enemigos del Derecho Penal de Garantías, es decir, para los posteriores pensadores del control social del industrialismo, Beccaria se torna un personaje molesto, tanto como toda la corriente racionalista, puesto que su objetivo es desembarazarse de los límites reclamados por estos” (p. 524).

El asunto es tan dramático que esta lúcida mente no duda en afirmar: “(...) estamos asistiendo a la difusión de un capitalismo globalmente desorganizado, donde no existe ningún poder hegemónico ni ningún régimen internacional, ya de tipo económico ya político” (2003, p. 38); en fin, ante los ojos de todos –para volver a recordar al gran sociólogo alemán– se ha abierto la jaula de la modernidad.

Como es natural, cuando Beccaria publica en 1764 su obra no era previsible que el planeta diese un vuelco tan radical como el actual²⁰ y, en medio del furor contractualista, tampoco era imaginable que esa concepción se quedara para siempre en el papel; por eso, el Derecho penal y el derecho de castigar, no pueden ser concebidos de la misma manera que entonces. Es más, si algo está claro es que el actual Derecho penal no ha podido reaccionar ante los nuevos retos que demandan su intervención no sólo para controlar el aumento inusitado de los riesgos (tanto los naturales como los producidos por el propio hombre) que son fruto de los impresionantes avances tecnológicos de la época contemporánea (por ejemplo, la protección penal del crédito, del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico); sino también para ejercer un control eficaz de los crímenes más horrendos cuya escalada es evidente, en especial los brotes de terrorismo global (Gómez, 2010, p. 9), estos últimos caracterizados – según dice Habermas – por su falta de metas realistas y por la utilización cínica de la vulnerabilidad a la que están expuestos los sistemas complejos (Borradori, 2003, p. 65)²¹.

Por eso, más allá de un derecho represivo garantista, mínimo, al que nunca se podrá renunciar, las corrientes autoritarias ingieren en dos frentes: de un lado, se estudian el riesgo y sus consecuencias mediante las herramientas propias de un derecho penal en expansión que no respeta ninguna frontera ni principio ilustrado e invade las órbitas propias del derecho administrativo sancionador, o protege diversas situaciones económicas, acude a tipos penales de peligro abstracto o concreto, etc.; esto es, se erige un *derecho penal del riesgo*. De otro lado, se hacen esfuerzos para dotar al derecho penal de herramientas que permitan neutralizar las más graves formas de criminalidad, a cuyo efecto se cercenan las más elementales garantías²² de la mano de un derecho penal que ahora –gracias a los planteos rescatados por teóricos como Jakobs y sus secuaces– se incardinan dentro del llamado *derecho penal del*

²⁰ Los entendidos hablan de la ‘era de las rupturas’, en la que se observan cuatro revoluciones distintas: la industrial (la tercera de ellas), la social, la tecnológica y la cultural. Confróntese Cohen, 2007. p. 23.

²¹ Por ello, el Profesor Ferrajoli —en el volumen segundo de su obra ‘Principia Iuris’, dedicado a la ‘Teoría de la Democracia’, en especial en los capítulos XV y XVI, donde se ocupa de los contenidos de la democracia y de los niveles de la misma, a la luz de su planteo minimalista—, afirma que en las democracias avanzadas —y su diagnóstico también es válido en países como los nuestros— la crisis del Derecho penal consiste en el quiebre de las dos funciones garantistas que le aportan legitimación: la de la prevención de los delitos y la de la prevención de las penas arbitrarias (2011, p. 352).

²² Para la muestra un par de botones: en el Proyecto de reforma al C. P. español se introdujo la cadena perpetua con el eufemístico nombre de “*pena de prisión permanente revisable*” (contra ello, al demostrar la inconstitucionalidad de esta sanción, Ríos, 2013. p. 19) que, finalmente quedó plasmada en el nuevo texto en vigor desde el 30 de junio de 2015 (ley Orgánica 1 de 30 de marzo de 2015); y, en Colombia, en medio de la inflación legislativa, los yerros de técnica legislativa y el populismo punitivo, existen penas privativas de la libertad hasta de 90 años para el tráfico de menores y de hasta 118.1 años para el lavado de activos. Esto último para no hablar de las cacerías de brujas judiciales y de los ya cotidianos pisoteos a los principios de legalidad, dignidad de la persona humana, del acto, culpabilidad, etc.

enemigo ubicado al lado del “derecho penal del ciudadano” (Cfr. Burkhardt, 2000, pp. 53-54; Jakobs, 1997, pp. 322-323; Jakobs, 2000, pp. 33-34; Jakobs, s.f.; Jakobs y Cancio, 2003, p. 21).

