

BECCARIA Y EL NACIMIENTO DEL GARANTISMO CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ*

RESUMEN

El trabajo versa sobre la influencia de Beccaria y su monografía “De los delitos y de las penas” en el Derecho y la justicia penal.

PALABRAS CLAVE: derecho penal, justicia penal, derechos fundamentales, garantismo.

ABSTRACT

The work deals with the influence of Beccaria and his monograph “On Crimes and Punishments” on law and criminal justice.

KEYWORDS: criminal law, criminal justice, fundamental rights, guarantees.

La publicación por Cesare Beccaria del libro “De los delitos y de las penas” en 1764, es considerada como uno de los hitos jurídicos de más relevancia en la historia del Derecho Penal. Algunos han dicho que Beccaria es el fundador de la ciencia del Derecho Penal. Sin embargo, debe estimarse que en su tiempo ya existía tal ciencia¹. Otros lo han catalogado como el precursor de la Criminología², en vez de la criminología positivista de Lombroso, Ferri y Garofalo, o la escuela cartográfica de

* Catedrático de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal Universidad de Costa Rica.

1 En este sentido: Moreno Castillo, M.A. *Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria en la evolución del aparato punitivo*. En: www.uam.edu.ni/facultades/derecho/juridico/investigacion/escrito.htm.

2 Cf. Zaffaroni. *Criminología. Aproximación desde un margen*. Bogotá, Temis, 1993, p. 99-101. En sentido contrario: Kräupl: *Die Gesellschaft, der Einzelne und das Verbrechen – Beccarias kriminologisches Verständnis*. En: Beccaria. *Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa* (Editor: Deimling). Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 1989, p. 150, quien indica que Beccaria no puede considerarse fundador de la Criminología en vista de la amplia recepción de la ideología de la teoría social (incluida criminológica) de otras cabezas de la Ilustración, así como la solamente puntual, no sistemática, prosaica y teórica concepción de expresiones de carácter criminológico.

Quetelet. No obstante, lo anterior, más bien los aportes de Beccaria deben encontrarse en la Política Criminal³, debido a que promovió una reforma legislativa que introdujera una serie de garantías penales y procesales, que se llegaron posteriormente a incorporar en las constituciones políticas. Por ello es que precisamente se puede hablar de los aportes de Cesare Beccaria al nacimiento del garantismo constitucional en el Derecho Penal y Procesal Penal.

“De los delitos y de las penas” es un pequeño libro, que más que por la originalidad de las ideas, se caracterizó por la fuerza con que Beccaria las defendió, especialmente en lo relativo a la crítica a la tortura y a la pena de muerte. Las principales ideas defendidas del libro eran: a) la crítica a la tortura, b) la crítica a los juicios secretos, c) la defensa del jurado, d) la importancia de la prevención antes que la sanción, e) el principio de legalidad de los delitos y de las penas, f) la diferencia entre delito y pecado, g) la consideración de la dañosidad social al contemplarse los delitos, h) la proporcionalidad de las penas, i) la pena debe ser la menor posible (última ratio y mínima intervención), j) la crítica de la pena de muerte y k) el fin de prevención general de la pena⁴.

El libro debe ser entendido en relación con el Derecho vigente al momento de su publicación, en donde imperaba el sistema inquisitivo, con un quebranto al derecho de defensa y la presunción de inocencia. El aspecto más característico del proceso penal era que la investigación de los delitos descansaba en la práctica de la tortura. Desde la perspectiva del Derecho Penal sustantivo regía la confusión entre delito y pecado, la falta del respeto del principio de legalidad de los delitos, la falta de proporcionalidad de las penas y la amplitud de la aplicación de la pena de muerte⁵. Era el libro que los enciclopedistas franceses habían estado esperando que se escribiera y por ello lo recibieron con gran entusiasmo. Este júbilo con que fue acogido por los enciclopedistas hizo que ejerciera en su momento una influencia notable en la declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, por ejemplo en la regulación del principio de legalidad y la del principio de presunción de inocencia⁶.

3 Cf. Bustos Ramírez, J. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá, Temis, 1994, p. 97. Indica Emiliano Borja que los principios político criminales básicos sobre los que se asienta el moderno Derecho Penal, descansan en la propuesta de Beccaria. Cf. Borja Jiménez, E. *Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2001, p. 233. En el mismo sentido: Zúñiga Rodríguez, L. *Política criminal*. Madrid, Colex, 2001, p. 76.

4 Cf. Llobet Rodríguez, J. *Cesare Beccaria y el Derecho Penal de hoy. Garantías y sistema penal*. Saarbrücken, 2011.

5 Cf. *Ibid*, capítulo I, No. 1.1.

6 Sobre la influencia de Cesare Beccaria sobre la regulación de la presunción de inocencia en la declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789: Köster, R.-J. *Die Rechtsvermutung der Unschuld*. Bonn, tesis doctoral, 1979, p. 88, nota al pie 6; Llobet Rodríguez, J.

