

La obra de Beccaria y el debate sobre su actualidad en el Nuevo Proceso Penal

Por: Alex R. Zambrano Torres

----- & -----

Cesare Beccaria es uno de los autores más impactantes en la revolución del derecho penal, por lo que siempre es preciso tratar de él, porque su filosofía es simple, directa y siempre actual.

I.- EL ENCUENTRO CON LA OBRA DE BECCARIA.-

La primera referencia ontológica de la obra de César Beccaria la podemos encontrar en su obra “De los Delitos y Penas” comentada por el gran Voltaire, filósofo erudito, perspicaz, irónico, historiador, autor de uno de los más grandes e instigadores libros: el “Diccionario Filosófico”. La lectura de Voltaire lleva a leer a Beccaria, y hasta se puede intuir que fue gracias a este filósofo ilustrado, enciclopédico que la obra de Beccaria alcanzó relieve e importancia acaso inesperada para el propio autor. Voltaire, el ilustrado, el contemporáneo de Diderot, D’Alembert, quienes fueron los creadores de otra gran obra: “La Enciclopedia”, llevan también a otro autor de la misma naturaleza prolífica, Giovanni Papini, filósofo enciclopédico que empezó a hacer su propio diccionario enciclopedia a ¿eso de los cinco años?, según cuenta en su autobiografía “Un hombre acabado”, y que escribió además otro hermoso libro denominado: “El juicio universal”, en el que hace una reseña de casi todos los grandes personajes de la historia, política, religión y filosofía. Papini escribe además la obra “Pensadores y farsantes”, en el que reivindica al cuerpo en ejercicio (en guerra) incluso por encima de toda actividad intelectual.

Pero volviendo a nuestro personaje, se puede encontrar en la obra de Luis Jiménez de Asúa: “Principios del Derecho Penal, La Ley y la Pena”, una pequeña alusión a Beccaria, donde insidioso pero no malicioso, contaba que el libro “De los Delitos y las Penas” había sido publicado por primera vez con un seudónimo, y cuando Beccaria tenía apenas veinticinco (25) años, este anonimato parece responder a que el autor de “De los delitos y las penas” no quería ser un mártir, pues sabía lo que le pasaba a los audaces.

Pero ¿por qué la obra de Beccaria causa tantos resquemores, porqué se la tiene como un clásico, porqué se la venera aún como una obra revolucionaria? ¿Acaso es una obra de un contenido y escritura altamente filosófico, que alcanza las más escrutadas y complejas concepciones de la vida y las desentraña como nadie podría haberlas hecho? Al leer la obra se puede decir que no, que el librito, que se tomó en su momento como un pequeño folleto (150 páginas), no tiene palabras confusas, complejas o difíciles elucubraciones a las que jamás nadie podría alcanzar

si no tuviera un intelecto superior, único y especial. No, la obra de Beccaria es más bien fácil, ligera, simple y comprensible para cualquier persona, pero no por eso menos importante. No es una obra de filosofía, sino una obra práctica, una obra directa, que puntualizó lo que en aquel tiempo nadie se atrevió a plantear en un texto: la crueldad de la pena de muerte y por lo tanto la necesidad de su extinción, la crítica de las sanciones penales de su tiempo y la necesidad de pensar cambiarlas y humanizarlas, entre otras. Beccaria se atrevió (aunque con seudónimo) a decir lo que muchos querían decir pero no se atrevían: que las penas eran muy crueles y desproporcionadas. Eso parece seguir siendo actual.

II.- ANALIZANDO LA OBRA DE BECCARIA.-

1.- Beccaria y las leyes como un instrumento de las pasiones de pocos.-

Beccaria en la introducción de su libro prescribe que existe una división entre lo que debe ser y lo que es en materia penal, así, las leyes que deben ser “pactos entre hombres libres”, son más bien “pactos casuales de una necesidad pasajera”, utilizadas como “instrumentos de las pasiones de pocos”, debiendo por el contrario ser las leyes dictadas por el desapasionamiento de un “examinador de la naturaleza humana”.