Esta última postura, de forma preocupante, se tiende a generalizar en el contexto del actual derecho internacional penal regido por un neopunitivismo desenfrenado, al punto de que se habla con toda precisión de un “derecho penal contrailustrado” (Pastor, 2009. p. 111, 240; Velásquez, 2012. p. 375-395); a ello se suma la lucha contra el terrorismo transnacional que lideran las potencias encabezadas por los Estados Unidos, que no reconoce ningún derecho ni fronteras (Cfr. Vervaele, 2007, p. 11)²³.

Así las cosas, para poner punto final en este escrito, todo indica que como dice Juan Antonio Delval (2002) –al hacer una valoración del libro beccariano de cara al presente–:

En este sentido no es la de este libro una lección superada ni que pueda oírse con la conciencia tranquila y satisfecha. Aparentemente hay un abismo que separa la justicia de nuestros días de la que se administraba en los procesos del siglo XVIII, cuya lectura nos llena de horror. Pero a poco que meditamos vemos que las diferencias son más bien formales y cuantitativas que reales y cualitativas (...) Todo esto debe recordarnos que falta mucho camino por recorrer hasta que las libertades formales lleguen a convertirse en reales, no para unos pocos, sino para todos los hombres (...) (pp. 16-17).

Referencias

- AGUDELO, N. (1989). La revolución francesa y los fundamentos del Derecho Penal moderno: Beccaria y la Ilustración. *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 41(ene-dic), 383-417. Caracas. Recuperado de: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/41/UCAB_1989_41_417-383.pdf
- , (2000). La actualidad del pensamiento de Beccaria. En *Cesare Beccaria. De los delitos y de las penas* (4ª ed.) (XI-XLIV). Bogotá: Editorial Temis.
- , (2014). La actualidad del pensamiento de Beccaria. En *Cesare Beccaria. De los delitos y de las penas Edición 250 años* (4ª ed.) (17-57). Medellín: Ediciones Nuevo Foro Penal.
- ANITUA, G. (2004). Seguridad insegura. El concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 47, 293-315. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- ARROYO, L., Neumann, U. & Nieto A. (2003). *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- AA. VV. (2005). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares.
- BARATTA, A. (2004). Principios de Derecho Penal mínimo. En A. Baratta, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)* (pp. 299-333). Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F. p. 299-333.
- BECCARIA, C. (1797). *Traité des Délits et des Peines, par Beccaria*. (Trad. André Morellet). Paris: Journal de Economie Publique, de Morale et de Politique.
- , (1822). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Imprenta de Albán.
- , (1973). *Dei delitti e delle pene*. Milano: Giuffré.
- , (1979). *De los delitos y de las penas. Traducción, introducción y notas de Francisco Tomás y Valiente*. Madrid: Aguilar.
- , (2000). *De los delitos y de las penas. Estudio preliminar de Nodier Agudelo Betancur* (4ª ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- , (2002). *De los delitos y de las penas*. 2ª reimpresión, (Trad. J. de las Casas, Introducción, apéndice y notas de J. Delval). Madrid: Alianza Editorial.

²³ Ambas concepciones, por supuesto, conducen a un verdadero “discurso de guerra permanente”. Confróntese Anitua, 2004, p. 1.