En el siglo XIX se llegó a incluir en diversas constituciones una enumeración de garantías ante la justicia penal, ello bajo la influencia de la declaración francesa de derechos del hombre de 1789, lo mismo que de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1776 y las enmiendas a la misma de 1791⁷. Sin embargo, no fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial y los horrores del Holocausto, que los derechos fundamentales tuvieron un nuevo impulso, a partir de la creación de Tribunales constitucionales en Alemania e Italia, que permiten un control no solamente formal del procedimiento de creación de las leyes, sino además un control substancial, que establece límites al legislador, el que no puede dotar del contenido que quiera a las leyes, sino las mismas deben ser conformes al contenido substancial de los derechos fundamentales, por ejemplo deben respetar el principio de legalidad, el de culpabilidad, el de presunción de inocencia, el derecho de defensa, etc.

Relacionado con ello fue también el desarrollo que se dio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸. A la aprobación de esta declaración, siguió luego la de diversas convenciones de derechos humanos.

Como consecuencia de ello, señala Luigi Ferrajoli que se produjo un cambio de paradigma, del que resulta el constitucionalismo, como exigencia no solamente de una legalidad formal, sino de una substancial⁹. Ello corresponde a lo que se ha

Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Freiburg en Brisgovia, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995, p. 71, nota al pie 255.

- 7 Sobre ello: Ferrajoli, L. *Derecho y razón* (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros). Madrid, Trotta, 1995, p. 356. quien dice: “De la Declaración de derechos de 1789 en adelante, todos los textos constitucionales – de la Constitución italiana a las del resto de los países europeos, de los Estados Unidos a las de la Unión Soviética y el resto de los países socialistas, y hasta las Constituciones de los países del tercer mundo- han incorporado de hecho gran parte de los principios de justicia tradicionalmente expresados por las doctrinas del derecho natural”.
- 8 Señala Norberto Bobbio “Nos sentiríamos tentados a describir el proceso de desarrollo que acaba con la Declaración Universal (...) sirviéndonos de las tradicionales categorías del derecho natural y del derecho positivo: los derechos del hombre nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares para hallar luego su plena realización como derechos positivos universales. La Declaración Universal contiene en germen la síntesis de un movimiento dialéctico que comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa a la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales, termina con la universalidad ya no abstracta sino concreta de los derechos positivos universales”. Bobbio, N. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona, Gedisa, 1992, p. 136. Sobre ello véase también: Bobbio, N. *El tercero ausente*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1997, pp. 154-155.
- 9 Ferrajoli, L. *Derechos y garantías*. Madrid, Trotta, 1999, pp. 66-67; Ferrajoli, L. “*Filosofía del mal y garantismo*”. En: Forero, A./Rivera, I./Silveira, H. (Editores). *Filosofía del mal y memoria*. Barcelona, Anthropos, 2012, pp. 99-122.

denominado por Luigi Ferrajoli como el garantismo, que fue desarrollado especialmente como consecuencia de la experiencia negativa vivida en Italia a partir de la legislación de emergencia, aprobada en contra del terrorismo¹⁰. Se reconoce que el legislador tiene límites no solamente formales, sino también sustanciales, en cuanto al contenido de las leyes, ya que éstas deben ser acordes con los derechos fundamentales que tiene toda persona. Igualmente debe el legislador actuar acorde con los derechos establecidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y en otras fuentes de acatamiento obligatorio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹¹.

El garantismo penal de Luigi Ferrajoli pretende retomar el ideal ilustrado y profundizarlo. Los autores más citados en el libro “Derecho y razón” son Beccaria y Carrara. Indica Ferrajoli que los principios en que se basa el garantismo: estricta legalidad, materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre las partes, la presunción de inocencia, son parte de la tradición liberal e ilustrada¹². Agrega que los principios del garantismo tienen su base en buena parte en el pensamiento ilustrado, antes del nacimiento del Estado de Derecho. Cita entre los autores correspondientes a ese pensamiento a Cesare Beccaria¹³. En ese sentido Prieto Sanchís indica que el garantismo es una propuesta de minimización del Derecho Penal a partir de la recuperación de los postulados

10 Cf. Prieto Sanchís, L. *Garantismo y Derecho Penal*. Madrid, Iustel, 2011, p. 68. Sobre la legislación de emergencia: Ferrajoli, L. *Derecho y razón*, pp. 478, 486, 508, 548, 610, 699-703, 709, 711, 713, 722, 727, 737-750, 752.