Beccaria ha comprendido que las leyes deben ser de acuerdo a lo que en la naturaleza ocurre, como un punto racional, un disparo en contra de la arbitrariedad de las subjetividades, por eso no puede ser el dueño de las leyes un grupo apasionado, sino un individuo desapasionado. Esto lo dijo hace más de 250 años atrás, y sin embargo aún no se entiende porque las leyes todavía siguen siendo el producto de un grupo “apasionado”, o “interesado” de congresistas, y no de un “observador desapasionado”. La creación de las leyes está constitucionalmente atribuida al Congreso de la República, prescrito y determinado en el Artículo 90° de la Constitución que define un potente mandato: “El Poder Legislativo reside en el Congreso”, lo que significa que sólo aquel puede crear leyes, entre ellas las leyes penales, a excepción de la delegación que pudiera hacer el Legislativo a favor del Poder Ejecutivo para hacer también leyes (Decretos Legislativos), también de índole penal. Como se decía, el poder de un grupo “apasionado” para crear leyes aún reside en un grupo llamado congresistas, condición establecida constitucionalmente en el artículo 102, inciso 1 de la Constitución que señala dentro de las atribuciones del Congreso la de “Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”.

Siendo que el control de dicha atribución no está aún perfeccionado, y que como dijera Beccaria, parafraseándolo, “las leyes siguen siendo un instrumento de las pasiones de pocos”. Esto no ha sido resuelto ni aún con el control difuso que tiene el juez para dejar sin efecto una ley inconstitucional, ni con el control concentrado; siendo insuficiente el mecanismo de demandas de inconstitucionalidad presentada ante el Tribunal Constitucional para que deje sin efecto leyes inconstitucionales, con la limitación que dicha atribución (presentar demandas de inconstitucionalidad) sólo está reservada para ciertos sujetos. El artículo 98 del Código Procesal Constitucional prescribe qué sujetos tienen legitimidad para presentar una demanda de inconstitucionalidad, concordante con el artículo 203° de la Constitución, que a su vez establece que sólo pueden estar facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad nueve (09) sujetos: 1) El Presidente de la República; 2) El Fiscal de la Nación; 3) El Presidente del Poder Judicial; 4) El

Defensor del Pueblo; 5) El veinticinco por ciento (25%) del número legal de congresistas; 6) Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones; 7) Los gobernadores regionales; 8) Los alcaldes provinciales; 9) Los colegios profesionales. Esto supone obviamente una limitación contra el abuso de las “pasiones de pocos”, como señalara Beccaria.

Sólo como un dato estadístico se puede apreciar un artículo de Martín Hidalgo Bustamante, (30.06.2018 / 10:20 am), publicado en el Diario el Comercio, en el que se señala: “En lo que va del período 2016-2021 se han presentado 20 acciones de inconstitucionalidad contra decisiones adoptadas por el Congreso” (<https://elcomercio.pe/politica/congreso-tc-20-acciones-inconstitucionalidad-dos-anos-noticia-531872>).

Entre las acciones de inconstitucionalidad que encontramos, señala Martín Hidalgo, tenemos la Ley antitrásfugas, Ley que cambia las reglas de la censura y cuestión de confianza, Ley de publicidad estatal, llamada también la Ley Mordaza, o Ley de regulación del gasto público en los medios privados, o prohibición del Estado de publicitar en medios privados. Leyes que fueron anuladas, dejadas sin efecto por el Tribunal Constitucional. No obstante, subsiste otro problema, el hecho que las leyes inconstitucionales son dadas por el propio Congreso, quien tiene el deber de cumplir y hacer cumplir las leyes, así lo establece el Artículo 102º, inciso 2, de la Constitución Política, que prescribe: “Son atribuciones del Congreso velar por el respeto de la Constitución y de las leyes y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”. Cabe citar al respecto a Joaquín Brage Camazano, quien en un artículo denominado: “La acción peruana de inconstitucionalidad” escribe: “La acción de inconstitucionalidad es un instituto regulado en el Código Procesal Constitucional (CPC, en adelante) del Perú (aprobado mediante ley 28237, de 28 de mayo de 2004, publicada el 31 de mayo y que entró en vigor a finales del año 2004). Puede definirse a la acción de inconstitucionalidad, en su concreta configuración constitucional y legal en el Perú, como aquel instrumento procesal constitucional por virtud del cual determinadas personas físicas o jurídicas («legitimación activa») pueden plantear, dentro de un plazo determinado y con arreglo a las formalidades establecidas («procedimiento»), al Tribunal Constitucional del Perú («competencia») si determinadas normas jurídicas («objeto de control») aprobadas por determinados poderes públicos dotados de poder normativo («legitimación pasiva») son, o no, compatibles con la Constitución («parámetro») para que dicho Tribunal, tras la tramitación procesal correspondiente («procedimiento»), resuelva al respecto de manera vinculante y con efectos generales, decretando en su caso la inconstitucionalidad hacia el futuro (salvo la retroactividad benigna) de la norma («eficacia temporal y personal de la sentencia»).

