

monografías

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



+Lectura
GRATIS
en la nube

CRISTIAN DAVID IBARRA SÁNCHEZ
Prólogo de E. RAÚL ZAFFARONI

ALGUNAS APORÍAS DE LA PUNIBILIDAD EN EL MARCO JURÍDICO-PENAL COLOMBIANO



ALGUNAS APORÍAS DE LA PUNIBILIDAD EN EL MARCO JURÍDICO-PENAL COLOMBIANO

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación y miembro de
El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos, Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional
en la Universidad de Colonia (Alemania)
Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del
Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

ALGUNAS APORÍAS DE LA PUNIBILIDAD EN EL MARCO JURÍDICO-PENAL COLOMBIANO

CRISTIAN DAVID IBARRA SÁNCHEZ

Ph. D. Giurisprudenza, Università degli studi Roma Tre

*(c) Ph. D. Estado de Derecho y Gobernanza Global, Universidad de
Salamanca*

Doctorando Filosofía, Universidad Complutense de Madrid

Mg. Derecho Penal y Procesal Penal Universidad Santo Tomás Tunja

Esp. Derecho Penal y Procesal Penal Universidad Santo Tomás Tunja

Abogado Universidad Santo Tomás Tunja

*Lic. Filosofía Pensamiento Político-Económico Universidad Santo
Tomás Bogotá*



tirant lo blanch

Bogotá D.C., 2022

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Cristian David Ibarra Sánchez

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
Calle. 11#2-16, Bogotá D.C.
Telf.: 4660171
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.com/co/
ISBN: 978-84-1130-053-7
MAQUETA: Disset Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

El fuero para el gran ladrón. La cárcel para el que roba un pan.

PABLO NERUDA

*Si el hombre fracasa en conciliar la justicia y
la libertad, fracasa en todo.*

ALBERT CAMUS

*A Stella Sánchez, Natalia Monroy y María Alejandra Ibarra.
Fuentes inagotables de amor.*

*A Henry Oswaldo Ibarra Dueñas.
Mi acompañante metafísico.*

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO	17
PRESENTACIÓN	21
INTRODUCCIÓN	23
 DE LA PENA CRIMINAL Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	 33
I. Concepto y naturaleza de la “pena criminal”	33
a) La potestad punitiva del Estado	38
b) La “necesidad” de la pena y el contexto del Estado de derecho.	41
c) Diferencia entre “pena criminal” y “pena administrativa”	44
II. Fundamento y función de la pena criminal	46
a) Teorías absolutistas o de justicia. <i>Punitur, quia peccatum est.</i>	47
b) Teorías relativas. <i>Punitur ne peccetur</i>	48
c) Teorías mixtas	55
III. La pena criminal y sus funciones lógicas	56
IV. Justificación y legitimación de la pena criminal como limitación de la libertad personal. Perspectiva filosófica y de teoría general del derecho	60
V. Definición de las Medidas de Seguridad	65
VI. Principios normativos de las medidas de seguridad	72
a) Principio de legalidad	72
b) Principio de proporcionalidad	74
c) Principio de razonabilidad	76
d) Principio de control judicial	77
VII. Diferencias y semejanzas entre medidas de seguridad y las penas	78
VIII. Distinción entre los principios que rigen las medidas de seguridad y las penas	82
IX. La inimputabilidad del sujeto	83
a) Inimputables por trastorno mental	86
b) Inimputables por inmadurez psicológica	87
c) Inimputabilidad en la diversidad sociocultural	87
X. La peligrosidad del agente	88
XI. Fines de las medidas de seguridad	91

XII. Clasificación de las medidas de seguridad.....	93
a) Internación para inimputable por trastorno mental permanente	94
b) Internación para inimputable por trastorno mental transitorio con base patológica.....	94
c) La internación en casa de estudio o de trabajo	95
d) La libertad vigilada.....	95
e) La reintegración al medio cultural propio	96

EL PROBLEMA EN CONCRETO: ALGUNAS APORÍAS DE LA PUNIBILIDAD EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO..... 99

I. Transición de la Punibilidad en el Derecho Penal Colombiano	99
a) La Escuela Clásica en el Código Penal de 1890.....	102
b) El Código Penal de 1936 y las incidencias de la Escuela Positiva....	105
c) El Código Penal de 1980. Los grandes aportes del movimiento alemán	109
d) Colombia como Estado Social de Derecho y su Constitución de 1991. Presupuestos de la punibilidad actual	112
e) La Ley 599 de 2000. El Código Penal colombiano en la actualidad..	122
II. Del principio de legalidad en las penas en el sistema penal colombiano y sus prohibiciones	138
III. Equivocidad del principio de legalidad en las penas frente a los trata- dos internacionales	150
IV. Derecho penal de autor y derecho penal de hecho frente a la peligrosi- dad del individuo en el ordenamiento jurídico penal colombiano	157
V. Populismo punitivo, principio de personalidad y ejecución de penas de manera inhumana.....	163
a) Problemática del sistema punitivo colombiano: la inestabilidad de la política criminal, el populismo punitivo y la irracionali- dad e indignidad humanas en la ejecución de la ley penal	167
VI. El hacinamiento en Colombia.....	176

