

BECCARIA EN LA ACTUALIDAD LATINOAMERICANA

ALFONSO GONZÁLEZ LÓPEZ*



BECCARIA IN LATIN AMERICA TODAY

RESUMEN

La obra de BECCARIA, ha sido fundamental para entender el humanismo en el derecho penal, La génesis de garantías básicas como el debido proceso, la certitud de la justicia, el respeto por la dignidad humana, se han fundado en esta obra que da relevancia al hecho de que todo ser humano sometido a la acción penal tiene una serie de garantías, que deben mantenerse y que no pueden suspenderse, este tipo de figuras han perdurado en los códigos, en las Constituciones, en las aulas de clase, en las decisiones judiciales, es decir en el papel, sin embargo, a pesar de que sea un lenguaje universal, en muchas ocasiones esto se convierte en letra muerta que tiene la necesidad de traducirse en realidad, que desde el mismo Estado, desde la misma justicia se mire al ser humano como lo que es: una persona con derechos, que no se instrumentalice al ser humano como un objeto, sino que éste sea un fin en sí mismo. Se analizará la proporcionalidad de las penas para luego pasar a un somero estudio sobre la tortura y se finalizará con los conceptos de interpretación judicial, donde se dará una visión distinta a la de tan ejemplar tratadista, todos los que nos hemos inclinado por la línea del derecho de las penas debemos obligatoriamente ir acompañados de tan magníficos criterios como los del MARQUÉS DE BECCARIA.

Palabras clave: BECCARIA; Pena; Necesidad de la pena; Proporcionalidad en la pena; Derechos fundamentales; Humanismo; Respeto; Justicia; Interpretación de la ley.

* Abogado de la Universidad La Gran Colombia, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derechos Humanos en el Mundo Global de la Universidad del País Vasco, Magíster en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Docente universitario, estudiante regular de los cursos de doctorado de la Universidad de Buenos Aires, en Argentina, e-mail: alfonso253@hotmail.com].

ABSTRACT

Beccaria's work has been fundamental to understand the humanism in the law sentence, the genesis of basic guarantees as the due process, the justice certitude, the respect for the human dignity have been founded on this work. Which gives relevance to the fact that every human being submitted to the penal action has a series of guarantees, this must be kept and cannot be suspended; this kind of figures have lasted in the codes, in the constitutions, in the classrooms, in the judicial decisions; that is to say, in the paper. Nevertheless in spite of the fact that it is a universal language, in most occasions this becomes dead letter, dead letter that has the necessity of becoming reality, which from the State itself, from the justice itself, the human being has to be seen as what it is, a person with rights; not been instrumentalized as an object, instead it would be an ending itself. The proportionality of the penalty will be analyzed, then will go on to a shallow study on the torture and we'll finish with the concepts of judicial interpretation, which will give a different vision from the one of that exemplary scholar, all the ones who have inclined for the penalty laws line, should compulsory be accompanied by so magnificent criteria such as those of the Marquess of Beccaria.

Keywords: Beccaria; Law; Penalty; Penalty Necessity; Proportionality of Penalty; Fundamental Rights; Humanism; Respect; Justice; Law Interpretation.

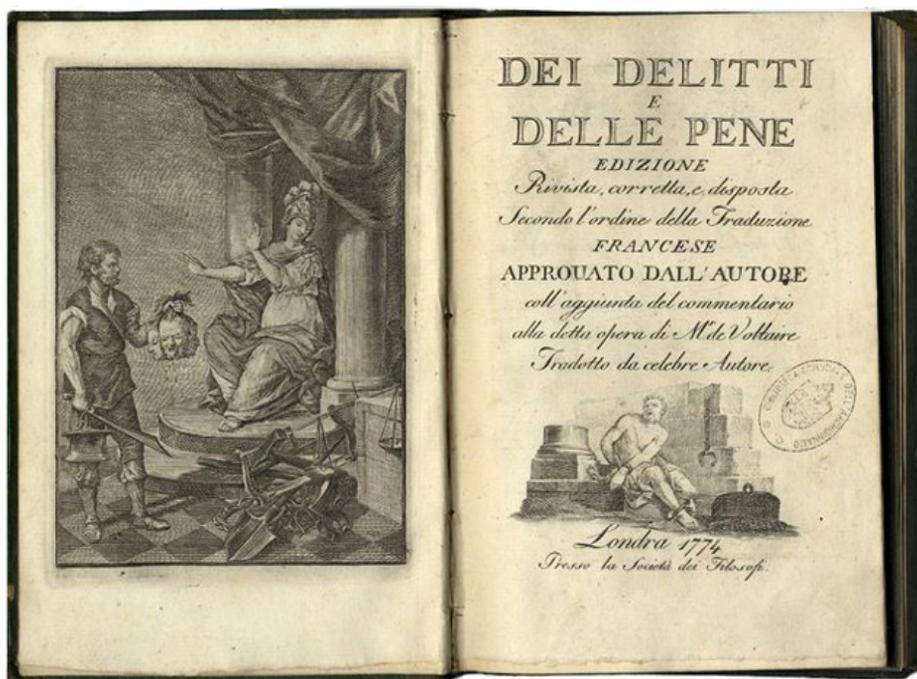
Fecha de presentación: 1.º de septiembre de 2016. Revisión: 19 de septiembre de 2016. Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2016.



I. BECCARIA Y EL CONTROL SOCIAL

Alguna vez vi que mi padre le entregaba a mi madre cuando ella estudiaba derecho en la Universidad La Gran Colombia, un libro viejo, ajado por los años y algo descuadernado que en letras café decía *De los delitos y las penas*, jamás entendí la importancia de aquel libro, hasta cuando de boca del profesor NODIER AGUDELO BETANCOURTH¹ aprendí lo caro que le ha costado al ser humano hacerse a unos derechos que le son propios por naturaleza, la lucha del hombre contra el

1 Profesor del Externado de Colombia, antioqueño y con una gran capacidad para transmitir el conocimiento del derecho penal, "Para el profesor No, la letra con sangre no entra, pero con la risa, Sí. Es su método; sabe que si el polémico médico usa el humor como estrategia de sanación, él también lo puede usar como el aprendizaje". Tomado de "Nódier Agudelo: El auténtico profesor 'No'", en [Correvedile.com](http://correvedile.com/carmenpinilla/profesor-nodier), disponible en [<http://correvedile.com/carmenpinilla/profesor-nodier>].



Edición de la obra *De los delitos y de las penas* de 1774, tomada de [<http://bmliterature.altervista.org/blog/contro-tortura-pena-morte-verso-governo-illuminato/>].

sistema que se tradujo para los penalistas y el hombre del siglo XVIII en una serie de premisas que luego fueron cimentando la corriente del humanismo, que tanto predicán las Constituciones.

En los absurdos inicios de la judicialización del hombre, o del derecho penal, tenemos la característica del teocentrismo, pues se superponía la política religiosa sobre la política de los hombres, todo giraba en torno a Dios, no había situación alguna que no se pusiera constantemente en relación con CRISTO y con la fe. La teoría de las dos espadas, fue el instrumento legitimador del poder por la Iglesia en la Edad Media². Se atribuye al Papa GELASIO I³ la proclamación con mayor arrogancia de su doctrina de los dos poderes, con la que poco después, el poder real tendrá que someter piadosamente la cerviz a

2 Caída del Imperio Romano, año 476-descubrimiento de América, 1492.

3 Argelia, ?-Roma, 19 de noviembre de 496, San Gelasio I, 49.º Papa de la Iglesia Católica entre el 1.º de marzo de 492 y el 19 de noviembre de 496.