Así, los límites al poder de “unos pocos apasionados”, se encuentran en primer término en la propia Constitución, además en el Derecho Civil, puesto que en el Artículo II del Título preliminar del Código Civil, se prescribe que “La ley sólo se deroga por otra ley”, principio de reserva de la ley. Así también, en el Derecho Penal existen otros principios limitativos del poder legislativo arbitrario, como el principio de legalidad, el principio de tipicidad, por el cual sólo puede considerarse delito aquello que se encuentra tipificado en la ley, o dicho en latín: “nullum poena sine lege”. Este problema constitucional ya tenía sus bases en la obra de Beccaria.

2.- La crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales.-

Beccaria describe una situación permanente en todos los tiempos, aplicado para su tiempo, y decía: “la crueldad de la pena y las irregularidades de los procedimientos criminales, los errores acumulados, el poder mal dirigido, la fría atrocidad autorizada y repetida, los gemidos de sacrificados a la cruel ignorancia e insensible indolencia, los bárbaros tormentos de severidad inútil, la suciedad y horrores de la prisión, la incertidumbre de la suerte del condenado, no mueven las opiniones o entendimientos de los magistrados”, así insiste y critica: “(...) muy pocos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, parte de 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 aún 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 su suerte, debieran mover aquella clase de magistrados que guían las opiniones de los entendimientos humanos.” Beccaria se queja y denuncia la atrocidad con la que se aplica el proceso penal y cómo incluso los magistrados hacen nulo e indolente entendimiento del fenómeno punitivo.

¿Quiénes tienen el deber de combatir la crueldad de las penas?, se pregunta y pregunta a todos Beccaria; ¿quién revisa la “irregularidad y los errores de los procedimientos?, ¿Quién controla la fría atrocidad de las autoridades?, ¿No es acaso inútil la severidad de los tormentos?, ¿No es la prisión una cosa horrible aumentada por su incertidumbre?, ¿no deberían considerar todo esto los magistrados?”. Beccaria lanza las preguntas al mundo porque sabe que la frugalidad y frivolidad e inmisericordia abunda y aumenta en los procesos penales, en las sanciones penales. Alguien tiene que levantar la voz y no esperar que le pase a él, aquello que todos conocen pero que nadie hace nada para resolverlo: la crueldad e inutilidad de los tormentos y las penas. Es esta su mayor crítica: no sólo la severidad de las penas sino “la inutilidad de la severidad de las penas”. Beccaria lanza su esgrima contra el primer responsable de considerar todo aquello, lanza la pregunta a un solo actor: el juez. El autor comprende que la severidad de las penas está en manos de los jueces, y por lo tanto le corresponde a éste, en primer lugar, hacerse las preguntas sobre la inutilidad de la severidad, sobre las condiciones inhumanas, horroríficas de la prisión, pero ¿se hace el juez estas preguntas o las obvia enmascarado en sólo la aplicación de la ley?

Cesare Beccaria interroga sobre toda la filosofía penal, respecto al origen de las penas; no se pregunta del origen como si se tratara de la infracción cometida por el condenado, sino de quién crea el delito, de cómo es que un hecho cualquiera se convierte en “delito”, y por lo tanto “castigable”. Así salta una nueva interrogante: “¿sobre qué está fundado el derecho a castigar?”. El autor así plantea exponer el fundamento del ius puniendi, del derecho de castigar que tiene el Estado, que ha adquirido, ¿en razón de qué?, y a continuación para explicarlo expone su máximo instrumento, la pena de muerte, que solo podría ser utilizada si verdaderamente fuera “útil, necesaria e indispensable”; así pone en duda la justicia de los tormentos

y las torturas, insertando sin saberlo siquiera el principio de proporcionalidad, y la congruencia entre leyes y fines de las mismas, al aplicar los castigos penales.