11 Ello se aplica también a las garantías de carácter social, de modo que, así como ninguna mayoría puede decidir la supresión de un inocente la privación de los derechos fundamentales de un individuo o un grupo minoritario, “(...) tampoco puede dejar de decidir las medidas necesarias para que a un ciudadano le sea, asegurada la subsistencia y la supervivencia”. Ferrajoli, L. *Derecho y razón*, p. 865. Acerca del garantismo: Ferrajoli, L. *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*. Roma, 1990; Ferrajoli, L. “*El Estado Constitucional de Derecho hoy el modelo y su divergencia de la realidad*”. En: Andrés Ibáñez, Perfecto (Editor). *Corrupción y Estado de Derecho*. Madrid, Trotta, 1996 pp. 15-29; Ferrajoli, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Madrid, Trotta, 1999 ; Ferrajoli, L. *Garantismo. Una discusión entre Derecho y Democracia* (Traducción : Andrea Greppi). Madrid, Trotta, 2006; Ferrajoli, L. *Principia iuris*. Madrid, Trotta, 2 Tomos, 2011; Andrés Ibáñez, P. En torno a la jurisdicción. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007; Carbonell, M. (Coordinador). *Neoconstitucionalismo*. Madrid, Trotta, 2005; Carbonell, M./Salazar, P. (Coordinadores). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid, Trotta, 2005; Gianformaggio, L. (Editora). *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá, Temis, 2008; Prieto Sánchez, L. op. cit.

12 Ferrajoli, L. *Derecho y razón*, p. 33. Sobre la pretensión de Ferrajoli de rehabilitar el pensamiento ilustrado: Salas, Minor. *Kritik des strafprozessualen Denkens*. Múnich, Verlag C. H. Beck, 2005, pp. 181-189.

13 Ferrajoli, L. *Derecho y razón*, p. 232.

de la Ilustración jurídica que dieron vida al Derecho Penal liberal¹⁴. Sobre ello dice Jesús María Silva-Sánchez que algunas interpretaciones del Derecho Penal Mínimo, ligado al garantismo penal, no se encuentran muy lejos de las propuestas que, entre otros, realizara Beccaria, hace dos siglos¹⁵.

Un aspecto fundamental del constitucionalismo y del garantismo es el sistema de garantías penales. El principio de dignidad de la persona humana es la base del constitucionalismo y del garantismo, ya que los diversos derechos fundamentales, contemplados en la Constitución Política, lo mismo que los derechos humanos, previstos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tienen su origen en el principio de dignidad de la persona humana¹⁶. Ello lleva a que deba partirse de una concepción heteropoyética del Derecho y del Estado¹⁷, que implica que el Estado y el Derecho existen para proteger a los seres humanos y no tienen un fin en sí mismos. Lo anterior conduce que deban ser rechazadas las concepciones de carácter autopoyético, que por ejemplo imperaron en regímenes como el fascismo y el nacionalsocialismo¹⁸. No puede dejarse de considerar que los regímenes fascista y nacionalsocialista se concebían a sí mismos como enfrentados a la Ilustración y sus ideas.

Indica Luigi Ferrajoli explicando el carácter heteropoyético: “No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda al interés de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano”¹⁹. Agrega: “Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no reúna o no se asocie con otros,

14 Prieto Sanchís, L., op. cit., p. 11.

15 Cf. Silva Sánchez, J.M. *La expansión del Derecho Penal*. Buenos Aires, B de f, 2006, p. 2. Sobre las ideas de Beccaria y su influencia en los postulados del Derecho Penal Mínimo de acuerdo a la formulación del mismo por Ferrajoli: Asúa, A. “Reivindicación o superación del programa de Beccaria”. En: *El pensamiento penal de Beccaria. Su actualidad* (Coordinadora: Asúa, Adela). Bilbao, Universidad de Deusto, 1990, p. 24.

16 Sobre la importancia del principio de dignidad de la persona humana como base de los derechos humanos: Delgado Pinto. “La función de los derechos humanos en un Estado democrático (reflexiones sobre el concepto de derechos humanos)”. En: *El fundamento de los derechos humanos* (Editor: G. Peces-Barba Martínez). Madrid, 1989, p. 138; Schöne. *Acerca del orden jurídico penal*. San José, Juricentro, 1992, p. 193; Llobet Rodríguez, J. *Derechos Humanos y Justicia Penal*. San José, Escuela Judicial/Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 79-81.

17 Cf. Ferrajoli, L. *Derecho y razón*, pp. 880-883.

18 Cf. Llobet Rodríguez, J. *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2015

19 Ferrajoli, L. *Derecho y razón*, p. 544.

que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo, u otras cosas por el estilo”²⁰. Desde Foucault se ha criticado a la doctrina ilustrada y dentro de ella a Beccaria, por no perseguir propiamente una ética humanista²¹, sino más bien de carácter utilitarista, de modo que las garantías no son contempladas como una forma de respeto a la dignidad humana, sino porque son útiles para la colectividad. En Alemania esta crítica es desarrollada, por ejemplo, por el profesor Wolfgang Naucke, quien en 1989 impartió una conferencia titulada “La modernización del Derecho Penal a través de Beccaria”, ello con motivo del aniversario 225 de la publicación del libro “De los delitos y de las penas”²². En dicha conferencia indicó que uno se puede sorprender de lo poco que Beccaria utiliza el argumento humanitario, ya que la argumentación central que emplea es la necesidad política de la pena, no la humanidad. Dijo que la humanidad como un simple argumento de verdad, como límite absoluto de la pena, no se encuentra en Beccaria. Señaló –Naucke– que incluso en lo