UNA POSIBLE SOLUCIÓN DESDE EL DERECHO PENAL COMPARADO: EL SISTEMA PENAL ITALIANO Y SU PUNIBILIDAD 181

I. La pena privativa de la libertad como excepción al principio de la invio- labilidad de la libertad.....	183
II. La legalidad de la pena criminal en el contexto jurídico penal italiano ...	190
a) Equivocidad entre reserva legal absoluta y reserva legal relativa	194
b) Principio de irretroactividad de la ley desfavorable y de re- troactividad a la ley más favorable.....	195
c) Concepto de la disposición más favorable.....	197

Índice	13
d) principio del hecho o la materialización.....	198
e) Prohibición de la aplicación de la pena por la simple peligrosidad del sujeto.....	203
III. La responsabilidad penal personal.....	206
a) prohibición de responsabilidad por hecho ajeno	206
b) Responsabilidad objetiva y subjetiva	208
IV. Limitaciones a la tipología de las penas criminales y su contenido	210
a) Limitación de los tipos penales	212
b) Prohibición de la pena de muerte en Italia	213
c) Limitación al contenido de las penas criminales	216
V. Proporcionalidad de la pena.....	217
VI. La pena: su finalidad reeducativa y resocializadora.....	219
a) Punibilidad, derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Perspectiva de la doctrina penal italiana.....	226
VII. Hacia un verdadero sentido de la punibilidad.....	232
a) Res Objectum. Realidad Objetiva	233
b) La analogía.....	235
c) El garantismo penal a la luz del res objectum analógico.....	238
CONCLUSIONES	255
BIBLIOGRAFÍA	267
Fuentes Primarias.....	267
Fuentes secundarias	268
Fuentes normativas	275
Fuentes jurisprudenciales	275

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

C.N.	<i>Constitución Política de Colombia de 1991</i>
C.P.	<i>Código Penal Colombiano (L.599/2000)</i>
CPP	<i>Código de Procedimiento Penal Colombiano (L.900/2006)</i>
C.P. It.	<i>Codice Penale Italiano</i>
Inpec	<i>Instituto Penitenciario y Carcelario de Colombia</i>

PRÓLOGO

Este libro de Ibarra Sánchez no podría llevar mejor título: *aporías*. Se trata de lo que no encuentra salida o solución. Podría ser seguido por muchos otros volúmenes semejantes, uno por cada uno de los países de nuestra América. Sería una completa colección de lo inviable, porque da la impresión que lo realmente inviable en nuestra región es el propio derecho penal.

La comparación de la legislación y doctrina colombianas con las italianas recupera una tradición que desde hace más de medio siglo fue opacada por el brillo de la dogmática penal alemana.

Como lo destaca el autor, en la evolución de los códigos colombianos se observa sin duda una proximidad muy íntima: comenzó con un código de corte *clásico* y siguió con otro *positivista*, debiendo recordarse que, en medio de ambos y cuando el positivismo avanzaba haciendo estragos por nuestra América, el gobierno colombiano contrató una misión italiana, encabezada por Antonio Cordova, procurador en Milán, que hizo un proyecto en 1927 de corte no positivista. Por supuesto, mereció las peores críticas de los entonces *modernos* reduccionistas biológicos del *peligrosismo*, en sintonía con el *spencerianismo* racista dominante en nuestras oligarquías de esos tiempos. En Italia lo criticó violentamente Enrico Ferri en su *Scuola Positiva*, ya viejo y en vísperas de ser honrado como senador por el fascismo. Como era de esperar, el proyecto de Cordova fue archivado. Siguieron a estos dos primeros códigos otro que respondía a la pretendida *pax dogmática* tecnocrática del *código tipo*, hasta que después de la nueva Constitución se sancionó el vigente.

Pero las aporías no vienen ahora de los códigos, sino que éstos se destruyen cotidianamente, se descalabra el derecho penal en lo normativo, en el *deber ser*, y además, en el mundo del *ser*, de la realidad social, la aporía es todavía más evidente.

Los legisladores destruyen códigos al ritmo de los reclamos que acogen los medios de comunicación hegemónicos e incluso de los

que éstos inventan. Cuando los reclamos están referidos a problemas sociales reales, como los políticos carecen de poder para aportar soluciones eficaces, ofrecen venganzas como toda solución, pretextando un efecto disuasorio que todos sabemos que no existe. En realidad, la política estafa a la población con falsas soluciones y habilita irresponsablemente un poder punitivo que cuando más fuerte se hace, más huye de las manos del estado para caer en las de delincuentes.

La pena más frecuente no es formalmente penal, sino de pretendido carácter procesal: la prisión preventiva. Las penas privativas de libertad previstas en los códigos no son las que se ejecutan, puesto que éstas son precisamente las que prohíben las constituciones y el derecho internacional: crueles, inhumanas y degradantes, cuando no verdaderas torturas en prisiones degradadas a campos de reclutamiento superpoblados y manejados por bandas de delincuentes. Los jueces se convierten en autores mediatos de estas penas ilícitas y de las eventuales torturas.

La doctrina se desconcierta y se asila en un *mejor no pensar*, dedicándose a perfeccionar un modelo lógico cuyo único objetivo es la completividad interna del propio modelo, a partir de premisas falsas. No es posible introducir el menor dato de la realidad social, porque todos estos modelos se derrumban estrepitosamente. La más notoria aporía de la ciencia jurídico penal es que trata de contener al poder punitivo mediante su justificación, alucinando estados que nos existen, sin contar con que los propios estados han perdido su monopolio y, por ende, se está legitimando un poder delincuencial.

Nuestro derecho penal, el que hacen los legisladores (leyes), los jueces (jurisprudencia) y los doctrinarios (sistemas dogmáticos), está demasiado viejo y da la sensación de que se ha demenciado. Gastó sus neuronas tratando de legitimar lo que quiere contener. Quizá la única forma de resolver la aporía es injertándole más neuronas para que se dedique a lo único para lo que puede ser útil: a contener al poder punitivo dentro de límites mínimamente racionales.

Pero eso no es sencillo, porque choca contra los intereses de las corporaciones transnacionales, de sus agentes locales, de los medios monopólicos a su servicio, de los políticos que no saben cómo resolver los problemas sociales, de los doctrinarios que se dicen asépticos

del normativismo puro y de las burocracias judiciales que quieren esquivar dificultades.

E. RAÚL ZAFFARONI

*Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

PRESENTACIÓN

Una de las expresiones populares más comunes, cuando de aplicar justicia se trata, es aquella que solemos decir cuando alguien es capturado por un delito que ha cometido: “que le caiga todo el peso de la ley”. Esta afirmación recoge, tal vez, el sentimiento de impotencia y de inconformidad que tenemos frente al actuar de la justicia, especialmente de sus decisiones, las cuales en gran medida no compartimos por considerarlas “injustas”. En ese orden de ideas, pareciera ser que estuviese en nuestra naturaleza humana un deseo profundo de que se castigue al trasgresor de la ley con toda la severidad posible y con penas extremas, como una manera de compensar o resarcir, en algo, el agravio, la zozobra, la angustia, el dolor, el sufrimiento y el daño que causaron con sus actos. Y dado que ese deseo no es saciado como esperamos, se escucha con frecuencia que tenemos un sistema penal blando, que no responde al criterio de justicia que tienen otros países que si cuentan con un sistema jurídico fuerte, robusto y estable.

Para responder a ese anhelo de justicia del pueblo aparecen de vez en cuando propuestas de corte demagógico y populista que, olvidando algunos principios rectores del derecho como son la proporcionalidad y la razonabilidad, prometen normas que permitan aplicar con todo el rigor posible, rigidez e inclemencia, las penas y castigos a que hubiere lugar, más propios de la famosa ley del talión “ojo por ojo, diente por diente” que de un sistema penal moderno y resocializador.

Ese es, a mi modo de ver, el problema central sobre el que el Doctor Cristian Ibarra pone la lupa en este profundo y ameno texto que hoy ponemos en sus manos intitulado “Algunas aporías de la punibilidad en el marco jurídico-penal colombiano”. En su libro, tejido a partir de su tesis doctoral en derecho, el profesor Ibarra se propone, desde del pensamiento y el método de estudio de Santo Tomás de Aquino, insigne fraile dominico del siglo XIII, hacer un análisis estructurado, reflexivo y propositivo de las grandes falencias que en su esencia tiene el derecho penal colombiano al momento de ejercer su poder punitivo y de la sensación de injusticia que genera por la falta de una presunta política

criminal adecuada. Para lograr su objetivo, el autor describe con holgura y suficiencia los aspectos más relevantes que en materia penal se encuentran en estado de alerta y que requieren de un análisis filosófico y jurídico serio para generar transformación a través del Derecho e invita a hacer una reflexión que no abandone la dignidad humana como eje central del Estado Social de Derecho asegurándose que quien ha generado un perjuicio penal a la sociedad ha de resarcirlo en su justa medida, con la rigurosidad que la justicia reclama, pero sin excesos.

El libro que presentamos está dividido en tres capítulos. En el primero titulado “De la pena criminal y de las medidas de seguridad”, se aborda el marco teórico que iluminará investigación. En él se hace un estudio juicioso del concepto de pena y de los diferentes principios y teorías que sustentan sus criterios de aplicabilidad. En el segundo capítulo llamado “Algunas aporías de la punibilidad en el sistema penal colombiano”, se ofrece un sucinto recuento histórico de los códigos penales colombianos y se pone en evidencia la escuela filosófica y jurídica que los sustentan para pasar luego a hacer una aproximación analítica a la problemática del sistema punitivo colombiano, sobre todo en lo referente a la inestabilidad de la política criminal, el populismo punitivo y la irracionalidad e indignidad humana en la ejecución de la ley penal. En el tercero y último capítulo, el doctor Ibarra plantea, desde el derecho penal comparado, una posible solución a la problemática ya estudiada. En este apartado y a partir del sistema penal italiano y su punibilidad, aborda temas tan interesantes como la legalidad de la pena criminal, la responsabilidad penal personal, las limitaciones a la tipología de las penas criminales y de manera especial la finalidad reeducativa y resocializadora de la pena y su proporcionalidad, para concluir con una propuesta del verdadero sentido que ha de tener la punibilidad en el sistema penal colombiano.

Felicitemos al Profesor Cristian Ibarra por este excelente libro tan profundo como actual y que pone en evidencia una realidad tan arraigada en nuestros pueblos latinoamericanos: “la justicia injusta o la injusta justicia”. Esperamos que quienes se deleiten con su lectura puedan también ser iluminados por sus enseñanzas.

FRAY DIEGO ORLANDO SERNA SALAZAR, O.P.

*Prior Provincial de la Provincia San Luis Bertrán de Colombia
Presidente del Consejo de Fundadores de la Universidad Santo Tomás*

INTRODUCCIÓN

Toda aproximación jus-filosófica nace de un método epistemológico, que se inspira en (*finis in intentione*) y pretende lograr (*finis in executione*) una posible solución a una problemática o fenomenología existente. Por esta razón, el presente texto intitulado *Algunas aporías de la punibilidad en el marco jurídico penal colombiano* presenta una metodología investigativa inspirada en el pensamiento aristotélico-tomista, cuyo estudio a profundidad se hace efectivo en el Sistema Modular de la Universidad Santo Tomás en Colombia¹.

Lo primero que se dirá frente a la presente metodología es que el italiano Tomás de Aquino la implementó en el siglo XIII, pero ha sido el resultado de varias formas investigativas jurídicas. Basta con observar el pensamiento de Norberto Bobbio donde recalca el derecho como una triadidad en sus formas jurídicas en su texto *Teoria Generale del diritto*, “Capitolo secondo: giustizia, validità ed efficacia”, empleado dentro de tres campos: la sociología jurídica (ver, realidad jurídica), iusnaturalismo (juzgar, axiología jurídica) y positivismo jurídico (actuar, dogmática jurídica)², las cuales se engranan de manera efectiva para el fomento de la ciencia jurídica.

Razón de ser de lo anterior, dicha metodología sustenta que:

la enseñanza del Derecho a través del Sistema Modular comprende la existencia de núcleos problemáticos, al cual convergen todas las asignaturas y que comprende tres niveles de cuestionamiento en la Teleología del Derecho, estos son: Ver (observación de la complejidad del devenir social),

¹ Cfr. Tomás de Aquino, *Suma Teológica II*, II q57 (4.a ed.) (Collegii Provinciae Tolosanae, Ordinis Praedicatorum, Parisiis Editoris, 2001); Alberto Cárdenas Patiño, *Núcleos Problemáticos. Módulos del Siglo XXI* (1.a ed.) (Bogotá: Ediciones Universidad Santo Tomás, 2002).

² Norberto Bobbio, *Teoria Generale del diritto* (Torino: G. Giappichelli Editore. Recta ratio. Testi e studi, seconda serie, 2009). El capítulo segundo titulado “Justicia, Validez y Eficacia”, enmarca para el autor la triadidad donde se comprende el derecho objetivo.

*Juzgar (juicios de valor sobre la problemática social) y Actuar (posible solución con herramientas jurídicas a la fenomenología que surge de los puntos anteriores)*³.

Frente a este análisis, y llevando a cabo el ejercicio dialogante de Tomás de Aquino⁴, el presente trabajo converge en una pregunta problémica que se orientó de la siguiente forma:

1. *Afirmación inicial.* Todo sistema jurídico penal de orden mundial evoca directamente dos nociones relevantes: por una parte, la punibilidad contenida en la sanción criminal (sean penas o medidas de seguridad); y el control del poder punitivo por parte del Estado (*ius puniendi*).
2. *Contra afirmación.* Sin embargo, Colombia como Estado Social de Derecho evoca una precariedad y crisis fundamental en su noción dogmática penal y política criminal que acontece a un sistema penológico débil.
3. *Indicación del problema.* Luego, desde la perspectiva sistemática penal, ¿existe coherencia o carencia en la aplicación de la normatividad frente al contexto de la *punibilidad*, evocando fenómenos jurídicos como el “populismo punitivo” y el “emotivismo penal”, entre otros? ¿Por qué Colombia denota ciertas falencias y aporías frente a la punibilidad y su aplicación?

³ Alberto Cárdenas Patiño, *Núcleos Problemáticos. Módulos del Siglo XXI*, 2 y ss.

⁴ Ver: Carlos Alberto Cárdenas Sierra y Edgar Antonio Guarín, *Filosofía y Teoría del Derecho. Tomás de Aquino en diálogos con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann* (Bogotá: Editorial Universidad Santo Tomás, 2006), 102-103; donde se sustenta el contexto dialogante de Tomás de Aquino:

“El concepto de diálogo designa la actividad intersubjetiva de intercambio de afirmaciones y argumentos que posibilitan el descubrimiento de coincidencias y de acuerdos o de diferencias y desacuerdos. La etimología alude a la razón de un sujeto que se expone a la razón de otro sujeto, porque no puede encerrarse en sí misma, pues corre el riesgo de aislarse y de empobrecerse, al no poder conocer otras razones que pueden ayudar a comprenderse mejor o a superar las propias limitaciones. Connota extender, compartir, abrirse, pasar a través de, intercambiar. Quien “dia-loga” sale del encerramiento de su propia subjetividad y avanza hacia el mundo distinto del otro [...] el diálogo filosófico es un género literario que expresa sentimiento no dogmático, sino de construcción dialéctica”.

Así las cosas, luego del presente ejercicio dialéctico, se observa que un estudio en derecho penal que no hable de la punibilidad no tendría sentido, pues hablar de la pena y las medidas de seguridad es pronunciarse frente a la protección de bienes jurídicos, la seguridad y restauración del orden jurídico cuando éste es quebrantado con el hecho criminal. Además, implica aseverar la convivencia y coexistencia entre los integrantes de la sociedad y la aplicación de la fuerza del Estado, quien es el que tiene el control del poder punitivo.

Dicha potestad punitiva para la aplicación de la sanción criminal en cabeza del Estado se funda en unos principios jurídicos establecidos previamente a la promulgación de la ley penal y tienen por objeto la dinamicidad del derecho penal: la dignidad de la persona humana, la legalidad de los delitos y de las penas, la taxatividad, la razonabilidad, la igualdad material ante la ley penal y la proporcionalidad, entre otros. La denominada *punibilidad* es la configuración de la necesidad de sancionar, previa a los elementos de la antijuridicidad de los hechos delictivos y la culpabilidad de sus agentes. A lo acá mencionado, se denotan algunas carencias del sistema penal colombiano planteando otro cuestionamiento: frente a las falencias dogmáticas y políticas en el sistema penal colombiano, relevantes en aporías dentro de su punibilidad y su aplicación, ¿de dónde surgen dichas precariedades y cómo se puede encaminar una posible respuesta a este fenómeno?

Sin lugar a dudas, algunas respuestas que podrán establecer un contenido lógico para solucionar esta pregunta son: la corrupción, miseria humana, desigualdad, injusticia social, entre otros adjetivos negativos en los que se ve menoscabado el “todo social” colombiano⁵; empero, el presente trabajo se desarrolla directamente en el contexto jurídico sustancial y procesal, no se delimita a los campos sociológicos o los contextos culturales dentro de su identidad como reflexiones a mejorar las sociedades; trata, pues, de observar un ordenamiento jurídico-político que puede solucionar sus problemáticas o puede mejorarse, y para ello se hace necesario un estudio riguroso del derecho comparado. El razonamiento del presente trabajo se inspira en el

⁵ Es necesario explicar que dicho parámetro no nace de la subjetividad del suscrito, ello acontece a un estudio serio y de profundización. Ver: Alberto Cárdenas Patiño, “Materia Modular: el todo social colombiano”. En: *Núcleos Problemáticos. Módulos del Siglo XXI*, 21.

pensamiento y doctrina italiana, ponderando de manera directa soluciones a dichas contradicciones que encuentra el marco colombiano frente a las penas y medidas de seguridad en su aplicabilidad desde la metodología investigativa del derecho penal comparado.

Y, ¿por qué el desarrollo desde la doctrina y sistema penal italiano? Las razones que lo motivan son diversas. De una parte, el sistema penal italiano ha sido el mayor referente de orden mundial a través de la historia. Tanto su doctrina como su sistema penal han aportado grandes bases al derecho penal mundial. Tanto así, que referentes como Beccaria, Carnelluti, Carrara, Ferri, Betiol, Piglaro, Antolisei, Gallo, Ferrajoli, Trapani, entre otros, son la filosofía penal más referenciada y perenne en nuestra actualidad.

De otra parte, Colombia, dentro de su sistema penal, ha tomado como base en su normativa las corrientes italianas, a tal grado que el Código Penal de 1890 es de fuertes bases de la escuela clásica y el Código de 1936 referencia la escuela positiva. Además, el actual Código sigue la connotación italiana, pero a modo particular de ver, de forma mal entendida.

Por último, y de gran relevancia, el ejercicio del derecho penal comparado fundamenta horizontes para descubrir decisivamente un verdadero cambio de los problemas en el sistema; es equivoco susstraer concepciones, normativas o políticas criminales y de manera vehemente “copiarlas” y “pegarlas”, enajenados de toda “razón de ser” de dichos conceptos penales y/o jurídicos; es decir, en eso no consiste el derecho comparado, máxime, al efecto que trata la presente investigación con el sistema italiano, el trabajo pretende fomentar una confrontación con el sistema jurídico penal italiano (con su normativa, contexto histórico, axiología jurídica, dogmática, doctrina, etc.) y que develen una solución a los problemas que estos afrontan. Por esto, el presente escrito pretende proponer una manera alternativa del uso del derecho de los “otros” y revisar las implicaciones que ello trae a las problemáticas actuales propias. Quedan, entonces, bien descritas las palabras del doctor Jorge González Jácome:

La cultura jurídica colombiana no ha hecho un uso productivo de las metodologías disponibles en derecho comparado. Nuestra doctrina nacional ha entendido el término derecho comparado como un contraste entre dos o más normas que pertenecen a distintos sistemas jurídicos nacionales

sin reparar que este tipo de comparaciones contribuye para perpetuar viejas ideas colonialistas. Este fenómeno es evidente cuando la doctrina legal colombiana compara nuestras disposiciones jurídicas con aquellas que se profieren en lo que podría llamarse países del primer mundo. Bajo esta perspectiva parecería que el derecho viaja desde los países civilizados hacia los salvajes. Así las cosas, creo que una mirada alternativa al derecho comparado puede ser una herramienta útil como si para dejar de mirar los sistemas jurídicos estuvieran jerarquizados en donde los colonizadores continúan sometiendo al colonizado⁶.

Así las cosas, a la luz de lo mencionado, y desenvolviendo el contenido programático de la presente tesis, es necesario explicar su conformación y cuerpo. Tres son los capítulos que se desarrollan en el transcurso del texto y que sistemáticamente se expresan así: 1. La indicación de la sanción criminal desde el contexto filosófico y legal, el punto de partida será saber en qué posición se encuentran las penas y las medidas de seguridad en el marco penal de manera general; 2. El problema de la punibilidad en Colombia, identificadas de manera precisa donde se encuentran dichas “aporías”; y 3. La posible solución desde el derecho penal comparado italiano, pues identifica directamente una solución a entrever.

Se inicia entonces con el primer capítulo denominado “De las penas y las medidas de seguridad” que converge en el estudio genérico de la pena criminal, esto es, su concepto y naturaleza, indicando de manera sintética el porqué del castigo desde dos puntos de vista: el ontológico y el deontológico (función y fin de las penas). Sin embargo, vacío será el asunto si no se promulgan las diferencias que acotan frente a las penas administrativas que, de cierto modo, inferen en una sanción de orden público que no conlleva la misma fundamentación.

En virtud de lo dicho, se pretende analizar el fundamento y la función del castigo desde la perspectiva de las diversas teorías penológicas (retributiva y preventivas) en las que concurren los diversos sistemas penales en el orden mundial. La pretensión será determinar si la pena criminal tiene diferentes funciones lógicas y, en particular, la

⁶ Jorge González Jácome, “El uso del derecho comparado como forma de escape de la subordinación colonial”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, volumen 7, n.º 4 (2006): 296, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14017>

de prevención general negativa en su momento de amenaza abstracta. Por último, será necesario estudiar la libertad personal desde la perspectiva jusfilosófica y la teoría general del derecho en el marco de la operabilidad de la “pena criminal”.

El trabajo continúa con las denominadas “medidas de seguridad”. Se indicarán entonces los principios normativos (o sea, de derecho vigente, de fuente constitucional, de tratados y del código penal) en los que están enmarcadas.

El segundo capítulo llamado “El problema en concreto: algunas aporías de la punibilidad en el sistema penal colombiano”, se dirige al contexto histórico de las normas penales desde el siglo XIX hasta el día de hoy, y posteriormente se dirige a la comprensión del sistema penal colombiano desde una perspectiva aporética, esto es, como indagación sobre el “deber ser” normativo (lo que debería ser según el derecho vigente) y la “realidad” de los sistemas punitivos. Asimismo, se hace énfasis en la aplicación de los principios esenciales del derecho penal por parte de los operadores jurídicos dentro de los sistemas punitivos, tomando como referencia la función que cumplen dichos principios dentro de los procesos de función esencial, como foco de protección de los derechos fundamentales de las personas que se ven envueltas en un proceso penal.

Posteriormente se resaltan algunas dificultades en la aplicabilidad del principio de legalidad, muchas veces limitado por la normatividad supranacional con rango constitucional en el ordenamiento interno de los Estados. Dichos tratados y convenios internacionales afectan la aplicación de las normas existentes dentro de los mismos, violando de esta forma el principio de legalidad y afectando la seguridad jurídica de la cual deben gozar los ciudadanos. Como consecuencia de la variación en la aplicación de la ley, a partir de la adición de normas supranacionales a los ordenamientos jurídicos, se resalta la importancia del enfoque dado en Colombia al derecho penal. A esto se suman otros fenómenos que van en contravía de la aplicación de la normatividad penal, como el juzgamiento de delitos de autor, lo cual genera estados de confusión por parte de la sociedad, presentándose como vacíos legales que producirían la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Y, por último, se expone como problemática esencial del ordenamiento jurídico colombiano el “populismo punitivo” o “emotivismo

penal”, enfocado en el endurecimiento de la aplicación de la ley penal mediante la creación de nuevos tipos penales y la ampliación de las sanciones existentes, además de la inaplicación de penas que no tengan como consecuencia la privación de la libertad de los individuos. Este fenómeno a su vez produce el hacinamiento dentro de los centros de reclusión. Todo lo anterior como resultado de la intervención de la industria cultural y los *mass-media*⁷ y de las opiniones de colectivos reactivos, para quienes la única forma de sanción que realmente lleva a la consecución de una justicia real y eficaz es la privación de la libertad.

Finalmente, teniendo en cuenta que el derecho comparado será fundamental en el desarrollo de la presente investigación, el tercer capítulo intitulado “Una posible solución desde el derecho penal comparado: el sistema penal italiano y su punibilidad” se centra en el sistema penal italiano como fuente de esclarecimiento del camino que conduce a las complejidades que se exponen en la pregunta problemática. De esta manera, el estudio del derecho penal italiano se constituye en una necesidad para dar cuenta de los “caracteres” de la pena desde la perspectiva normativa, es decir, según el derecho penal vigente, y ya no fundamentado desde la perspectiva jusfilosófica, esto es, en tanto teoría general del derecho.

Así las cosas, por una parte, es necesario el estudio de la “pena privativa de la libertad personal” como “excepción” al principio de la “inviolabilidad” de la misma libertad, el cual reposa en el artículo 13 de la Costituzione della Repubblica italiana (en adelante C.R.I.), donde ésta se limita solo “por acto de la autoridad judicial (‘reserva de jurisdicción’) y en los casos y modos previstos por la ley (‘reserva de ley’, con referencia también a los delitos)”. Por otra parte, es menester el análisis de dos puntos: 1. La “taxatividad”, configurada en la legalidad estricta, con referencia a los delitos y a las penas; y 2. La “reserva de ley” con referencia al “procedimiento” aplicativo.

De otra parte, es imprescindible el estudio del artículo 9 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP),

⁷ De acuerdo con Adorno, los *mass-media* (cine, televisión, radio, etc.) tienen la capacidad de imponer valores y normas de comportamiento dentro del todo social.

el cual establece que ninguna pena criminal (en cuanto privación de la libertad personal) puede entenderse por “legítimamente aplicada” si no “por los motivos y según el procedimiento establecidos por la ley”.

Ahora bien, un criterio de fundamentación de la pena es el denominado principio de legalidad, por lo que su análisis se fundamenta en el sentido de las penas teniendo en cuenta tres dimensiones: 1) “reserva de ley” (desde la perspectiva de las fuentes) donde se observa una problemática en el derecho penal italiano en relación con su sentido absoluto y relativo; 2) “irretroactividad” de la ley desfavorable y “retroactividad” de la ley favorable; 3) principio del “hecho” o de materialidad, que además de la taxatividad (contemplada en el artículo 25 inciso 2 de la constitución italiana) se refiere también a la prohibición de la aplicación de la pena por la simple “peligrosidad” de un sujeto o por ser un “tipo de autor”, es decir, su aplicabilidad solo se presenta frente a un “hecho” calificable como delictivo.

Otro aspecto fundamental corresponde al principio de personalidad de la responsabilidad penal que establece la aplicabilidad de la pena solo al mismo autor de un hecho delictivo. De este principio se derivan dos fundamentos de las penas: 1) la prohibición de responsabilidad “por hecho ajeno”, 2) la prohibición de responsabilidad “objetiva” (lo que hace de un ser humano una persona son su “consciencia y voluntad”).