Beccaria se repregunta: “¿Pero cuál es el origen de las penas, y sobre qué está fundado el derecho de castigar (1)? ¿Cuáles pueden ser los castigos que convengan a los diferentes crímenes? ¿Es la pena de muerte, verdaderamente útil, necesaria e indispensable para la seguridad, y el buen orden de la sociedad? ¿Son justos los tormentos y las torturas? ¿Conducen al objeto que las leyes se proponen? ¿Cuáles son los mejores medios de impedir los delitos? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos tiempos? ¿Cuál es su influencia sobre las costumbres?”. El autor sabe que tendrá muchos críticos, pero se soslaya en una esperanza, haber logrado “contribuir a salvar de una muerte horrenda, o de las bendiciones y lágrimas de un solo inocente”, así escribe: “Pero mientras sostengo los derechos del género humano y de la invencible verdad, si pudiese contribuir a salvar de una muerte horrenda, algunas de las desgraciadas víctimas de la tiranía, o de la ignorancia que es igualmente funesta, las bendiciones y las lágrimas de un solo inocente, vuelto a las sensaciones de alegría y de felicidad, me consolarían del desprecio del resto de los hombres.”.

III.- EL ORIGEN DE LAS PENAS.-

1.- Los motivos sensibles.-

Beccaria empieza por explicar que el individuo sacrifica parte de su libertad a favor del Estado para que éste tenga soberanía, el Estado sería así el administrador y legítimo depositario. Pero para justificar esta cesión de la libertad sólo se puede dar a través de “los motivos sensibles”, que son justificaciones para contener el ánimo despótico de cada individuo: “Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes. Llámolos motivos sensibles, porque la experiencia ha demostrado que la multitud no adopta principios estables de conducta, ni se aleja de aquella innata general disolución, que en el universo físico y moral se observa, sino con motivos que inmediatamente hieran en los sentidos, y que de continuo se presenten al entendimiento, para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se oponen al bien universal”.

2.- Derecho de castigar.-

¿De dónde proviene el derecho a castigar del Estado? Beccaria alude a Montesquieu y dice que la pena deriva sólo de la “absoluta necesidad”, todo lo contrario sería tiranía, despotismo; así que –es oportuno repetirlo– el derecho a castigar sólo debe derivarse de la “absoluta necesidad”, y por eso escribe: “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. Veis aquí la base sobre que el Soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos: sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el Soberano conserva a sus súbditos.”.

Beccaria explica porqué el Estado tiene el derecho a castigar, que es la necesidad del hombre de ceder parte de su libertad, la parte más pequeña de su libertad, lo suficiente para que los demás “le defiendan”. Así, indica que “El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho a castigar:

todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho, no derecho”, y agrega: “Fué, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover los hombres para que le defiendan. 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. Obsérvese, que la palabra derecho no es contradictoria de la palabra fuerza; antes bien aquella es una modificación de ésta, cuya regla es la utilidad del mayor número. Y por justicia entiendo yo sólo el vínculo necesario para tener los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad. Todas las penas que pasan la necesidad de conservar el vínculo son injustas por su naturaleza”.

3.- Consecuencias.-

Beccaria ensaya una hipótesis, que solo las leyes tienen la fuerza y la facultad para “decretar las penas de los delitos”, por lo que traslada a esta sección la autoridad para hacer leyes, los congresistas, el legislador, y establece que el juez tiene en la ley el límite de su poder punitivo, así escribe: “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 puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa, y otra más en la extensión, se sigue que, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”. Beccaria se equivoca, pero plantea sólo aquella posibilidad democrática para la creación e imposición de sanciones penales. Actualmente esta idea no puede, no debería seguir, puesto que no existe representatividad suficiente en el Congreso para crear penas cuando la voluntad popular puede obtenerse ya no por representación sino por votación directa, a través del internet, los celulares, etc. Pero Beccaria no estaba en un mundo donde pudiera acaso imaginar este sistema de comunicación en línea, en vivo y en directo, así que su equívoco fue lo más acertado posible a su realidad; pronostica además que para que no exista distorsión de la ley penal, es necesario un tercero que juzgue, este será el juez, y cuyas sentencias deberían ser inapelables, así afirma: “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”.