20 Ibid, 859.

21 Foucault, M. Vigilar y castigar. Madrid, Siglo XXI, 1991, p. 98. Comentando lo dicho por Foucault, señala Roberto Fragomeno en Costa Rica: “Foucault tiene razón al sospechar que no son motivos humanitarios los que impulsan a los hombres de la ilustración a terminar con el suplicio, sino que hay un completa causa política en la transformación de la intervención penal. Y esta causa política es la del hombre del contrato, aquel que, según Rouseau, nació libre y en todas partes estaba encadenado”. Indicó además: “Si el suplicio es reemplazado por la prisión es porque la forma de castigar del despotismo absoluto es reemplazada por la forma de la sociedad contractual. De las torturas insostenibles y ejemplificadoras se migra a una economía de los derechos suspendidos”. Fragomeno, R. *Las tribulaciones de la mirada. La lógica del castigo, de los mercaderes, los financistas y los inspectores*. San José, Ediciones Perro Azul, 2003, pp. 37-38. Señala Fernando Savater que uno de los adversarios mayores que tiene Foucault es la Ilustración. Esta dice “... es el movimiento promotor de la cultura racional moderna, modernizadora y disciplinariamente humanitaria, cuyos aspectos panópticos discierne sin complacencias en sus libros más célebres. En una palabra, la Ilustración es la responsable del encierro, la inventora minuciosa e inexorable de la represión articulada de la vida por el poder. Los aspectos tradicionalmente considerados como emancipadores de este movimiento son descartados o, aún peor, mostrados como coartadas para la acentuación represiva del encierro: de ahí que figuras como Pinel o Beccaria aparezcan a pesar de sus méritos del lado infame de la trama. Por supuesto ha habido que forzar un tanto los hechos para obtener este resultado y los más serios contenciosos de los historiadores con Foucault se fundan en este reproche de unilateralidad antagónica. Nada de extraño tiene, pues que Foucault saludase en su día con una reseña entusiástica el libro de André Glucksman *Les maîtres penseurs*, donde las grandes figuras de la tradición ilustrada aparecen nada menos que como inspiradores teóricos del Gulag y Auschwitz”. Savater, F. *Ética como amor propio*. Barcelona, Mondadori, 1998, p. 279.

22 Cf. Naucke, W. “Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria”. En: Beccaria. Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa (Editor: Deimling). Heidelberg, Kriminalistik Verlag, 1989, pp.37-53. Véase además: Naucke, W. “Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik”. En: Naucke. *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*. Fráncfort del Meno, 1999, pp. 225-240; Naucke, W. “Generalprävention und Grundrechte der Person”. En: Naucke. *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*. Fráncfort del Meno, 1999, pp. 133-153.

concerniente a la pena de muerte y a la tortura se acude al argumento de la utilidad, lo mismo que en la teoría de la interpretación, la división de poderes, la proporcionalidad entre el hecho y la pena y la relación entre la policía y el sistema de justicia. La crítica de Wolfgang Naucke ha sido retomada por el profesor Kai Ambos, quien defendió ideas similares en el Congreso sobre el pensamiento de Beccaria realizado en la Universidad Sergio Arboleda el 2 de octubre de 2013²³.

Cesare Beccaria es considerado uno de los principales representantes del utilitarismo. Al señalar los textos que ejercieron una mayor influencia en él, Beccaria destacó el de Helvetius, precursor de las ideas utilitaristas²⁴. Conforme a las mismas Cesare Beccaria le dio gran relevancia a la búsqueda de la felicidad de la colectividad, como aspecto fundamental que debía ser perseguido a través de la legislación. Dijo: “La felicidad dividida entre el mayor número deberá ser el punto a cuyo centro se dirigiesen las acciones de la muchedumbre”²⁵. No puede desconocerse además que en los diversos aspectos tratados de su libro, incluso en lo relativo a la pena de muerte y la abolición de la tortura, recurre a argumentos utilitaristas, al lado de humanistas y humanitaristas, lo que hace que no dejara de incurrir en excesos, a partir de su interés en lograr convencer a los gobernantes sin cuestionar su autoridad, de la necesidad de la reforma penal. Estos excesos en que incurrió Beccaria tienen su expresión máxima en la justificación de la pena de esclavitud perpetua, como argumento para la derogatoria de la pena de muerte, por ser una pena más útil²⁶. En efecto las consideraciones que hace de la pena de esclavitud perpetua se alejan del humanismo y del humanitarismo, lo que es criticado, con razón, por Naucke y por Ambos.

Debe reconocerse que la lógica del garantismo penal no deja de plantear problemas con el utilitarismo presente en Cesare Beccaria, de modo que el mismo desarrolla sus ideas a partir de ideas humanistas y utilitaristas, sin percatarse del conflicto que podía presentarse al respecto, ya que una lógica humanista tiene la dignidad del

23 Cf. Ambos, K. “Del tormento”. En: Matus, J.P. (Director). Beccaria. 250 años después. *Dei delitti e delle pene*. Buenos Aires, B de f, 2011 pp. 155-167.