- , (2003). *Tratado de los delitos y de las penas*. Presentación de Francisco Tomás y Valiente. Madrid: Ministerio de Justicia/Ministerio de Cultura.
- , (2014). *De los delitos y de las penas. Edición 250 años. Estudio preliminar y notas Nodier Agudelo Betancur*. Medellín: Ediciones Nuevo Foro.
- , (1964). *Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria. Facsimile dell' edizione originale pubblicata anonima in livorno nel 1764*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese.
- BECK, U. (2006). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. (Trad. J. Navarro; D. Jiménez; M. Borrás). Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.
- , (2008). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. (Trad. B. Moreno; M. Borrás). Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.
- BORRADORI, G. (2003). *La filosofía en una época de terror: diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*. (Trad. J. Botero; L. Hoyos). Madrid: Taurus.
- BUSTOS, J. (1989). *Manual de derecho penal, Parte general* (3ª ed.). Barcelona: Ariel.
- BUSTOS, J., HORMAZÁBAL, H. (2006). *Lecciones de derecho penal, Parte general*. Madrid: Trotta.
- CEREZO, J. & Serrano, A. (2001). *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho.
- COHEN, D. (2006). *Tres lecciones sobre la sociedad postindustrial* (Trad. V. Goldstein). Madrid: Katz Editores.
- COSTA, F. (1953). *El delito y la pena en la historia de la Filosofía. Traducción, prólogo y notas de Mariano Ruiz Funes*. México: UTEHA.
- DE SECONDAT, Charles de (Barón de la Bréde y de Montesquieu). (1971). *Del espíritu de las leyes*. (Trad. N. Estévez). Buenos Aires: Editorial Claridad.
- DÍEZ, J. (2003). *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid, Trotta.
- ESER, A.; Hassemmer, W. & Burkhardt, B. (2000). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. München: C. H. Beck.
- ESER, A.; HASSEMER, W. & BURKHARDT, B. (2004). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho* (Trad. P. Ibáñez et al). Madrid: Trotta.
- , *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* (Trad. P. Ibáñez et al. Madrid). Trotta.
- , (1986). *El derecho penal mínimo*. (Trad. R. Bergalli). Poder y Control, (0), 25-48. Barcelona: PPU.
- , (1995). *Derecho y razón* (Trad. P. Ibáñez y colaboradores). Madrid: Trotta.
- FOUCAULT, M. (1999). *Estética, ética y hermenéutica* (Introducción, traducción y edición Á. Gabilondo). Barcelona: Paidós.
- GARLAND, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (Trad. M. Sozzo). Barcelona: Gedisa Editorial.
- GARCÍA-PABLOS, A. (2006). *Introducción al Derecho penal* (4ª ed.). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- GÓMEZ, J. L. (2010). Dogmática penal y proceso penal, algunas disfuncionalidades relevantes de la actualidad. *Cuadernos de Derecho Penal*, (3), 9-36. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- GONZÁLEZ, L. (2011). La más alta preocupación del príncipe. Una introducción a Dei delitti e delle pene. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXI, 129-206. Santiago de Compostela.
- GRACIA, L. (s.f.). *El Derecho Penal moderno del Estado social y democrático de Derecho*. Recuperado de <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/?q=lecturas>
- JAKOBS, G. (1997). *Estudios de Derecho penal*. (Trad. y estudio preliminar E. Peñaranda, C. Suárez y M. Cancio). Madrid: Civitas.
- , (2000). *La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente* (Trad. T. Manso). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- JAKOBS, G., Cancio, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
- HASSEMER, W. (2003). *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- LOCKE, J. (1983). *Ensayo sobre el gobierno civil* (Trad. A. Lázaro Ros e introducción de L. Aranda). Barcelona: Ediciones Orbis S. A.
- , (2001). *Carta sobre la tolerancia. Ensayo sobre la tolerancia. Esbozo del ensayo sobre la tolerancia* (Trad. R. de Villafrechós e introducción de L. Montes). Madrid: Mestas Ediciones.