Papa Gelasio I, tomada de [<http://vidas-santas.blogspot.com.co/2013/11/san-gelasio-i-papa.html>].

la sagrada autoridad de los obispos⁴. De allí que la Inquisición⁵ –obra original de la iglesia que luego fue compartida con el gobernante– tenía inicialmente como fin “mantener constantemente todas las personas en un estado total de sumisión a la autoridad moral de la Iglesia”⁶. Ello llevó precisamente a una serie de abusos tan grandes por parte de quienes detentaban el poder, que el hombre sufrió por centurias miles de vejámenes en nombre de Dios, ya que lo que se buscaba con la Inquisición era la expiación del pecado en la tierra, para poder ser libre en una vida futura, de allí que el castigo siempre haya sido un sufrimiento

para quien se le impone y que desde siempre no se hable de un principio de inocencia, sino por el contrario, de presunción de culpabilidad además que no existía el principio de igualdad, los nobles eran exentos del tormento y no se les podían aplicar ciertas penas corporales como los azotes, las mutilaciones o las galeras⁷. BENJAMIN RUSH en 1787 dice “No puedo por menos de esperar que se acerque el tiempo en que la horca, la picota, el patíbulo, el látigo, la rueda se considerarán, en la historia de los suplicios, como muestras de la barbarie de los siglos y los países y como las pruebas de la débil influencia de la razón y la religión sobre el espíritu humano”⁸.

4 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Derecho penal y Edad Media*, Bogotá, Giro Editores, 2004, p. 88.

5 Fundada en Languedoc (sur de Francia) en 1184 para combatir la herejía de los cátaros o albigenses.

6 GÓMEZ PAVAJEAU. *Derecho penal y Edad Media*, cit., p. 114.

7 *Ibíd.*, p. 177.

8 Citado por MICHEL FOCAULT. *Vigilar y castigar*, México D. F., Siglo XXI Editores, 2009, p. 19.

El control social, ha existido desde siempre en las relaciones humanas, el hombre siempre ha tenido que vivir del modo que otros quieren, fundamentado en la protección a un bienestar colectivo y donde los derechos de cada persona terminan donde inician los de los demás, además de haber nacido con un “pecado original” y es el llamado contrato social, donde CESARE BONESANA, MARQUÉS DE BECCARIA⁹, traduce dicha circunstancia en que el origen de las penas y el derecho a castigar deviene de



Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria (1738-1794), tomada de [https://en.wikipedia.org/wiki/Cesare_Beccaria].

leyes que son las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones e libertad sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación y el soberano es el depositario legítimo de ellas¹⁰.

Y creemos que esto es cierto, tanto como que la persona no puede vivir aislada en sí misma.

Para alcanzar sus necesidades, precisa de la comunicación con otras personas y de su auxilio. En una palabra, la existencia del *ego* supone de manera necesaria la existencia del *alter*, es decir que la existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia¹¹, sin embargo no es lo menos dejar claro que la convivencia del hombre no es idílica sino conflictiva, ello precisamente conlleva a la imposición de un régimen, así sea a través de una ficción subjetiva como el “contrato social” que permite a los dirigentes del Estado imponer

9 Milán, 15 de marzo de 1738-28 de noviembre de 1794.

10 CESSARE BECCARIA. *De los delitos y las penas*, 3.^a ed., introducción de NODIER AGUDELO BETANCOURTH, Bogotá, Temis, 2000, p. 11.

11 FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Derecho penal y control social*, Bogotá, Temis, 2012, p. 10.

normas de comportamiento, sin embargo, hasta allí todo parece supremamente claro y correcto, lo que deviene en la realidad es la imposición de aquellos que legislan con fulcro en otra falacia impuesta: la “democracia representativa” y que jamás buscan el bienestar de sus electores o coasociados, el sistema capitalista ha conllevado en que se deforme aquellos objetivos nobles y altruistas de la democracia, por ello en la actualidad el derecho penal se ha convertido no en una *última ratio* sino en una *prima ratio* que busca criminalizar cuanta conducta –por bagatelar que sea– acudiendo al llamado populismo punitivo que ha sumido en la última década el derecho penal en el mas feroz instrumento de violencia estatal¹² soterrado bajo un principio de “legalidad” que si bien es cierto en derecho material puede ser cierto, en el fondo la criminalización indiscriminada de ciertas conductas causan estupor y vergüenza y el derecho penal se convierte en el mas inconstitucional entre las ramas del derecho.



Libertad de expresión, tomada de [http://www.reddigital.cl/sociedad/36-derechos-humanos/9875-libertad_expression.html].

12 Ver al respecto por ejemplo, RAFAEL VELANDIA MONTES. *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, 2 tt., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2015, disponible en [www.ilae.edu.co].

En cierto modo los juristas, al menos aquellos que vivimos en determinada área, contemplamos cómo conceptos que creíamos imperecederos van debilitándose hasta casi desaparecer, substituidos por sistemas que prevalecen fundados en la fuerza, el miedo y el terror¹³.

Estos conceptos no han cambiado mucho, incluso en Colombia, hemos pasado décadas de terror estatal impuesto a través de la norma penal, ejemplo de ello el Estatuto de seguridad ciudadana¹⁴ donde el sólo hecho de portar un arma de fuego paso a tener una pena mínima de cuatro a nueve años y con la consabida prohibición para el otorgamiento de sustitutos penales, el aumento genérico de penas de 1/3 parte a la ½ realizada por la Ley 890 de 7 de julio de 2004¹⁵, el aumento de la pena en más de un 80% para los delitos sexuales con la Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006¹⁶ y la prohibición de sustitutos penales para autores de este delito, esta desastrosa estrategia estatal que busca inocular al condenado ha llevado un aumento desmedido en la población carcelaria, que se refleja en un hacinamiento de más del 200% en las cárceles, y la precariedad de un sistema carcelario que no puede responder de forma adecuada al crecimiento de la criminalidad.

La dignidad humana como pilar fundamental de un Estado de derecho como el colombiano, se ve apabullada por el mismo Estado, donde sus legisladores en un afán de hacerse visibles proponen al legislativo aumentar las penas de forma desproporcionada: por ejemplo, el hurto calificado tiene una pena que oscila entre los seis y los 14 años (art 240 C. P.¹⁷) y tiene prohibición expresa del artículo 68A

13 GUILLERMO CABANELLAS. *Beccaria y su obra*, Buenos Aires, Heliasta, 1993.

14 Ley 1453 de 24 de junio de 2011, *Diario Oficial*, n.º 48.110, de 24 de junio de 2011, disponible en [<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley145324062011.pdf>].

15 Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal, *Diario Oficial*, n.º 45.602, de 7 de julio de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14137>].

16 Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, *Diario Oficial*, n.º 46.446, de 8 de noviembre de 2006, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html].

17 Código Penal Colombiano, Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097, de 24 de julio de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>].

del Código represor de otorgarse sustituto penal alguno. Estas medidas regresivas en efecto devienen en un aumento desmedido de la población carcelaria, sin que se pueda responder en forma adecuada al crecimiento de los reclusos en las cárceles.

Son muchos los principios del derecho penal que han sido plasmados en las Constituciones y que tienen su raigambre en la obra de BECCARIA, no es desacertado afirmar que existe una estrecha relación entre el modelo de Estado y el derecho penal, así para Colombia, la Carta magna en su artículo 1.⁹¹⁸ se basa en el respeto de la dignidad humana, así se han consagrado principios fundamentales en el código represor en sus primeros artículos, es decir que estos lineamientos son de obligatoria observancia para quienes tienen tan altruista labor de administrar justicia y traducir en derecho material estos preceptos, así los conocidos límites subjetivos al *ius puniendi* (límites formales) son una muestra clara de la traducción de la obra de BECCARIA, el principio de legalidad, el principio de taxatividad, el respeto a la dignidad humana, el principio de juez natural, el principio de igualdad, en la proporcionalidad de las penas, el fin preventivo de la pena, la prontitud y la certeza en la imposición de la pena, el principio de presunción de inocencia, la prohibición al máximo de la detención peventiva, el rechazo a la pena de muerte y a la tortura, generó una serie de circunstancias que son de aplicación inmediata, no sólo por vía constitucional, sino supraconstitucional, pues muchos de estos principios son registrados en las múltiples convenciones como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹⁹ y la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁰.