4.- Interpretación de las leyes.-

Al percatarse del peligro de la interpretación de las leyes prefija que la autoridad de interpretar las mismas no puede residir en los jueces criminales, porque los jueces deciden el derecho, no legislan, no crean normas, y la función interpretativa tiende a crear derecho, y no sólo a aplicarlo; así suscribe: “Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores. Los jueces no han recibido de nuestros antiguos padres las leyes como una tradición y un testamento, que dejase a los venideros el cuidado de obedecerlo; recíben las de la sociedad viviente, o del Soberano su representante, como legítimo depositario en quien se hallan las actuales resultas de la voluntad de todos.”. Por ello previene sobre la arbitrariedad del “espíritu de la ley”, y nos introduce en el sistema del hoy denominado “razonamiento lógico”, de silogismos e inferencias, de tal forma que faculta al juez sólo hacer razonamientos

de silogismos perfectos; y adelantándose a toda la actual tradición racional, de epistemología y lógica jurídica enuncia: “En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondríase como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones.”, el espíritu de la ley debe ser desterrado en su concepción, por eso insiste en los peligros del “espíritu de la ley”, porque hipotetiza que el juez puede tener una buena o mala lógica derivada de su buena o mala digestión: “Cada hombre tiene su mira, y cada hombre la tiene diversa según los diferentes tiempos. El espíritu de la ley sería, pues la que resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión: dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre”.

5.-¿Cómo se evitan los delitos?-

En aquel título “Cómo se evitan los delitos”, da en las primeras líneas la idea de lo que hoy teológicamente denominamos prevención: “Es mejor evitar los delitos que castigarlos”, y agrega que aquel es el “fin principal de toda buena legislación”, que para él es “el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible”, concluyendo esta idea es una crítica: “...los medios empleados hasta ahora son por lo común falsos y contrarios al fin propuesto” (la felicidad). Afirma que “prohibir una muchedumbre de acciones indiferentes no es evitar los delitos sino crear otros nuevos”; y se pregunta: “¿A que nos viéramos reducidos si se hubiera de prohibir todo aquello que puede inducir a delito? Sería necesario privar al hombre del uso de sus sentidos”. Pero la receta que da no es suficiente y se torna difusa, gaseosa o simple, pues dice: “¿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”.

Respecto a cómo evitar los delitos escribe también sobre la responsabilidad de los magistrados y señala: “MAGISTRADOS.- Otro medio de evitar los delitos es interesar el magistrado, ejecutor de las leyes, más a su observancia que a su corrupción. Cuanto mayor fuese el número que lo componga, tanto es menos peligrosa la usurpación sobre las leyes, porque la venalidad es más difícil en miembros que se observen entre sí, y son menos interesados en acrecentar la autoridad propia cuanto es menor la porción que tocaría a cada uno, principalmente comparada con el peligro del atentado. Si el Soberano con el aparato y con la pompa, con la austeridad de los edictos, y con no permitir las quejas justas e injustas de los que se juzgan ofendidos, acostumbra los súbditos a temer más a los magistrados que a las leyes, estos se aprovecharán de su temor más de lo que convenga a la seguridad privada y pública.”.

Recompensar la virtud es otra forma como Beccaria cree que se pueden evitar los delitos: “La moneda del honor es siempre inagotable y fructífera en las manos del sabio distribuidor.”.

La educación también es una de las recetas de Beccaria para evitar los delitos, perfeccionar la educación, haciendo una novedosa clasificación de la educación según el tipo o agente a educar: “Luego las leyes de la educación serán diferentes en cada especie de gobierno. Tendrán por objeto en los monárquicos el honor, la virtud en las repúblicas, y el temor en el despotismo.”

6.- Cesare Beccaria en la lupa del jurista Luigi Ferrajoli.-

El jurista Luigi Ferrajoli, en el VIII Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por la Universidad Arboleda, Escuela Mayor de Derecho, plantea tres aspectos de la relación de Beccaria con la actualidad, así señala: 1) Beccaria sería el “padre del moderno Derecho Penal”, por él concebido como “un sistema de garantías al individuo”, como “un conjunto de límites racionales a la arbitrariedad y a los excesos represivos, dirigido a minimizar la violencia punitiva” (<https://www.youtube.com/watch?v=enCxVcxIS8A>); sin embargo, Ferrajoli afirma que dicha concepción ha sido contradicho por las legislaciones y prácticas penales democráticas. 2) Doctrina del poder limitado por el cual Beccaria sería el padre del Constitucionalismo garantista actual, un “sistema de límites y vínculos”, “no actuado y para construir”; 3) Dimensión pragmática sobre los fundamentos axiológicos del derecho penal, amputada por el método técnico jurídico, por lo que Beccaria propondría un sistema garantista penal de la “minimización de la violencia punitiva”.