- LLOBET, J. (2005). *Cesare Beccaria y el Derecho Penal de hoy* (2ª ed.). San José: Editorial Jurídica Continental.
- , (2011). *Cesare Beccaria y el Derecho Penal de hoy. Garantías y sistema penal*. Saarbrücken: Editorial Académica Española.
- , (2013). La actualidad del pensamiento de Beccaria (a propósito del homenaje a Nodier Agudelo Betancur). En F. Velásquez *et al. Derecho Penal y Crítica al poder punitivo del Estado. Libro homenaje al Profesor Nodier Agudelo Betancur*, Vol. I (pp. 255-270). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez; Universidad de los Andes.
- MATUS, J. (Dir.). (2011). *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios*. Montevideo/Buenos Aires: B de F.
- MIR PUIG, S. (1976). *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- MUÑOZ, F. (2004). El nuevo Derecho penal autoritario. En F. Muñoz y M. Losano, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo* (pp.161-183). Barcelona: Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ, F. (2005). De nuevo sobre el «Derecho penal de enemigo». En F. Velásquez (Coord.), *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez* (pp.405-431). Bogotá: Temis.
- PASTOR, D. (2009). *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- PISANI, M. (2011). Cesare Beccaria y el index librorum prohibitorum. (Trad. J. de la Cuesta). *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (25), 135-145. San Sebastián.
- POSADA, R. (2009). El Derecho penal en la era de la globalización vs. El Derecho penal de la globalización alternativa. *Cuadernos De Derecho Penal*, (2), 7-36. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- PRIETO, L. (2003). *La Filosofía Penal de la Ilustración*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- RESTA, E. (1995). *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*. (Trad. M. Galmarini). Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.
- RÍOS, J. C. (2013). *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Donostia/San Sebastián: Editorial Gakoa.
- ROUSSEAU, J. (1993). *ROUSSEAU, Jean Jacques. El contrato social*. (Trad., estudio preliminar y adaptación al castellano M. Villaverde). Barcelona: Altaya.
- , (1973). *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Barcelona: Ediciones Península.
- ROXIN, C. (1981). *Iniciación al Derecho Penal de hoy*. (Trad. F. Muñoz y D. Luzón). Sevilla: Ediciones Universidad.
- SABINE, G. (1984). *Historia de la Teoría Política*. (Trad. V. Herrero). México: Fondo de Cultura Económica.
- SILVA, J. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- , (2011). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (3ª ed.). Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- TOUCHARD, J. (1983). *Historia de las ideas políticas* (5ª ed.) (Trad. J. Pradera). Madrid: Tecnos.
- VELÁSQUEZ, F. (2004). El principio de prohibición de exceso en el Código Penal Colombiano. En J. de Figueiredo, A. Serrano, S. Politoff, E. Zaffaroni (Dir.), J. Guzmán (Coord.) & M. Rivacoba. *Homenaje. El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología* (pp. 363-391). Buenos Aires: Hammurabi.
- VELÁSQUEZ, F. (2004). Globalización y Derecho Penal. *El Derecho ante la globalización y el terrorismo* (pp. 185-208). Valencia: Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation-Tirant lo Blanch.
- , (2009). *Derecho penal. Parte general* (4ª ed.). Medellín: Librería Jurídica Comlibros.
- , (2009). *Derecho Penal, Parte General, t. I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- , (2009). Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración. *Cuadernos de Derecho Penal*, (1), 7-34. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- , (2011). El derecho de castigar. En J. P. Matus. *Beccaria. 250 años después. Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios* (pp. 29-44) Montevideo: Julio César Faira.
- , (2012). Justicia internacional penal: presente y futuro. En N. Queloz, M. Niggli & C. Riedo. *Droit pénal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo* (pp. 375-395). Genève – Zurich – Bâle: Schulthess Editions romandes.
- , (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (6ª ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

- VERVAELE, J. (2007). *La legislación antiterrorista en Estados Unidos. ¿Inter arma silent leges?* Buenos Aires: Estudios del Puerto.
- VILLAVERDE, M. (1993). *Estudio preliminar, en Jean Jacques Rousseau. El contrato social*. Barcelona: Altaya.
- ZAFFARONI, E. (1989). La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLII (II), 521-551. Madrid: Ministerio de justicia.
- ZWEIG, S. (2001). *Castellio contra Calvino. Conciencia contra violencia* (1ª ed.) (Trad. B. Vias Mahou). Barcelona: Acantilado.