24 Así dijo: “La segunda obra que completó la revolución en mi espíritu es la de Helvecio. Él es quien me ha impulsado en el camino de la verdad, y el que primero despertó mi atención sobre la ceguera y las desgracias de la humanidad. Debo a la lectura del Espíritu gran parte de mis ideas”. En: Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas* (Traducción: Francisco Laplaza). Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1955, p. 510. *Sobre la influencia de Helvecio en Beccaria*: Young, D. Introduction and Notes. Beccaria, Cesare: *On Crimes and Punishment* (Traductor: Young, David). Indianápolis, Hackett Publishing Company, 1986, p. 88, notas 3 y 4 al capítulo VI.; p. 90, nota 4 al capítulo XIII.; p. 97, nota 5 al capítulo XXVII., p. 103, notas 1, 2 y 5 del capítulo XL y nota 1 del capítulo XLI.

25 Beccaria, C. *De los delitos y de las penas* (Traducción de Juan Antonio de las Casas). Madrid, Editorial Alianza, 1988, introducción, p. 26. Sobre ello véase: Ferrajoli, L. *Derecho y razón*, p. 262.

26 Cf. Llobet Rodríguez, J. Beccaria, op. cit., capítulo III, No. 3.14.

ser humano como el aspecto central, mientras una meramente utilitarista parte de la felicidad del mayor número, dejando de lado con ello a los seres humanos individuales, los que podrían ser sacrificados en beneficio de la colectividad. El gran dilema entre el utilitarismo y el sistema de garantías, es que éstas operan con la lógica del imperativo categórico de Kant, no pudiendo ser relativizadas por la mayoría, tal y como lo señala desde el garantismo Luigi Ferrajoli.

Sin embargo, Ferrajoli llega a distinguir entre dos tipos de utilitarismo. El primero de ellos –indica– es el utilitarismo a medias, que parte de la “máxima felicidad entre el mayor número”, de modo que se persigue la máxima utilidad para la mayoría. Indica que de acuerdo con ello el fin de la pena es la prevención de delitos. Advierte que este utilitarismo puede llevar a una autolegitimación autoritaria, siendo incapaz de suministrar criterios de deslegitimación de sistemas penales concretos²⁷. El segundo tipo de utilitarismo, según Ferrajoli, es el utilitarismo garantista, del que parte él mismo. Dice que conforme a éste se trata de buscar no solo el máximo bienestar de los no desviados, sino también de los desviados, resultando que este segundo parámetro no tiene relación con la prevención de delitos²⁸. El utilitarismo de Ferrajoli parte de que la pena está justificada como un mal menor, en cuanto sea menos aflictiva y menos arbitraria, respecto de otras reacciones no jurídicas que es lógico suponer que se producirían en su ausencia. Agrega que el monopolio estatal de la potestad punitiva está justificado cuantos más bajos sean los costos del Derecho Penal, frente a los costos de la anarquía punitiva²⁹. Ferrajoli señala que este utilitarismo no es extraño a la tradición ilustrada³⁰. Indica que en las ideologías utilitaristas de Beccaria y Carrara se parte de una concepción de la pena como mínima aflicción necesaria, a diferencia de otras concepciones utilitaristas, que pueden informar concepciones autoritarias y antigarantistas, basadas en la máxima seguridad posible³¹.

Es importante resaltar que como lo indica Maurizio Fioravanti las ideas ilustradas y revolucionarias tuvieron un desarrollo diferente en la misma época en Estados Unidos de América y en la Europa continental. La lucha en los Estados Unidos de América a favor de un sistema de garantías frente al Estado, tenía como un aspecto fundamental la lucha en contra de la ley, la que durante el dominio inglés sobre las colonias norteamericanas, se había revelado como una fuente de arbitrariedad, por ejemplo en la fijación de los impuestos³². Por ello no es de sorprender que a

27 Ferrajoli, L. *Derecho y razón*, pp. 263-264, 331.

28 Ibid, pp. 331-332.

29 Ibid, p. 336.

30 Ibid, p. 333.

31 Ibid., p. 33

32 Dice Maurizio Fioravanti refiriéndose a la revolución francesa: “*Todas las ideologías que sustentan la revolución llegan a esta conclusión: la convicción de que la ley general y abstracta – más que la*

principios del siglo XIX se llegara a admitir en los Estados Unidos de América el control de constitucionalidad de las leyes³³, aspecto que sería conforme a la lógica constitucionalista de Luigi Ferrajoli. En Europa continental, por el contrario, la lucha ilustrada era en gran parte en contra de la arbitrariedad judicial, lo que llevó a confiar en la generalidad de la ley como límite frente a la arbitrariedad. Ello conducía a la defensa del principio de legalidad de los delitos y de las penas, que encontró en Beccaria a uno de sus máximos representantes³⁴. Esto podría ser considerado por algunos como contrario al constitucionalismo del garantismo penal, en cuanto el mismo no reclama solamente la vigencia del principio de legalidad desde el punto de vista formal, sino también substancial, lo que implica que el legislador tiene límites para legislar. A pesar de lo anterior, no puede desconocerse que en Beccaria no se expresa solamente el principio de legalidad, sino se desarrollan una serie de garantías de carácter substancial, a las que se debe ajustar la ley, por ejemplo, la exigencia de que las leyes sean claras, que debe establecerse la distinción entre delito y pecado, que el delito debe basarse en la dañosidad social, que las penas deben ser proporcionadas y que debe actuarse conforme al criterio de la mínima aflicción posible.