Por otro lado, Ferrajoli expone algunos conceptos básicos de la obra de Beccaria: 1) Teorema general de Beccaria: “para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de los posibles, en las circunstancias de cada caso proporcionado de los delitos dictadas por las leyes”; 2) “El individuo cede la mínima de las porciones de su libertad, aquella que por si sola basta por si solo a defenderle a él. “el agregado de estas mínimas porciones posibles forma el derecho a castigar. Todo lo demás es abuso y no justicia, es hecho mas no derecho; 3) “Es a Beccaria a quien debemos dos orientaciones, máximas, postulados: “La máxima felicidad dividida entre el mayor número como directivo de toda legislación racional” (acuñada por Bentham); 4) “No hay libertad cuando las leyes permiten que en algunos eventos el hombre deja de ser persona y se convierte en cosa” (retomada por Kant); 5) Ferrajoli considera que la obra de Beccaria tiene su núcleo en la “minimización de la violencia penal”, que supone ha sido contradicho por la legislación y práctica penal. Ferrajoli afirma que aún así permanece un modelo normativo límite; 6) Beccaria sería inaugurador la doctrina del poder limitado, padre del constitucionalismo garantista actual; modelo de derecho como “sistema de límites”, a todos los poderes y libertades. Modelo para construir. Poder limitado, como sistema político constituyente; 7) Beccaria tiene una dimensión pragmática. Sin embargo el autor de *De los Delitos y Penas* no puede haber propuesto un sistema garantista penal porque no había aún un sistema de garantías, sino un sistema de penas; 8) Ferrajoli afirma que “derecho penal mínimo”, es de su autoría, y que le fue sugerido por Beccaria, porque éste indicaría que “para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de los posibles”, “la mínima de los posibles”; 9) El autor retoma el fundamento contractualista, por la que las personas han cedido la mínima porción de su libertad, indicando que no puede estar en la parte de la mínima proporción de los derechos cedidos el derecho para matar a los hombres. Ferrajoli pone en relieve el hecho de que Beccaria se pregunta: “quien

ha querido dejar nunca a otros hombres el arbitrio de matarlo, como puede estar en el mínimo sacrificio de la libertad de cada uno el mayor entre todos los bienes: la vida". Minimización de la violencia punitiva y la inadmisibilidad de la pena de muerte; 10) Dos máximas nacen de Beccaria: "la máxima feluicidad dividida entre el mayor número como directiva en toda legislación penal", que tiene a Bentham y todo el utilitarismo; y "no hay libertad cuando las leyes permiten que en algunos eventos el hombre deja de ser persona y se convierte en cosa", axioma de Kant como fundamento de su moral categórica. Es necesario remarcar que las doctrinas utilitaristas justifican las penas solamente como medio de prevención de los delitos. El derecho penal mínimo se funda sobre dos fines justificantes, no sólo sobre la prevención de los delitos, sino sobre la prevención de penas injustas, arbitrarias. Límites teorizados por Beccaria – dice Ferrajoli, minimizan la violencia punitiva. Límites como fines para proteger a los imputados. Ferrajoli afirma: "En resumen entre el utilitarismo contractualista que hace de Beccaria un precursor de Bentham, y el valor por el asociado a la persona como fin en si mismo, que lo hace un precursor de Kant, no solo no hay contradicción sino incluso hay correlación. Es en esto que reside la originalidad de beccaria y el fundamento filosófico mas general del garantismo". "de hecho la hipótesis del contrato social aun utilitarista se funda precisamente sobre la idea de los derechos fundamentales, empezando por el derecho a la vida, como derechos indisponibles, esto es como cláusulas rígidas que definen la razón de ser del pacto social, la finalidad del artificio jurídico, y valen por este motivo, para construir de un lado de que las personas no son cosas, sino fines en si mismo"; 11) Limitación de las penas: a) el principio de necesidad: toda pena que no se derive de la necesidad es tiránica dice Montesquieu; 12) Beccaria dice que los medios extrapenales para prevenir los delitos son la educación; 13) La infalibilidad de las penas: Ferrajoli dice: "Uno de los más grandes frenos de los delitos, escribe él, no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas, la certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otero más terrible, unido con la esperanza de la impunidad"; 14) Ferrajoli explica: retomando tesis de Montesquieu, sobre suavidad de las penas como medida de civilidad de un país. "existe un nexo entre la crueldad de las penas y el incremento de los delitos de sangre"; 15) Ferrajoli dice: "La certeza y minimización de las penas dependen de la certeza y minimización de sus presupuestos, a través del principio de legalidad, y antes del principio de economía, prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan nacer, sino crear otros nuevos"; 16) El principio de legalidad en virtud del cual solo las leyes decretan la pena de delitos, y no puede residir en la legislación, y el principio de estricta legalidad, cuyo principio de ofensividad, en virtud del cual la única verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad."