En relación con lo dicho, es relevante al acápite de las “Limitaciones” a las penas criminales, ya que su equivocada percepción resultan en enfrentamientos doctrinales frente a la prohibición de la pena de muerte (consagrado en la Costituzione dalla Repubblica Italiana en su artículo 27, inciso 4 y en el artículo 1 del Protocolo Adicional n. 6 a la Convención Europea de los Derechos Humanos), pues se describen una serie de restricciones: por una parte, la exclusión de todos los tipos de penas contrarias a la “dignidad humana” y al “sentido de humanidad”; por otra, las limitaciones al “contenido” de las penas criminales (ya tipificadas y previstas en el ordenamiento italiano en su artículo 27, inciso 3): *“las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad”*; y, por último, las restricciones referentes al denominado principio de “humanización de la pena”, contemplado en el artículo 10 del PIDCP, según el cual: *“cualquier individuo privado de su libertad debe ser tratado con humanidad y con el respeto de la dignidad inherente a la persona humana”*.

Posteriormente, se hará un análisis de la finalidad “reeducativa” y “resocializadora” de la pena criminal, sustentada en el derecho penal italiano dentro de sus preceptos legales y constitucionales; esto último en virtud del artículo 27 de la C.R.I., en su inciso 3 (“*la penas [...] deben tener como fin —“tender”, “aspirar” — la reeducación del condenado*”) y del artículo 10, apartado 3, del PIDCP (“*El régimen penitenciario debe comportar un tratamiento de los detenidos que tenga por fin esencial su arrepentimiento y su rehabilitación social*”).

En última instancia, de manera pretenciosa, el suscrito desea expresar una noción como “tesis” al concepto del garantismo penal o derecho penal mínimo, empero visto desde una analogía al concepto desarrollado por Ferrajoli e inmerso a una realidad jurídica latente como la colombiana. Así, este precepto a la analogía de la realidad jurídica ya citada afirma que toda garantía penal y procesal puede ser adaptada a la problemática del contexto propio de cada cultura jurídica (y más en concreto del presente texto: el colombiano), minimizando la violencia punitiva y garantizando la verdad procesal, puesto que toda garantía penal debe ser técnica de solución a la reacción punitiva.

La idea del derecho penal mínimo análogo y objetivo a la realidad de cada contexto global es la idea de un derecho penal no solamente más garantista, sino efectivo. Esta idea se aleja de la noción del derecho penal máximo (*extrema ratio*) que penaliza conductas irrelevantes, no ofensivas, no lesivas a los derechos fundamentales, que además produce burocratización, siendo imposible investigar todos los delitos. Como lo afirma el profesor Luigi Ferrajoli en sus conversaciones, la minimización es racionalización que excluye la condena del inocente y minimiza la respuesta punitiva. No se justifican penas draconianas o excesivas. Un sinónimo de garantismo es derecho penal mínimo, que a su turno persigue dos finalidades, la prevención de los delitos y la de las punitivas excesivas o arbitrarias.

No se puede dejar este texto librado al azar en agradecimientos, mucho menos no pronunciar siquiera (y con nudo en la garganta) reconocimiento y gratitud por la eterna y profunda dedicación al presente trabajo y a mi vida académica en los cuatro años (2017-2020) en la estancia académica doctoral en la Università Degli Studi Roma Tre. Por eso quiero agradecer infinitamente a mi maestro Mario Trapani,

quien se convirtió en guía para la presente monografía, por su paciencia y orientación que se ve reflejada en este trabajo. Igualmente, mi otro mentor y padre académico, el profesor Luigi Ferrajoli, quien tuvo tiempo y dedicación para escucharme y encaminar mis dudas en derecho y en la vida, fundamentando todos los saberes propios de sí para acoplarlos en el mayor signo de compañía e instrucción (el verdadero oficio de maestro).

Considero importante mencionar algunos amigos y colegas que me escucharon y de alguna forma agregaron algunas ideas al presente trabajo, ellos son: Erick Valdés Meza, Robinson Cárdenas, Willian Hernández, Miguel López (los dos últimos con el agregado de ser correctores de estilo). Igualmente agradezco a mis amigos Jorge Leonardo Castro y Juliana Vargas por revisar y estructurar el presente trabajo. En deuda por el gran signo de compañía, afirmando cada vez más que “el amigo ama en toda ocasión y es hermano en la adversidad” (Proverbios, 17.17).

Por lo demás, queda ahora este texto a consideración de los lectores para que lo critiquen de manera constructiva, a razón de que se convierta algún día en ayuda no solo académica, sino también en guía en los estrados judiciales y demás escenarios que convengan para el fortalecimiento de la ciencia del derecho penal.