El conflicto entre las ideas utilitaristas y las ideas de contención del poder punitivo se encuentra generalmente expresado en la teoría de la pena. Ello encuentra clara expresión en Beccaria. Así en general se reconoce que Cesare Beccaria fue un defensor de la prevención general negativa como fin de la pena, lo que era conforme a las ideas utilitaristas³⁵. Sin embargo, a su vez Beccaria hace mención a una serie de garantías que ponen límite a las ideas utilitaristas a medias, según la denominación dada por Luigi Ferrajoli. Por ejemplo, reclama la necesidad de proporcionalidad de la pena, pretendiendo evitar con ello penas desproporcionadas. Ello llevó a David Young a afirmar que Beccaria seguía más bien ideas de carácter retributivo y no de utilitaristas. Para ello resaltó la gran preocupación que tenía Beccaria por los derechos humanos del delincuente, en particular al infringírsele una pena y en especial la afirmación de que debe haber proporcionalidad entre los delitos y las penas³⁶. Al

jurisprudencia, como en el caso británico – es el instrumento más idóneo para la garantía de los derechos. Se es libre porque se está gobernado de manera no arbitraria, porque en materia de derechos y libertades no vale ya la voluntad de un hombre contra la de otro, porque son abolidas las dominaciones de carácter personal, porque sólo la ley puede disponer de nosotros mismos”. Fioravanti. Los Derechos fundamentales (Traducción Manuel Martínez Neira). Madrid, Editorial Trotta, 1996, p. 70. Véase además en particular p. 74 y 83. Véase además: Fioravanti, Maurizio. Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales (Traducción: Adela Mora Cañada/Martínez Neira, Manuel). Madrid, Trotta, 2014, p. 39.

33 Cf. Fioravanti, M. *Constitucionalismo*, op. cit., p. 41.

34 Cf. Llobet Rodríguez, J. *Cesare Beccaria*, op. cit., capítulo III, No. 3.1 y 3.2.

35 Sobre ello: Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*, pp. 275-277.

36 Cf. Young, David. “*Cesare Beccaria: utilitarian or retributivist?*”. En: *Journal of Criminal Justice*

respecto debe reconocerse la relación que existe entre el principio de proporcionalidad y la concepción retributiva de la pena.

El libro de Beccaria, como se dijo, se debate entre el humanismo y el utilitarismo, sin que pudiera percatarse de los peligros que puede implicar el segundo para el primero. Sin embargo, sería injusto negarle a Beccaria sus pretensiones humanistas. Incluso Bentham, desde una perspectiva más utilitarista, criticó a Beccaria porque a través de ideas de piedad y generosidad dejaba de tomar en cuenta el interés general de la sociedad³⁷. Igualmente, Immanuel Kant, defensor de la existencia de un imperativo categórico, opuesto radicalmente a todo utilitarismo en relación con la pena y por ello desde la posición ubicada en el extremo opuesto al utilitarismo de Jeremy Bentham, al criticar la posición de Cesare Beccaria en contra de la pena de muerte, lo hizo atribuyéndole, al igual que Bentham, un humanismo excesivo, indicando que presenta un “sentimentalismo compasivo de un humanitarismo afectado (compassibilitas)”³⁸. Se llega en definitiva en lo atinente a la pena de muerte con Cesare Beccaria, calificado en general como utilitarista, a una posición más respetuosa de la dignidad humana que con respecto a Immanuel Kant, uno de los máximos representantes del antiutilitarismo y considerado a partir del imperativo categórico un defensor del principio de dignidad de la persona humana.

Especialmente en relación con la prohibición de la tortura se expresan claramente los caracteres humanistas y humanitaristas que se encuentran en Beccaria³⁹ y

(Estados Unidos de América), 1983, pp. 317-326. Véase también: Young, David. *Introduction and Notes*. Beccaria, Cesare: *On Crimes and Punishment* (Traductor: Young, David), pp. xii-xiii y 95. En sentido similar véase: Soto, M. “Fin de las penas”. En: Matus, J.P. (Director). *Beccaria. 250 años después. Dei delitti e delle pene*. Buenos Aires, B de f, 2011 pp. 129-133. Sobre ello dice Adela Asúa: “Recientemente algún autor no ha dudado en calificar a Beccaria como cercano a la perspectiva retribucionista, en base a las referencias al ‘mercedimiento’ de la pena para reponer el depósito del pacto social, la constante alusión a la proporción, a las garantías individuales, frente a las también reconocidas pretensiones preventivas. La adjudicación del calificativo de utilitarista a Beccaria responde más bien a la preocupación clasificadora, de obsesión reduccionista, que al contenido total del mensaje que el milanés ofrece en su obra. Por talante, por hechos, por modelo político y económico Beccaria es un liberal preocupado por acotar el campo estatal de intervención sobre la libertad de los ciudadanos, que encuadra mejor en la caracterización garantista – que los retribucionistas históricos. Efectivamente su posición es clara en cuanto que el fin de las penas no es ‘expiar’ la culpa o el delito, sino disuadir a los demás hombres, pero la imposición de la pena debe quedar sometida a otra serie de condiciones – proporción, necesidad, prueba de culpabilidad, proceso público y contradictorio – para que no sea injusta”. Asúa, A., op. cit., p. 22.

37 Bentham, J. *Tratado de las pruebas judiciales* (Traducción de Manuel Ossorio Forit). Buenos Aires, Valetta Ediciones, T. II, 1971, pp. 122-124.

38 Cf. Kant, I. *La metafísica de las costumbres* (Traducción: Adela Cortina Corts/Jesús Conill Sancho). Madrid, Tecnos, 1994, No. 335, pp. 171-172; Kant, I. *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt del Meno, Reclam, 1990, No. 335.

39 Indica Francisco Tomás y Valiente: “En un sentido amplio (y precisamente el que Sartre rechazaba

que se imponen sobre los utilitaristas, los que son usados por él fundamentalmente como argumentos para convencer de la necesidad de la reforma del sistema penal y en particular de la falta de sentido de la utilización de la tortura, por ser un medio no idóneo para la averiguación de la verdad. Dijo Beccaria tomando en cuenta la necesidad de la abolición de la tortura: “No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repunte como cosa”⁴⁰. Con dicha expresión Beccaria se adelantó a la segunda formulación del imperativo categórico de Kant⁴¹, conforme al cual el ser humano debe ser tratado como un fin en sí mismo y no solamente como un medio⁴², el que aún hoy es con-

desde su ‘humanismo existencialista’ puede ser calificada de humanista toda filosofía que tome al hombre como fin y como valor superior, y en tal forma entendido no sería incorrecto hablar de un humanismo ilustrado. Sin embargo, a los efectos que aquí persigo, esto es, para explicar la reacción frente a la tortura que se produce en la Europa ilustrada a partir, sobre todo, de Beccaria, considero más adecuado el concepto de ‘humanitarismo’. Si hay una moral propia de la Ilustración y en ella nuevas virtudes como la tolerancia y la beneficencia, entre ellas hay que situar el humanitarismo, ‘la compasión de las desgracias ajenas’. Tomás y Valiente, F. *La tortura judicial en España*. Barcelona, Crítica, 2000, p. 239.

- 40 Beccaria, C, op. cit., Editorial Alianza, capítulo 20, p. 62. Indica Mondolfo: “*Tal afirmación, que en Beccaria se encuentra formulada de pasada y por incidencia, tiene gran importancia filosófica, aun cuando Beccaria no revela darse cuenta de ello en medida adecuada a su trascendencia*”. Mondolfo, R. *Cesare Beccaria y su obra*. Buenos Aires, Depalma, 1946, p. 48. En sentido similar al expresado por Beccaria se pronunció Francesco Carrara en 1875, al decir: “*No; un delito, por más grave que sea, o una serie de delitos, aun cuando sean repetidos y atroces, no despojan al desgraciado que se manchó con ellos de ninguno de los derechos inherentes a la personalidad humana; no lo transforman en una cosa de la cual la autoridad social pueda hacer, sin medida, un instrumento para servir a sus fines, en la misma forma que lo hacía el civis romanus con sus esclavos*”. Carrara, F. *Opúsculos de Derecho Criminal* (Traducción: Ortega Torres/Guerrero). Bogotá, Temis, 1980, Tomo V, p. 20.
- 41 En este sentido: Calamandrei, P. “*Prefacio y notas*”. En: Beccaria, Cesare: *De los delitos y de las penas* (Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín). Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 69; Mondolfo, R., op. cit., pp. 46-49; Cattaneo, M. *Aufklärung und Strafrecht* (Traducción de Thomas Vormbaum). Baden Baden. Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 46-47; Agudelo, N. “*¿Qué nos dice Beccaria, hoy, a los juristas de Colombia?*”. En: Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy (Editor: Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale). Roma, Giuffrè editore, 1990, pp. 402-403; Ferrajoli, L. *Derecho y razón*, p. 302, nota al pie 110; Ferrajoli, L. *Principia iuris*, T. I, p. 203; Rivacoba y Rivacoba, M. *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 68.
- 42 Kant, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, pp. 44-46; Kant, I. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, pp. 78-80; Kant, I. *Die Metaphysik der Sitten*, p. 192; Kant, I. *De la conducta moral y política* (Editor: Balladares). San José, Libro Libre, 1988, pp. 110-116. La Iglesia Católica ha también acudido al imperativo categórico kantiano. Así Juan Pablo II en su Carta a las Familias hizo mención a dicha fórmula, al decir: “*La persona jamás ha de ser considerada un medio para alcanzar un fin; jamás, sobre todo, un medio de ‘placer’.* La persona es y debe ser sólo el fin de todo acto. Solamente entonces la acción corresponde a la verdadera dignidad de la persona”. Juan Pablo II. Carta a las Familias del Papa. Ciudad de Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 1994, pp. 39-40. La doctrina y la jurisprudencia, acuden en

siderado como la mejor conceptualización para determinar el respeto del principio de la dignidad de la persona humana, que es reconocido, como se dijo arriba, como la base de todos los derechos humanos y fundamentales.

Son múltiples las expresiones de Beccaria de carácter humanista. Así dijo: “Me tendré por afortunado, aunque no tenga otro mérito más que el de haber presentado el primero en Italia, con alguna mayor evidencia, lo que en otras naciones se han atrevido a escribir y empiezan a practicar. Pero si, sosteniendo los derechos de la humanidad y de la verdad invencible, contribuyese a arrancar de los dolores y angustias de la muerte a alguna víctima infeliz de la tiranía o de la ignorancia, igualmente fatal, las bendiciones y lágrimas de un solo inocente se consolarían del desprecio del resto de los hombres”⁴³. Escrito con gran sentimiento y humanismo, es el siguiente texto, que revela la fuerza en la defensa de sus ideas por Beccaria y la elocuencia con que las expresó: “Muy pocos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, parte de la legislación tan principal y tan descuidada en casi toda Europa. Poquísimos, subiendo a los principios generales, combatieron los errores acumulados de muchos siglos, sujetando a lo menos con aquella fuerza que tienen las verdades conocidas el demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido, que tantos ejemplos de fría atrocidad nos presenta autorizados y repetidos. Y aun los gemidos de los infelices sacrificados a la cruel ignorancia y a la insensible indolencia, los bárbaros tormentos con pródiga e inútil severidad multiplicados por delitos o no probados o quiméricos, la suciedad y los horrores de una prisión, aumentados por el más cruel verdugo de los miserables que es la incertidumbre de la suerte, debieran mover a esa clase de magistrados que guía las opiniones de los entendimientos humanos”⁴⁴.

Como ejemplo del espíritu humanitario de Beccaria debe mencionarse además la siguiente cita, referida a la crítica a la tortura: “¿Quién al leer las historias no se llena de horror, contemplando los bárbaros e inútiles tormentos que con ánimo frío fueron inventados y ejecutados por hombres que se llamaban sabios? ¿Quién podrá no sentir un estremecimiento interior y doloroso al ver a millares de infelices, a quienes la miseria (o querida, o tolerada de las leyes que siempre han favorecido a los pocos y abatido a los muchos) obligó y condujo a un retroceso desesperado sobre el primer estado de naturaleza, o a acusados de delitos imposibles y fabricados por la temerosa ignorancia, o a reos sólo de ser fieles a los propios principios, despedazados con supuestas formalidades y pausados tormentos por hombres dotados de los mis-

general al imperativo categórico kantiano.

43 Beccaria, op. cit., Alianza, capítulo 11, p. 45.

44 Beccaria, op. cit., Alianza, Introducción, pp. 26-27.

mos sentidos, y por consiguiente de las mismas pasiones, agradable espectáculo de una muchedumbre fanática?”⁴⁵.

Debe reconocerse que el pensamiento de Beccaria gira alrededor de dos pensamientos: el humanista y el utilitario, de modo que con frecuencia para reforzar los argumentos humanistas utiliza criterios utilitarios, o bien les trata de dar un fundamento utilitario, como sucede con el principio de proporcionalidad⁴⁶. Igualmente debe admitirse, como se dijo, que Beccaria no reconoció las contradicciones que pueden existir entre los criterios humanistas y los utilitarios, de modo que una ética utilitaria puede llegar a dejar sin efecto los criterios humanistas, todo en contra del principio de dignidad de la persona humana. Sin embargo, si se quiere caracterizar la obra de Beccaria habría que hacerlo más por su humanismo y humanitarismo, que por su utilitarismo. El mismo Beccaria al formular la conclusión de su libro dejó fuera las ideas puramente utilitarias, salvo la mención de la necesidad, relacionada indirectamente con éstas, incluyendo más bien ideas de índole humanista. Así dijo: “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”⁴⁷. Se refleja en dicha expresión la pretensión de contención del poder punitivo, propia del garantismo constitucional.

45 Beccaria, op. cit., Alianza, capítulo 27, p. 73.

46 Cf. Llobet Rodríguez, J. Beccaria, op. cit., capítulo III, No. 3.10.

47 Beccaria, op.cit., Alianza, capítulo 47, p. 112. Debe reconocerse que dicha frase no se encontraba en la edición original, sino formó parte de unas segundas adiciones a dicha obra, que se agregaron a las primeras adiciones que le había hecho en ediciones posteriores a la primera. No puedo precisar en qué edición fue que se agregó todo este capítulo 47. Para lo anterior se toma en cuenta lo indicado en: Beccaria, op. cit., Alianza, capítulo 24., 111-112.