18 Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

19 Suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

20 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217A (III), disponible en [<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>].



Eugène Delacroix. La liberté guidant le peuple (1830), salle Mollien, Museo de Louvre, tomado de [<http://daredart.blogspot.com.co/p/delacroix-la-liberte-guidant-le-peuple.html>].

En Colombia a partir de 1991, con la promulgación de la nueva Constitución se generó un fenómeno jurídico llamado *constitucionalización del derecho penal* al igual que del proceso penal, tanto el Código Penal como el de Procedimiento Penal²¹, insertaron en lo que se denominan principios, los llamados por los teóricos límites formales al derecho penal, así: en el primero, artículo 1.º *Dignidad humana*; Artículo 2.º *Integración*; Artículo 3.º *Principios de las sanciones penales*; Artículo 4.º *Funciones de la pena*; Artículo 5.º *Funciones de la medida de seguridad*; Artículo 6.º *Legalidad*; Artículo 7.º *Igualdad*; Artículo 8.º *Prohibición de doble incriminación*; Artículo 13. *Normas rectoras y fuerza normativa*. Lo propio ocurre en el segundo, artículo 1.º *Dignidad humana*; Artículo 2.º *Libertad*; Artículo 3.º *Prelación de los tratados internacionales*; Artículo 4.º *Igualdad*; Artículo 5.º *Imparcialidad*; Artículo 6.º *Legalidad*; Artículo 7.º *Presunción de inocencia*; Artículo 19. *Juez natural*; Artículo 21. *Cosa juzgada*.

21 Ley 906 de 31 de agosto de 2004, *Diario Oficial*, n.º 45.658, de 1.º de septiembre de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>].

Sin embargo, en otros países encontramos la misma influencia beccariana así, por ejemplo, en la Constitución de la Nación Argentina²²: Igualdad, (arts. 16 y 37); Legalidad, defensa, dignidad humana, debido proceso, juez natural (art. 18). La Constitución Política del Perú²³ los traduce así: Dignidad humana, defensa (art. 1.º); Derecho a la vida, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, intimidad personal, inviolabilidad del domicilio (art. 2.º num. 1, 2, 5 y 9); Legalidad, juez natural, prohibición de la tortura (art. 2.º num. 24 lit. h).

II. PROPORCIONALIDAD EN LAS PENAS

Es claro el legado de BECCARIA en nuestros ordenamientos jurídicos, están ahí las herramientas que humanizan el castigo, sin embargo al momento de analizar la imposición de un castigo, en algunas ocasiones el criterio y el concepto se van hacia otro extremo, podríamos decir que se acude –entre otros– al análisis de ÉMILE DURKHEIM²⁴ sobre el castigo, el cual parte de la necesidad de encontrar un hecho social “a través del cual pueda definir el orden moral –entendido como aspecto vital social, alrededor del cual se crea la comunidad y la solidaridad social”²⁵ como dice la autora, estos estudios sobre el castigo nos ayudan a descubrir las estructuras de la actividad social y los entramados del significado cultural, dentro de los cuales opera el castigo, proporcionándonos una base prescriptiva sobre los criterios normativos de política criminal, entonces cabe preguntarnos si aún en esta modernidad las sanciones penales beben de la fuente de la moral, para contestar que es del todo cierto, aún a pesar de que existe un iluminismo en el derecho, una transformación en la sociedad, el legis-

22 22 de agosto de 1994, disponible en [http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD18/contenidos/informacion/leyes/constituciones/constitucion_nacional.pdf].

23 Promulgada el 29 de diciembre de 1993, disponible en [<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>].

24 DAVID GARLAND. *Castigo y sociedad moderna un estudio e teoría social*, México D. F., Siglo XXI Editores, 1999, p. 41 y ss., tal como lo cita LINA MARIOLA DÍAZ CORTES. *Consideraciones sobre el castigo, una perspectiva desde la sociología*, Bogotá, Leyer, 2009.

25 JULIO E. S. VIRGOLLI. *En la razón ausente. Ensayo sobre criminología crítica política*, Buenos Aires, Editores Puerto, 2005, p. 56, tal como lo cita DÍAZ CORTES. *Consideraciones sobre el castigo, una perspectiva desde la sociología*, cit.

lador criminaliza lo que considera inmoral, concepto bastante subjetivo y que en la actualidad se ve influenciado por el gran crecimiento y auge de iglesias cristianas que han llegado a obtener curules en las asambleas legislativas o en el Congreso como en Colombia, tanto así que, por ejemplo, se siguen tramitando proyectos de ley donde se imponga cadena perpetua a autores de varios delitos.

Lo curioso de estos fenómenos legislativos es que son aceptados por la mayoría de la comunidad o por lo menos así se deja ver la prensa, quien hace el juego al punible “de moda”, se trata de mostrar una conciencia colectiva donde el castigo penal se desfigura de su característica proporcional, necesario y razonable, además que desaparece la función preventiva de la pena, tanto la especial como la general en sus vertientes positiva y negativa, se ha tomado la sanción punitiva como una retribución “justa” y sin ningún otro miramiento, incluso se pide la pena de muerte para ciertos delitos, descontextualizando el principio de proporcionalidad de la sanción punitiva.

Sin embargo tan preciado principio fue tratado por BECARIA cuando afirma que



El ahorcamiento por caída corta, tomado de [http://www.escalofrio.com/n/Misterios/El_Ahorcamiento/El_Ahorcamiento.php].

fue, pues, la necesidad lo que construyó a los hombres a ceder parte de la propia libertad, es cierto, por consiguiente que nadie quiere poner de ella en el fondo público mas que la mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás a que los defiendan a él. La suma de esas mínimas porciones posibles constituye el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, no justicia, no derecho²⁶ [...] Las penas por consiguiente, y el método de infligirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada la proporción, produzcan la impresión mas eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo²⁷.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando afirma

En el marco del derecho penal de la sociedad democrática, que supone la cuidadosa tipificación de las conductas ilícitas y la medición razonable de sus consecuencias, debe existir una graduación adecuada de las reacciones punitivas conforme a los bienes jurídicos afectados y a la lesión causada o al peligro corrido. La mayor jerarquía del bien protegido a través de los tipos penales y la mayor gravedad del daño ocasionado o del peligro corrido determinan la severidad de la sanción aplicable. No es admisible sancionar la tentativa, que es la figura a la que se refiere el expediente integrado en este caso por las autoridades competentes, con penas muy elevadas que debieran asignarse al delito consumado. Si se pierde de vista este principio, como en efecto sucedió, se habrá mellado el principio de proporcionalidad de la pena²⁸.

La proporcionalidad no es ajena a los regímenes penales-constitucionales, de allí que a finales del siglo xx, desde los tribunales constitucionales se empezara a hablar del test de proporcionalidad, en Colombia tenemos –entre otras– la Sentencia C-674 de 9 de septiembre de 1999²⁹, así como sentencias en las que se sentó jurisprudencia en temas como amnistia e indulto-parámetros de razonabilidad y proporcionalidad del legislador para determinar delitos conexos

26 CESSARE BECCARIA. *Los delitos y las penas*, México D. F. y Buenos Aires, Editorial José M. Cajicá, 1957, p. 65.

27 BECCARIA. *De los delitos y las penas*, cit., p. 11.

28 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, 11 de marzo de 2005, voto concurrente del juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.pdf].