7.- Beccaria para nodier Agudelo Betancur.-

Este autor dice: "La obra de Beccaria se caracteriza por la crítica y propuesta. Crítica del sistema de justicia real, el Ancian Regin, entendemos por Ancian Regin el sistema político que rige hasta 1789; criticaba el sistema de justicia real, un sistema de cargos hereditarios, un sistema de nobleza, un sistema donde los cargos se compraban, etc, etc. En segundo lugar criticaba el sistema inquisitorial de justicia. Cuando hablo de sistema inquisitorial de justicia no me refieren solo a inquisición, por ejemplo, en Venecia había sistema inquisitorial de justicia; y un historiador resaltaba que en Venecia no había inquisición propiamente tal, pero claro no lo

necesitaban, porque el Consejo de los Diez era más terrible que cualquier inquisición eclesiástica. Criticaba el sistema inquisitorial basada en el secreto, en la prolongación ilimitada de la prevención preventiva, en la tortura como medio de adquirir Regina probation, la confesión, etc.” (<https://www.youtube.com/watch?v=y3lFTSEqnlw>). Agregando: “Beccaria también criticaba los rezagos de los juicios de dios, juicio del agua, juicio del fuego, el juicio del féretro. Recuerdan ustedes las ordalías, cuando al reo se le entregaba, al sospechoso un hierro caliente para si se quemaba era inocente, sino se quemaba era culpable. (...) O el juicio del agua fría. Se le echaba a una piscina llena de agua. Si se hundía era inocente, si flotaba era culpable, porque era sinónimo de rechazo.”

8.- Reseña sobre Beccaria.-

Beccaria nace en Milán, Italia, un 15 de marzo del año de 1738, y fallece con 56 años, el 28 de noviembre de 1794. Fue filósofo, abogado y economista, que estudio en la Universidad de Pavia. Su nombre completo es Cesare Bonesana marqués de Beccaria. Al parecer de la historia ayudó a fundar la Academia de los puños. Fueron influencia en su vida académica Montesquieu, Locke, Helvetius, y Alessandro Verri. No se distinguió por ser un prolífico escritor, pero publico ensayos de economía, y en el año de 1764, publicó, en seudónimo, lo que sería su más grande obra, “De los delitos y las penas”, que traducido al francés adquirió el título de “Tratado de los delitos y las penas”. Obtuvo gran acogida, pero especialmente por un filósofo excéntrico que le daría aquel revuelo que luego lo hizo pasar a la historia universal del derecho penal: Voltaire que hizo un comentario al libro “De los delitos y las penas”. Su obra se extendió a toda Europa. Beccaria estaba en contra de la pena de muerte y propugnó la prevención de los delitos, refutó la teoría por la cual se pensaba que la crueldad de las penas era eficaz y proponía en su reemplazo “la certeza de las sanciones penales”, antes que el aumento de la crueldad de las mismas que no surten eficacia alguna. Estaba en contra de la pena de muerte aduciendo que violaba el principio de indisponibilidad de la vida humana y al contrato social.

Beccaria alude al principio de proporcionalidad, al principio de legalidad (Feurbach), al principio del valor educativo de la condena (Tommaso Campanella). Si bien es contrario a la pena de muerte, la justifica solo por delito de rebelión y tración a la patria, la pena de muerte fuera el único freno para dejar de cometer delitos. Planteo también la abolición del tormento, como “procedimiento de prueba”, o como “castigo”. Asimismo propugnó que el juez sea sólo la boca de la ley, esté “atado al texto de la ley y no tenga capacidad para generar espontáneamente leyes penales”.