29 MM. PP.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y Álvaro Tafur Galvis, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-577-14.htm>].

al político que gozan de dicho beneficio³⁰, bloque de constitucionalidad con relación al tratamiento penitenciario-limitación de derechos restringidos por condición especial de los internos bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad³¹, concepto jurídico indeterminado de “moral” en los procesos sancionatorios-deben desarrollar con mayor rigurosidad el concepto de tipicidad, razonabilidad y proporcionalidad como garantía del debido proceso³², libertad de configuración legislativa en materia punitiva-criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad como límites materiales³³.



De las penas, tomado de [<http://www.derechoareplica.org/index.php/derecho/411-derecho-penal-minimo-y-estado>].

-
- 30 Sentencia C-577 de 6 de agosto de 2014, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-577-14.htm>].
- 31 Sentencia C-143 de 6 de abril de 2015, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-143-15.htm>].
- 32 Sentencia C-931 de 3 de diciembre de 2014, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-931-14.htm>].
- 33 Sentencias C-575 de 26 de agosto de 2009, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-575-09.htm>]; C-365 de 16 de mayo de 2012, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-365-12.htm>]; C-742 de 2012, cit.

Así ha dicho entonces en la Sentencia C-742 de 26 de septiembre de 2012 que:

La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado.

Pero algo muy importante es dejar en claro que en Colombia, la Corporación guardiana de la Constitución igualmente ha sido en algunas ocasiones estricta frente al fenómeno de la proporcionalidad,

es preciso no perder de vista que la Corte ha sido particularmente cuidadosa al examinar normas penales que estén orientadas a sancionar abusos del ejercicio de las libertades de expresión, de prensa y de reunión, consideradas como esenciales para la democracia y para el control del ejercicio del poder³⁴.

34 Así sucedió en las sentencias C-417 de 26 de junio de 2009, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-417-09.htm>] al estudiar una demanda de inconstitucionalidad dirigida en contra del numeral 1 del artículo 224 de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”; C-442 de 25 de mayo de 2011, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-442-11.htm>], al analizar las demandas de constitucionalidad dirigidas contra los delitos de injuria y calumnia regulados en los artículos 220 a 228 de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”; y en la C-575 de 2009, cit., en la que la Sala Plena de esta Corporación declaró inexecutable la disposición que consagraba como delito el ultraje a símbolos patrios. En estas tres sentencias, se reconoce que la libertad de reunión, en todas sus manifestaciones, tiene el carácter de un derecho preferente, a favor del cual existe una presunción de constitucionalidad, que por servir de garantía a los espacios de pluralismo dentro de la sociedad, puede ser limitada sólo bajo los siguientes supuestos: i) Por una necesidad social imperiosa que a su vez, determina ii) Que la medida además de ser útil, debe ser razonable u oportuna; y iii) En el análisis de ponderación o proporcionalidad propiamente dicha de la medida, ha señalado que uno de los criterios en juego es, precisamente, la existencia de derechos preferentes que incrementan de modo serio el peso de una libertad sobre otra. Ver también la sentencia C-417 de 2009, cit. La Corte Constitucional ha aplicado en anteriores decisiones la presunción de primacía de la libertad de expresión en casos de conflicto con otros derechos. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-602 de 12 de diciembre de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-602-95.htm>], se explicó que la libertad de expresión en un Estado democrático y liberal, por lo general prima sobre los derechos al buen nombre y a la honra, salvo que se demuestre una intención dañina o una negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que violan o amenazan los derechos fundamentales: “El artículo 20 de la Constitución consagra el derecho de toda persona a expresar libremente su pensamiento y sus opiniones. En un Estado democrático y liberal como el nuestro, este derecho es prevalente y generalmente se le otorga primacía

Ha dejado del todo claro el respeto del principio de proporcionalidad, en especial en materia punitiva, con lo que aquí se advierte el legado de BECCARIA, que a nuestro juicio es de las más importantes aportaciones de la obra *De los delitos y las penas* a las jurisdicciones del mundo y en especial, de Latinoamérica. En Argentina, se advierte que

Es doctrina de la Corte Argentina al igual que del Tribunal Constitucional español (cfr. STC del 4 de julio de 1991) señalar que existe un margen importante de discrecionalidad política por parte del poder legítimo para escoger los medios y las medidas que considere idóneas para la obtención de ciertos fines. La política criminal como parte del ejercicio del poder político a través del Congreso dispone en consecuencia de una marcada amplitud para actuar. Sin embargo, dentro del Estado de derecho resulta igualmente evidente que esa actuación está reglada por criterios que parten de la organización constitucional del poder político y que deben ser evaluadas por los tribunales (cfr. en ese sentido las sentencias del Supremo español del 10 de diciembre de 1991, del 28 de febrero de 1994, del 3 de marzo de 1994)³⁵.

Esto quiere decir que el principio de proporcionalidad orbita alrededor de la configuración del legislador y que es un claro límite al ejercicio del poder punitivo, pues deben respetarse características de

sobre los derechos al buen nombre y a la honra, con los cuales frecuentemente resulta enfrentado, salvo que se demuestre por el afectado la intención dañina o la negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que vulneran o amenazan sus derechos fundamentales...". En el mismo sentido, en la Sentencia SU-1721 de 12 de diciembre de 2000, M. P.: Álvaro Tafur Galvis, disponible en [<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU1721-00.htm>], se señaló que cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión ejercida a través de los medios de comunicación y otros derechos fundamentales, en principio prima la libertad de expresión, por la importancia de la prensa para una democracia: "Tratándose de los supuestos de conflicto de la libertad de expresión a través de los medios de comunicación, aún de la libertad de información con los derechos a la honra y al buen nombre, estos últimos deben ceder ante aquel, dada la función primigenia de control social que cumple la prensa". Ver también la Sentencia SU-1723 de 12 de diciembre de 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/SU1723-00.htm>]: "... la restricción de cualquier derecho solo es jurídicamente aceptada cuando antecede una ponderación con otros derechos o bienes constitucionales, y ésta privilegia la información o la libertad de expresión".

35 GUILLERMO JORGE YACOBUCCI. "El principio de proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal", en Sistema Argentino de Información Jurídica -SAIJ-, 2004, disponible en [<http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf040067>].

última ratio del derecho penal y que se requiere de un antropocentrismo preponderante en la legislación, es decir, entender que la legislación debe ser congruente con los principios generales del derecho y que si bien se busca en control social a través de ella, esta no puede producirse a costa de los sacrificios de garantías fundamentales, mucho menos en una sociedad contemporánea.

Por eso la Corte Suprema (Argentina) exige que los jueces siempre ponderen, aún en los casos de delitos de peligro abstracto, que exista proporcionalidad entre el instrumento normativo sancionador y las finalidades preventivas (Fallos, 321:3103). Sobre la base de esa vinculación axiológica, habrá de verificarse si existe correlación entre sanción y bien jurídico (Fallos 318:207) y la existencia de un nexo causal entre la conducta y el fin que se persigue resguardar (Fallos, 313:1333, considerando)³⁶.

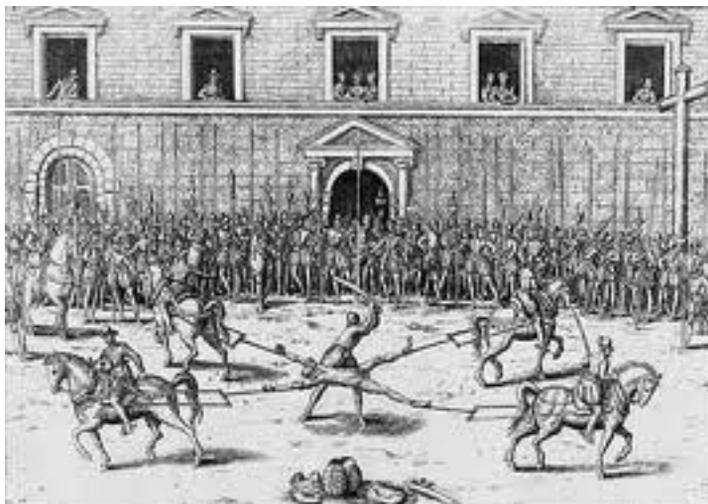
Analicemos entonces cómo el principio de proporcionalidad atañe a tópicos constitucionales, pero estos deben ser observados por el legislador al momento de crear el tipo penal, por el juez al momento de ponderar la sanción punitiva y su aplicación o imposición y por sobre todo, en la parte de ejecución de las penas, si se estudia a profundidad este tópico de la proporcionalidad se podrá establecer que se encuentra ligado íntimamente con otra serie de principios de igual raigambre constitucional, pues el plazo razonable se halla en conexidad con este principio, el debido proceso, el principio de igualdad, el principio de juez natural, pues no resulta proporcional que un ciudadano civil sea juzgado por tribunales militares, el acceso a la justicia, el derecho de defensa o la duración del proceso penal, entre otros.

III. DE LA TORTURA

La dignidad humana proscribire, en consecuencia, cualquier trato cruel e inhumano o degradante entre ellos la tortura, este tópico fue ampliamente tratado por BECCARIA en su capítulo XII, así lo han entendido las Constituciones latinoamericanas y las mismas codificaciones penales, incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos –COIDH–

36 Ídem.

tiene una gruesa línea jurisprudencial al respecto. No es desacertado manifestar que muchísima de la jurisprudencia de la COIDH está relacionada con la justicia penal.



Pena de muerte por desmembramiento, tomado de [<http://nodulo.org/ec/2014/n153p02.htm>].

Hasta 2014, la COIDH ha conocido 89 casos sobre tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo que representa un 51,74% del total de casos de los que ha tenido noticia en materia de justicia penal, en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, de los cuales 60 se refieren a tortura, temática que fue motivo de análisis desde la primera sentencia de fondo, en el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*³⁷, hasta el más reciente en la materia, el caso *J. vs. Perú*³⁸⁻³⁹. La regulación normativa de la tortura en el ámbito internacional se dirige funda-

37 Sentencia de 29 de junio de 1988, fondo, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf].

38 Sentencia de 27 de noviembre de 2013, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf].

39 EDUARDO FERRER MAC-GREGOR. "Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 59, 2014, disponible en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf>].

mentalmente a instituir su prohibición absoluta⁴⁰. La noción de tortura es abordada exclusivamente por la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁴¹ y por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁴²⁻⁴³.

Podríamos decir que a pesar de que la tortura se encuentra proscrita por muchas normas nacionales e internacionales, es una práctica concurrente por agentes del Estado, ello con la finalidad de extraer una verdad que a la postre resulta ilegal, inocua, esto sucede desde la Edad Media, cuando el procesado era un objeto del proceso y la tortura ocupó un papel básico, sustancial y definitivo en el sistema procesal penal. La tortura no era una pena sino un medio probatorio⁴⁴, nada distinto a lo que se evidencia hoy, con todo ello, los Estados han sido tardíos en proscribir dicha conducta, en Colombia fue incorporado en forma directa a la legislación interna del país en virtud de la Constitución de 1991. El Código Penal colombiano tipifica el delito de tortura (art. 178 Ley 599 de 2000)⁴⁵. En Argentina –hasta la san-

40 “En el mismo sentido, ANA SALADO OSUNA (2005, 97): Los malos tratos (la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) están prohibidos en el derecho internacional contemporáneo con carácter absoluto en el sentido de que no pueden ser objeto de derogación, ni siquiera en caso de peligro público que amenace la vida de la nación. De ahí que en la actualidad tales prohibiciones tengan una doble dimensión normativa: norma del derecho internacional general (obliga a todos los Estados al margen de cualquier vínculo convencional) y norma convencional (obliga a todos los Estados que están vinculados con el tratado de derechos humanos que contenga la prohibición). Sin embargo, sólo la tortura en tanto norma del derecho internacional general ha alcanzado la categoría de *ius cogens* (imperativa y perentoria)”, como se cita en GALDÁMEZ CELADA. “La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit.

41 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1), disponible en [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>].

42 Organización de Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional, disponible en [<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>].

43 GALDÁMEZ CELADA. “La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit.

44 GÓMEZ PAVAJEAU. *Derecho penal y Edad Media*, cit, p. 172.

45 COALICIÓN COLOMBIANA CONTRA LA TORTURA –CCCT–. Situación de tortura en Colombia, Bogotá, CCCT y Santamaría Fundación, abril de 2014, disponible en [<http://relapt.usta.edu.co/images/Coalicion-Colombiana-contr-la-Tortura-Situacion-de-Tortura-2014.pdf>].

ción de la Ley 14.616 del 30 de septiembre de 1958⁴⁶ las referencias garantistas contenidas en la Constitución Nacional y sus fuentes (en especial el acta emanada de la Asamblea General Constituyente de 1813)

con relación a la abolición de tormentos y azotes [...] La mas reciente dictadura militar (1976-1983) fue un exponente mas de esta difusión regional de la que gozaba el empleo de la tortura. Tras montarse un formidable aparato de poder clandestino, en el que se encolumnaron todas las fuerzas armadas y de seguridad del Estado, y que tuvo como epicentro de las operaciones relacionadas con el terrorismo de Estado impuesto, a los denominados eufemísticamente *centros de reunión de detenidos*, o como se les conoció posteriormente, *centros clandestinos de detención y tortura*⁴⁷.

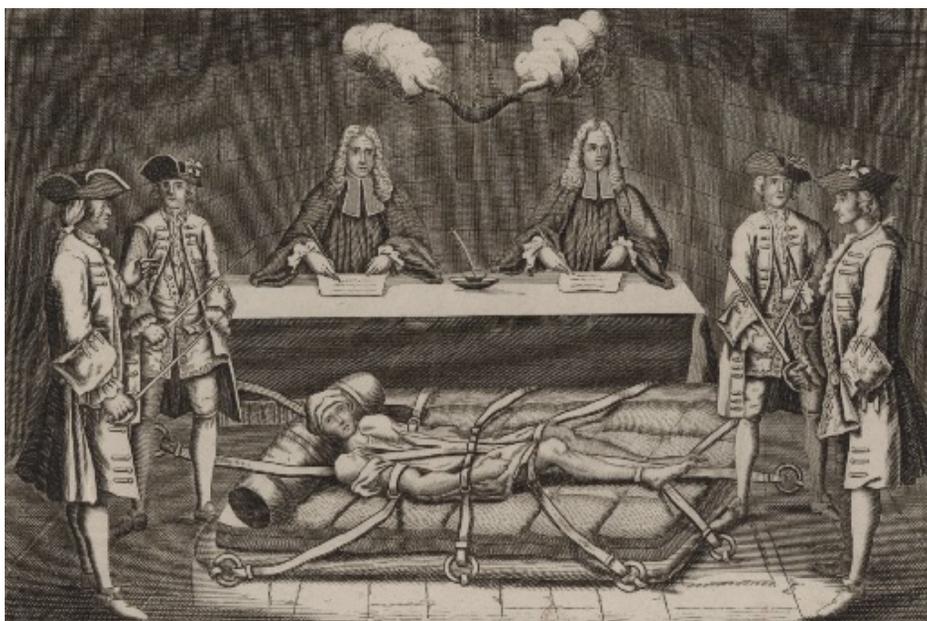
Lo particular de esta práctica que era rechazada por BECCARIA, es que a pesar que desde el siglo XVIII se recomienda no practicarla, resulta paradójico que varios siglos después los detentadores del poder continúen con esa práctica con la misma finalidad probatoria que se desarrollaba en la Edad Media. La finalidad de la tortura ha sido recogida en los instrumentos internacionales, que no por ello han dejado de incorporar finalidades más amplias de las concebidas en el pasado, ya que como es lamentable, su práctica ha permitido apreciar en el ánimo de los autores nuevos objetivos, como la búsqueda de la aniquilación de la personalidad o el control social⁴⁸. No queda muy lejos en la actualidad la barbarie de la tortura como el conocido pasaje de ROBERT FRANÇOIS DAMIENS, quien fue condenado el 2 de marzo de 1757 a pública retractación y fue llevado a la plaza de Gréve, donde sufrió los vejámenes y horrores que MICHEL FOUCAULT nos narra detenidamente en su célebre obra *Vigilar y castigar* (Buenos Aires, Siglo XXI, 2002), a pesar de ello, el hombre no ha aprendido a desechar la tortura como mecanismo represivo y odioso con el fin de alcanzar

46 Sancionada el martes 30 de septiembre de 1958. Promulgada el lunes 13 de octubre de 1958, *Boletín Oficial*, n.º 18.767, de 17 de octubre de 1958, disponible en [<https://juicio-senlaplata.wordpress.com/2015/03/02/ley-14616/>].

47 DANIEL EDUARDO RAFECAS. *La tortura y otras prácticas ilegales a los detenidos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, p. 97.

48 GALDÁMEZ CELADA. "La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit.

objetivos probatorios o de verdad, arrancados con los gritos y sufrimientos, con agonía y con sangre, sin el mas mínimo asomo de misericordia, infligiendo dolor a quienes son sometidos a esta barbarie, para luego salir victoriosos a revelar una verdad mediocre producto del sufrimiento.



El suplicio de Robert François Damiens, ante los jueces en el Chatelet, Paris, 2 de marzo de 1757, tomado de [<http://www.ilcolorificio.org/denizeroglu/>].

IV. DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

A nuestro juicio, uno de los aspectos negativos de la obra del maestro BECCARIA se encuentra en el capítulo IV que hace referencia a la interpretación de las leyes. Si bien el contexto temporal de cuando la obra nació es del todo distinto al actual, la interpretación de la ley es una cualidad inherente en el ejercicio del juez, pues éste no puede ser la boca de la ley, es decir sumirse en una interpretación exegética y literal de la norma, ello lo apareja de manera inescindible la constitucionalización del derecho penal y del proceso penal, ello conlleva a que el juez realice un razonamiento de la aplicación de la ley desde el punto de vista constitucional, e incluso inaplique alguna norma por

considerarla inconstitucional, de conformidad con el control excepcional de constitucionalidad,

La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4.º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución⁴⁹.

Aplicar una norma penal de manera literal, es caer en el mayor despotismo y la mas crasa indiferencia frente al procesado, las normas deben ser interpretadas de cara a las normativas superiores, es decir la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, la interpretación de la norma es la que ha enriquecido el derecho penal y lo ha afianzado en un raigambre constitucional, en una serie de derechos inherentes al ser humano protegidos por instrumentos constitucionales y supra-constitucionales, si bien es cierto en Colombia de conformidad con el artículo 230 de la Constitución



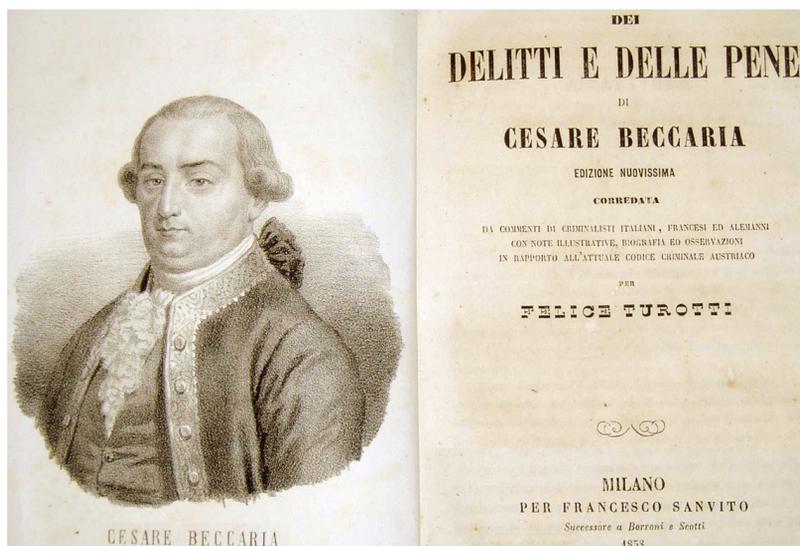
Interpretación de la ley penal, tomado de [<http://historiadeldelictos.blogspot.com.co/2006/10/interpretacion-de-la-ley-penal.html>].

Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

49 Sentencia C-122 de 1.º de marzo de 2011, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-122-11.htm>].

No es lo menos decir que esos principios generales del derecho y la doctrina, ayudan a modular las decisiones judiciales En Sentencia C-621 de 30 de septiembre de 2015⁵⁰,

la Corte determinó que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Encontró que mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión. La Corte reconoció que la utilización de estas fórmulas, lejos de atentar contra el artículo 230 de la Constitución vienen a reforzar el sistema jurídico nacional y son perfectamente compatibles con la jerarquización de las fuentes que establece el postulado constitucional, puesto que la jurisprudencia no crea normas sino que establece las formulas en que el juez, tanto en la parte considerativa como en la parte resolutive, debe llevar la normatividad a los casos concretos⁵¹.



De los delitos y de las penas, en edición de Francesco Sanvito de 1858, tomado de [<https://fragmentidiotopia.wordpress.com/2015/11/22/amore-platonico-carcerario/>].

50 M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-621-15.htm>].

51 Sentencia C-621 de 2015, cit.

Y es que la interpretación o hermenéutica como método auxiliar de las decisiones es fundamental en el desarrollo de las mismas, el razonamiento y fundamento de la decisión de manera necesaria requiere traer la interpretación de la ley como herramienta imprescindible para el operador jurídico.

Según RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN,

los enunciados jurídicos procesales que regulan la motivación de las decisiones judiciales, la motivación contenida en una resolución judicial deberá justificar la decisión contenida en la misma resolución [...] por ello la finalidad perseguida en una motivación de tipo estándar contenida en una resolución judicial es justificar la decisión contenida en la resolución⁵².

Esto en efecto significa que la decisión judicial requiere de una serie de motivaciones, razonamientos y fundamentos que necesariamente deben acudir a la hermenéutica, y es que no permitir al juez interpretar la norma, sería ir en contravía del principio de autonomía judicial, esta es una especie de discrecionalidad reglada por los principios generales del derecho, por la jurisprudencia y la doctrina y en el derecho penal por la existencia de los límites formales y materiales al *ius puniendi*,

Ha reconocido la jurisprudencia constitucional que la autonomía judicial debe respetar ciertos límites al momento de interpretar y aplicar la ley. En este sentido, la actividad de los jueces estaría condicionada por: (i) La posibilidad de que el juez superior controle la interpretación del juez inferior mediante los mecanismos procesales de apelación y consulta; (ii) El recurso de casación cuya finalidad es la unificación de la jurisprudencia nacional. En el caso de la Corte Suprema de Justicia, la Corporación se encarga de revisar la interpretación propuesta y aplicada por los jueces y de determinar “la manera en que los jueces han de interpretar determinadas disposiciones”; (iii) La sujeción al precedente vertical, es decir, al precedente dado por el juez superior en relación con la manera en que se ha de interpretar y aplicar una norma; y (iv) Al precedente horizontal que implica el acatamiento al precedente fijado por el propio juez –individual o colegiado– en casos decididos con anterioridad⁵³.

52 RAFAEL MARÍN HERNÁNDEZ. *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 175.

53 Sentencia T-446 de 11 de julio de 2013, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-446-13.htm>].

Es decir no es el juez la boca de la ley, éste tiene una movilidad y flexibilidad en la interpretación de la norma, pero existen una serie de parámetros que deben cumplirse precisamente para poder respetar las garantías constitucionales de los administrados, no se puede en nombre de la justicia cometer o seguir cometiendo actuaciones que van en contravía de los mandatos superiores, la necesaria concientización de los operadores jurídicos sobre la no instrumentalización del hombre sobre el respeto de las garantías fundamentales, hacen un derecho penal mas justo y justicia no siempre significa *per se* prisión, sufrimiento, desdicha, desasosiego, venganza y expiación.



La rueda, utilizada durante la época de la Inquisición, tomado de [<https://www.altoastral.com.br/tag/metodos-de-tortura-medieval/>].

Es necesario empezar a cambiar la imagen del derecho penal, es necesario que no se mire a los procesados desde el pulpito, como cuando un sacerdote señala a sus fieles de pecadores, pero a veces el pecador mas grande es *él*, es una tarea difícil, puede ser calificada como utópica pero sería importante que en realidad pudiéramos acoger los principios del humanismo traídos por BECCARIA. La fenomenología del enjuiciamiento nos proporciona intuiciones útiles acerca de la motivación y el modo de pensar de los jueces. WAYNE MARTIN señala que a la hora de emitir un juicio (y el mismo no tiene que ser necesariamente jurídico) somos conscientes de que tenemos tanto libertad como límites⁵⁴. Esto de manera muy clara nos lleva a concluir que en efecto la interpretación de la ley, no está en absoluto dejada al arbitrio del juez, pero que también existe un grado de discrecionalidad o autonomía, donde aquél debe seguir unas pautas, debe seguir una línea de pensamiento o teórica trazada por la política criminal del Estado y por los precedentes jurisprudenciales, en nuestra humilde opinión, una interpretación exegética de la ley o fundamentar la aplicación de la norma bajo el aforismo *dura lex sed lex*, está descontextualizado de los paradigmas jurídicos actuales: aplicar el derecho penal sin engarzarlo con los principios generales del derecho y el derecho constitucional, es aplicar la norma de forma despótica y desconocer el dinamismo antropocentrista del derecho, es cosificar al procesado y finalmente realizar unas sumas y restas para aplicar una sanción penal. Ahora bien, en este tópico de la interpretación de la ley vale la pena preguntar qué tanto pesa en la decisión de un juez la criminología mediática,

la criminología mediática crea la realidad de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos. Así configura un ellos separado del resto de la sociedad, por ser un conjunto de diferentes y malos. Este ellos perturbador se construye por semejanzas, para lo cual la TV es el medio ideal pues juega con imágenes⁵⁵.

54 MARTÍN, 2006, citado por RICHARD A. POSER. *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 102.

55 "La criminología mediática según ZAFFARONI", 10 de septiembre de 2011, disponible en [<https://espectadores.com.ar/2011/09/10/la-criminologia-mediatica-segun-zaffaroni/>].

Los medios de comunicación, que han sido calificados como el cuarto poder, de acuerdo a su visión informativa y con el desconocimiento total de la norma, siempre cuestionan las decisiones judiciales, en especial en casos de connotación cuando los jueces otorgan libertades o prisiones domiciliarias. Las circunstancias se tornan tan ilógicas que para 2011 se abrieron más de 2.000 investigaciones disciplinarias en contra de jueces de la República en Colombia con fundamento en una denuncia en el periódico *El Tiempo* que hizo el Ministro del Interior y Justicia de aquel entonces FABIO VALENCIA COSSIO⁵⁶, en esos términos se refirió a otro diario nacional así

FABIO VALENCIA COSSIO explicó que de los 22.000 reclusos que hacen uso de este beneficio, sólo 5.000 tienen la manilla o tobillera electrónica y esto supone una burla a la justicia puesto que si no tienen este sistema, significa que no están bajo ningún tipo de control⁵⁷.

Esto demuestra como la autonomía judicial se advierte menguada por las noticias y como los entes de control disciplinario hacen juego a la prensa, eso sucede en todos los países: recientemente en Argentina encontramos que

El ministro de Justicia, GERMÁN GARAVANO, criticó este lunes al juez CARLOS ROSSI, quien en julio de 2016 concedió la libertad condicional a SEBASTIÁN WAGNER, condenado en 2012 a nueve años de prisión por la violación de dos mujeres y quien el viernes fue detenido acusado del crimen de MICAELA GARCÍA, de 21 años, en la ciudad de Gualaguay, unos 250 kilómetros al norte de Buenos Aires⁵⁸.

Así, es evidente que se afecta la autonomía judicial y que los jueces como seres humanos que son, en varias ocasiones sienten temor y miedo de tomar decisiones que sean poco entendidas por aquellos

56 Medellín, 23 de marzo de 1948-, Ministro del Interior y Justicia del 20 de junio de 2008 al 7 de agosto de 2010, durante el Gobierno de ÁLVARO URIBE VÉLEZ.

57 "Presos con detención domiciliaria deben tener vigilancia electrónica", 4 de agosto de 2010 *Elpais.com.co*, disponible en [<http://www.elpais.com.co/judicial/presos-con-detencion-domiciliaria-deben-tener-vigilancia-electronica.html>].

58 "Buscan remover a juez que liberó a violador, en Argentina", 11 de abril de 2017, *El Universo*, disponible en [<http://www.eluniverso.com/noticias/2017/04/11/nota/6134068/buscan-remover-juez-que-libero-violador-argentina>].

interpretes exegéticos y que ocupan una posición distinguida en el alto Gobierno, sin embargo cuando se acude a una verdadera interpretación humanista y acorde con lineamientos constitucionales, decisiones fundadas en razonabilidad, ponderación y justicia siempre brillará la pulcritud del servidor judicial que se enfrentó a la gran maquinaria estatal.

V. A MODO DE EPÍLOGO

La obra de CESARE BECCARIA se distinguió por ser una crítica dura al sistema penal de la época y a realizar una serie de propuestas tendientes a humanizar el derecho penal, si bien es cierto han existido avances, por lo menos teóricos y normativos, no es lo menos que en la práctica judicial se han dejado de lado muchas de esas propuestas realizadas por el maestro, que tanto bien hacen a la sociedad y al mismo penado, haber escrito esta obra inicialmente desde el anonimato por temor a su vida, es un hecho que tampoco hoy ha desaparecido, no es ajeno ver que en nuestros Estados muchos contradictores académicos al sistema, muchos defensores de derechos humanos, son cegados por las fuerzas oscuras y aliadas del Gobierno, no es ni ha sido fácil emitir conceptos que sean divergentes de la corriente gubernamental, es admirable cómo algunos seres humanos incluso dan la vida por buscar un cambio. BECCARIA, como otros, fue una influencia directa a autores adyacentes a la Revolución Francesa⁵⁹, los cambios



Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, tomado de [<https://sites.google.com/site/cesarebeccariatheenlightenment/education>].

59 Asamblea Nacional, Versalles, 5 de mayo de 1789-Golpe de Estado de NAPOLEÓN BONAPARTE, 9 de noviembre de 1799.

normativos y el reconocimiento de derechos fundamentales en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁶⁰, son una muestra clara de la influencia de tan magna obra que aún hoy en día se enseña en las facultades de derecho a aquellos que ávidos de conocimiento, buscan encontrar alguna verdad en las aulas. Es curioso cuando los estudiantes ingresan a un aula en sus primeros años y en la asignatura de Teoría del delito, como abre bocas se hace obligatoria la lectura del libro *De los delitos y las penas* y se dibuja en sus rostros el terror que produce explicarles cómo la tortura era el medio probatorio por excelencia y cómo no existía igualdad en la aplicación de la norma, los perdones y absoluciones eran vendidos a los hombres por la misma Iglesia, cómo no existía de forma cierta y clara el derecho a la defensa y cómo era teocrático el derecho penal, cómo la pena tenía un fin expiatorio y de sufrimiento para terminar en la muerte, y cómo no existía seguridad jurídica pues los delitos eran tipificados al antojo del rey. Y resulta más paradójico que a pesar de que hace siglos se habla de lo mismo, humanización del proceso penal, rechazo a la pena de muerte y tortura, presunción de inocencia, igualdad y proporcionalidad en la aplicación de la pena, sanción penal pronta y cierta, finalidad preventiva de la pena, reducción al máximo de la detención preventiva, lucha contra las causas de los delitos como medio de prevenirlos, aún en el siglo XXI, en la modernidad actual, existe una regresión teórica y desde Alemania se haya empezado a aplicar el derecho penal del enemigo, con fulcro en la defensa social contra el terrorismo, esto es una regresión a la flexibilización de garantías que tan caro le han costado al ser humano y que han permitido posicionar unos Gobiernos autoritarios que en su aparato judicial reflejan un desenfado imperante de cara a las garantías constitucionales y unos cuerpos civiles armados que usan la violencia desmedida para contrarrestar a los inconformes.

60 Asamblea Nacional, 1789, disponible en [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf].

BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, CESSARE. *Los delitos y las penas*, México D. F. y Buenos Aires, Editorial Jose M. Cajica, 1957.
- BECCARIA, CESSARE. *De los delitos y las penas*, 3.ª ed., introducción de NODIER AGUDELO BETANCOURTH, Bogotá, Temis, 2000.
- CABANELLAS, GUILLERMO. *Beccaria y su obra*, Buenos Aires, Heliasta, 1993.
- COALICIÓN COLOMBIANA CONTRA LA TORTURA –CCCT–. Situación de tortura en Colombia, Bogotá, CCCT y Santamaría Fundación, abril de 2014, disponible en [<http://relapt.usta.edu.co/images/Coalicion-Colombiana-contra-la-Tortura-Situacion-de-Tortura-2014.pdf>].
- DÍAZ CORTES, LINA MARIOLA. *Consideraciones sobre el castigo, una perspectiva desde la sociología*, Bogotá, Leyer, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 59, 2014, disponible en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf>].
- FOCAULT, MICHEL. *Vigilar y castigar*, México D. F., Siglo XXI Editores, 2009.
- GALDÁMEZ ZELADA, LILIANA. “La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista CEJIL, Debate sobre los derechos humanos y el sistema americano*, año 1, n.º 2, septiembre de 2006, disponible en [<http://www.derecho.uchile.cl/centro-de-derechos-humanos/publicaciones/130546/papers-sobre-tortura>].
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Derecho penal y Edad Media*, Bogotá, Giro Editores, 2004.
- MARÍN HERNÁNDEZ, RAFAEL. *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal y control social*, Bogotá, Temis, 2012.
- POSER, RICHARD A. *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- RAFECAS, DANIEL EDUARDO. *La tortura y otras prácticas ilegales a los detenidos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.
- VELANDIA MONTES, RAFAEL. *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, 2 tt., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2015, disponible en [www.ilae.edu.co].
- YACOBUCCI, GUILLERMO JORGE. “El principio de proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal”, en *Sistema Argentino de Información Jurídica –SAIJ–*, 2004, disponible en [<http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf040067>].

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Código Penal Colombiano, Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097, de 24 de julio de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>].

Constitución de la Nación Argentina, 22 de agosto de 1994, disponible en [http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD18/contenidos/informacion/leyes/constituciones/constitucion_nacional.pdf].

Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

Constitución Política del Perú, Promulgada el 29 de diciembre de 1993, disponible en [<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>].

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia T-602 de 12 de diciembre de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-602-95.htm>].

Sentencia SU-1721 de 12 de diciembre de 2000, M. P.: Álvaro Tafur Galvis, disponible en [<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU1721-00.htm>].

Sentencia SU-1723 de 12 de diciembre de 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/SU1723-00.htm>].

Sentencia C-417 de 26 de junio de 2009, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-417-09.htm>].

Sentencia C-575 de 26 de agosto de 2009, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-575-09.htm>].

Sentencia C-674 de 9 de septiembre de 1999, MM. PP.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y Álvaro Tafur Galvis, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-577-14.htm>].

Sentencia C-122 de 1.º de marzo de 2011, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-122-11.htm>].

Sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-442-11.htm>].

Sentencia C-365 de 16 de mayo de 2012, M. P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-365-12.htm>].

Sentencia C-742 de 26 de septiembre de 2012, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-742-12.htm>].

Sentencia T-446 de 11 de julio de 2013, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-446-13.htm>].

Sentencia C-577 de 6 de agosto de 2014, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-577-14.htm>].

Sentencia C-931 de 3 de diciembre de 2014, M. P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-931-14.htm>].

Sentencia C-143 de 6 de abril de 2015, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-143-15.htm>].

Sentencia C-621 de 30 de septiembre de 2015, M. P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-621-15.htm>].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, 11 de marzo de 2005, voto concurrente del juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.pdf].

Caso *J. vs. Perú*, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf].

Caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de junio de 1988, fondo, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf].

Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1), disponible en [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>].

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Organización de Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional, disponible en [<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>].

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217A (III), disponible en [<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>].

Ley 14.616 del 30 de septiembre de 1958 (Argentina), Sancionada el martes 30 de septiembre de 1958. Promulgada el lunes 13 de octubre de 1958, *Boletín Oficial*, n.º 18.767, de 17 de octubre de 1958, disponible en [<https://juiciosenlaplata.wordpress.com/2015/03/02/ley-14616/>].

Ley 890 de 7 de julio de 2004, Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal, *Diario Oficial*, n.º 45.602, de 7 de julio de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14137>].

Ley 906 de 31 de agosto de 2004, *Diario Oficial*, n.º 45.658, de 1.º de septiembre de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>].

Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006, Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, *Diario Oficial*, n.º 46.446, de 8 de noviembre de 2006, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html].

Ley 1453 de 24 de junio de 2011, *Diario Oficial*, n.º 48.110, de 24 de junio de 2011, disponible en [<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley145324062011.pdf>].

ARTÍCULOS DE PRENSA

“Buscan remover a juez que liberó a violador, en Argentina”, 11 de abril de 2017, *El Universo*, disponible en [<http://www.eluniverso.com/noticias/2017/04/11/nota/6134068/buscan-remover-juez-que-libero-violador-argentina>].

“La criminología mediática según ZAFFARONI”, 10 de septiembre de 2011, disponible en [<https://espectadores.com.ar/2011/09/10/la-criminologia-mediatica-segun-zaffaroni/>].

“Nódier Agudelo: El auténtico profesor ‘No’”, en Corredile.com, disponible en [<http://corredile.com/carmenpinilla/profesor-nodier>].

“Presos con detención domiciliaria deben tener vigilancia electrónica”, 4 de agosto de 2010 *Elpais.com.co*, disponible en [<http://www.elpais.com.co/judicial/presos-con-detencion-domiciliaria-deben-tener-vigilancia-electronica.html>].