Escribió las siguientes obras: 1) De los delitos y las penas (1764); 2) Sobre el desorden monetario y su remedio en los estados milaneses (1762); 3) Investigación sobre la naturaleza del estilo (1770); 4) Elementos de economía pública (póstumo, 1804).

Se casa (1760) con Teresa Blasco, de origen hispana-siciliana, cuando aquella dama tenía 16 años. Siendo que el padre de esta se opuso, Beccaria se fugó con Teresa, un año después. En 1762 tiene a su primera hija. Casado dos veces. Con tres hijos, dos hijas de la primera esposa, y un hijo de la segunda esposa. Lector de los enciclopedistas. Su obra, De los Delitos y las Penas recibió los elogios de Voltaire (sus comentarios) D’Alembert, Diderot.

Dicen sus biógrafos que fue de “temperamento altamente volátil, con periodos de entusiasmo seguidos de depresión e inactividad. Reservado y algo

taciturno". De educación jesuita, excelente estudiante de matemáticas, se licenció en Derecho en la Universidad de Padua, en 1758, "Cesare Beccaria era propenso a los cambios de humor. Tuvo la tendencia a vacilar entre ataques de ira y estallidos de entusiasmo, a menudo seguidos por períodos de depresión y letargo. Era tímido en los entornos sociales, pero apreciaba sus relaciones con amigos y familiares." (<https://www.biography.com/people/cesare-beccaria-39630>).

IV.- BECCARIA Y EL ACTUAL NUEVO DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.-

¿Qué queda de Beccaria en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia? Al parecer quedan: 1) El principio de proporcionalidad; 2) El principio de control del poder punitivo; 3) El principio de ofensividad o lesividad; 4) El principio de garantías penales; y 5) El principio de legalidad.

1.- El principio de proporcionalidad en Beccaria y la orientación jurisprudencial actual.-

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente del Pleno Jurisdiccional Nro. 00034-2004-PI/TC, Fundamento 63: "63. En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha utilizado el test de proporcionalidad para la evaluación de medidas que presuponen afectación de unos bienes constitucionales a favor de otros (STC N.º 0016-2002-AI/TC, N.º 0008-2003-AI/TC, N.º 0018-2003-AI/TC, entre otras). En ese sentido, de acuerdo a los presupuestos desarrollados en la STC N.º 0048-2004-AI/TC (regalías mineras), dicho test se desarrolla a través de tres subprincipios: de idoneidad o de adecuación; de necesidad y de proporcionalidad en stricto sensu.

a) Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser apta o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone la legitimidad constitucional del objetivo y, la suficiencia de la medida utilizada.

b) Subprincipio de necesidad. De acuerdo con este, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

c) Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. De acuerdo con este, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

De acuerdo con el fundamento Nro. 4 del expediente nro. 01010-2012-PHC/TC Lima, se expresa: "4. El principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200º constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad. / 5. En su relación con las penas, el principio de proporcionalidad usualmente ha sido enfocado como una "prohibición de exceso" dirigida a los poderes públicos. De hecho, esta es la manifestación que se

encuentra recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en la parte en la que dispone que "[l]a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". No obstante, si se reconoce que, en razón del principio de lesividad, el derecho penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección (STC 0019-2005-Pl/TC, fundamento 35); el principio de proporcionalidad de las penas, prima facie, también implica una "prohibición por defecto", es decir, la prohibición -cuando menos como una regla general no exenta de excepciones- de que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho (cfr. Clérico, Laura, "La prohibición por lo insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad", Jan-R. Sieckman (editor), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marc· 1 Pons, Madrid/ Barcelona / Buenos Aires, 2011, p.169 y ss.). / 6. Por ello, el Tribunal Constitucional ha determinado "que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podrá, en un afán por favorecer 'a toda costa' la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material" (STC 0019-2005-Pl/TC, fundamento 41). / 7.- Si, así entendido, el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional, y el artículo 138º de la Constitución, establece que "[l]a potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...) con arreglo a la Constitución", existe una presunción de que el cuántum de las penas privativas de libertad impuestas por el juez penal guarda una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica".