

*La prisión, pieza esencial en el arsenal punitivo, marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la "humanidad". Foucault (2002, p. 233)*

## **Resumen**

Seguirle la huella a la pena a través de su historia y evolución, determina la necesidad de consultar un abanico de fuentes que asombran por su profusión y riqueza, por su casi ilimitada vinculación con todas las ciencias humanas. Desde la antigüedad hasta el presente, sin obviar una alusión a la pena en Colombia, este trabajo fue un trayecto que se recorrió de la mano de una bibliografía revisada con criterio informativo más que analítico o controversial. Aquí se reunieron, desde distintas opciones teóricas a veces opuestas, las implicaciones derivadas de la pena que marcan una preocupación, además de intelectual y jurídica, profundamente humana. Conceptos como resocialización, rehabilitación, prevención, cárcel, reclusión, condena, reo, que aquí se utilizaron, no son piezas sueltas o resueltas en los tratados o libros, son hechos que están encarnados en el hombre como sujeto final y más trascendental del derecho.

## **Abstract**

*Follow the trail to the penalty through its history and evolution, determines the need to consult a variety of sources that amaze by their profusion and richness, for almost unlimited links with all the human sciences. From antiquity to the present, without forgetting an allusion to punishment in Colombia, this work was a route that traveled from the hand of a bibliography reviewed with informative rather than analytical or controversial criterion. Here met, from sometimes opposing theoretical options, implications derived from the penalty that they mark a concern, as well as intellectual and legal, deeply human. Concepts such as resocialization, rehabilitation, prevention, prison, detention, conviction, reo, here used, are not resolved in treaties or books loose parts, are facts that are embodied in the man as a final and most important subject of the right.*

**Palabras clave:** derecho penal, política criminal, teleología, fines de la pena, retribución.

## **I. Introducción**

Desde los albores de la historia de la humanidad siempre ha existido una necesidad común y subyacente a la especie humana, y es, sin duda alguna, la de *asociarse*. Siempre, como individuos que existimos y persistimos en un planeta cuyo ambiente es

violento, agresivo y muchas veces cruel para cualquier especie, se hace imperante asegurarse los medios para la subsistencia y adaptabilidad. Nosotros como *homo sapiens* no poseemos alas, garras, colmillos, pelaje, gran tamaño o alguna otra característica de cualquier otro animal que sea fundamental e imprescindible para su supervivencia. Nuestra única cualidad por antonomasia siempre será la razón, el pensamiento; de ahí que, tomando como referencia al gran Aristóteles, este, además de considerar al hombre como un animal político (*zoonpolitikón*; en griego: ζῷον πολιτικόν), planteó a su vez que sobrevivimos y nos adaptamos a nuestro entorno por medio de la asociación.

Siendo así, no ha existido ni existirá civilización, imperio u obra arquitectónica humana que haya sido realizada por un solo hombre. Puesto que es en la asociación, conglomeración y unidad que el ser humano pudo adaptarse a la vida en este planeta y no extinguirse como muchas otras especies. La pregunta sobre ¿qué llevó al hombre primitivo a asociarse?, o ¿cómo se dio esa asociación?, no es una cuestión que piense abordar ni mucho menos que pueda responder. Más bien, partiré del supuesto del *contractualismo*, en el cual se considera que la asociación es producto de un contrato o un acuerdo suscitado por la necesidad que tiene el hombre que se le garanticen los bienes más esenciales: *seguridad, bienestar y felicidad*.

Es este contrato o acuerdo el que dio lugar a las primeras formas de asociación civil, pero como en cualquier relación, el hombre primitivo debió ceder algo para poder disfrutar de las ventajas que le ofrecía dicha asociación. Debió declinar su bien máspreciado, o por lo menos admitir que ese bien, *la libertad*, se vería limitado o afectado. Sin perder de vista que, efectivamente, es en el Estado donde se concentra la suma máxima de todas esas libertades individuales; en él se consolida lo que se conoce como el *iuspuniendi* o el poder para castigar. De ahí que es en ese monstruo, o como lo denomina T. Hobbes *Leviatán*, donde se encuentra el poder de asegurar materialmente esos bienes por los que el hombre entregó o limitó su libertad absoluta. Pero ¿cómo asegurar dichos bienes a todos esos hombres si por naturaleza ellos son egoístas?, ¿de qué forma se podría mantener ese orden civil? Preguntas que adquieren sentido si admitimos que el hombre, por su naturaleza, apetitos y deseos, va a buscar su propia felicidad por encima de sus semejantes, o por encima de cualquier cosa, lo cual llevaría a que afectara y vulnerara a otros hombres, originándose una cadena de violencia y conflictos entre los miembros de esta nueva sociedad.

Así surge uno de los grandes problemas de toda sociedad civil de cualquier tiempo o época: la imposición de penas o castigos, única respuesta para controlar, vigilar y limitar

esos actos egoístas de un ser que por su propia naturaleza es incapaz de controlarse así mismo. Penas y castigos que, en fin, lo disuadieran para actuar de esa manera. Es en estas circunstancias donde por primera vez se manifiesta el derecho penal que, por medio de la imposición de penas, debía actuar como un medio de control social.

Si es en el devenir de la historia que las sociedades van evolucionando a la par que lo hace el ser humano, es admisible, de igual forma, que lo hacen los instrumentos jurídicos, progresivamente más complejos, que regulan y controlan las relaciones entre los hombres. Volviéndose cada vez más una exigencia la necesidad de la pena, en el supuesto de que el hombre siempre seguirá abusando de sus derechos o facultades, trayendo consigo daños o perjuicios a los otros miembros de la sociedad. Jossierand (2009) ilustra la antecedente apreciación al admitir que "Los derechos se resumen en otros tantos *dominia*, poderes soberanos; son armas de que los poderes públicos han dotado a los particulares y que estos puedan usar en cualquier momento, con cualquier fin, sin que su responsabilidad se encuentre por ello comprometida" (p. 3). En efecto, la pena en su imposición, modalidad y ejecutoriedad, también se ha tecnificado en la medida en que dota al hombre de derechos y se complejizan las relaciones humanas. Es por estos hechos que "La pena no es un problema metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas" (Schultz, citado por Roxin, 1981, p. 98).

Si la pena es la máxima expresión jurídica del derecho penal, también es considerada como uno de los grandes engranajes que permite que esa máquina de control social que asegura el orden y equilibrio civil, siga funcionando. Empero, como toda creación humana, la pena no nace de la nada y siempre obedece a un proceso, como nosotros mismos: sus creadores. En efecto, la pena como instrumento jurídico tiene su historia, evolución, identidad conceptual y su teleología. Apoyado en lo anterior, el objeto real de este escrito es, entonces, mostrar a la pena en su proceso histórico como un instrumento jurídico (concepto y características) y una necesidad social (fines de la pena), pero sin desconocer las grandes críticas que le asisten: *retribución, prevención general, prevención especial y resocialización*.

Para, finalmente, referirme a un problema que como profesional del derecho no puedo evitar cavilar ni escapa a mi conciencia jurídica, reconocer como en Colombia existe una clara y determinada tendencia, desde la política criminal del Estado, al incremento punitivo (tanto de tipos penales como del *quantum* punitivo) como respuesta a la criminalidad, desconociéndose claramente que el único fin de la pena no es que un individuo pase toda su vida en prisión, ni mucho menos reducir su dignidad humana y

sus otros derechos a los de un objeto contra el cual la sociedad ejerza su odio y desprecio; pues muchas veces ese supuesto criminal, al que tanto se desprecia, es producto de las condiciones actuales de nuestra sociedad, sociedad que acusa una falla en los modos de conducir y orientar una parcial, total, o por lo menos, una humana resocialización.

## **II. Concepto de la pena**

La pena como concepto reviste un tópico sumamente complejo y de profundas connotaciones en la historia del pensamiento racional. Lograr describir con suficiencia lo que es su historicidad en unas cuantas páginas es insulso; por ello, me limitaré a hablar de forma muy somera sobre algunos antecedentes y, principalmente, haré alusión a la pena de prisión.

La idea de pena se remonta al pensamiento pre-racional o místico-religioso, donde la comprensión del hombre sobre el mundo estaba sumamente influenciada por sus creencias religiosas; esta forma de pensamiento consideraba la pena como el castigo de los dioses por las faltas y crímenes cometidos en su contra; cualquier afrenta u ofensa debía pagarse ya que las leyes venían de ellos así como las penas. Más tarde, en los albores del pensamiento racional, se desliga la idea de que las penas provengan de los dioses y se determina su función como instrumento retributivo por un comportamiento delictual que afectó el orden social y jurídico.

La pena ha sido tratada por distintos doctrinantes en un intento por precisar el concepto y dotarlo de una identidad inequívoca que permita entender su ontología en el mundo fenoménico del derecho. Esbozaré algunas de esas definiciones que demarcan y limitan en su concepción teórica la función de la pena en el ordenamiento jurídico.

### **A. Definición**

Un gran sector de la doctrina entiende por pena la definición apuntada por Schultz (citado por Roxin, 1981) que dice que: "La pena no es un problema metafísico ni una realización moral sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas" (p. 98), la pena es en sí misma un instrumento de dolor y miseria al cual se ha recurrido a lo largo de la historia de la humanidad, cuya única función ha sido y será el control sobre la conducta del ser humano.

Otros autores ven en la pena la autoconstatación del propio sistema normativo, o si se quiere, la autoafirmación del fin mismo de la existencia de la norma penal, como lo señala Muñoz Conde (2012) al indicar que “Una parte de esas normas jurídicas que forman el orden jurídico se refiere a las conductas que más gravemente atacan a la convivencia humana, tal como es regulada por el orden jurídico, y que, por eso mismo, son sancionadas con el medio más duro y eficaz de que dispone el aparato represivo del poder estatal: la pena”. (p. 14)

Si bien la autoconstatación del sistema en la imposición y ejecución de la pena es su función, la propia existencia del sistema es la piedra angular de la permanencia del estado de orden en la sociedad civil en la manifestación del acto punitivo. Al respecto Beccaria (2014) plantea que: “Para evitar estas usurpaciones se necesitan motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiera sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes”. (p. 42)

Para finalmente desembocar en una concepción de pena que en su formulación contiene los límites constitucionales y legales que rigen la imposición de las mismas; siguiendo este criterio Velásquez (2010) confirma que: “La pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el órgano jurisdiccional competente a la persona que ha realizado una conducta punible, acorde con las pautas legales correspondientes” (p. 655), definición esta que deja entrever algunos de los principios que limitan y erigen la imposición de las penas, los cuales, más que simples restricciones formales, consagran el ejercicio humanitario y constitucional de la imposición de las penas en un Estado social y democrático de derecho.

La pena de prisión, según Foucault (2002), es un reflejo más de este tipo de sociedades, pues la mentalidad económica se ve reflejada perfectamente al tener una correlación ideal entre el tiempo de duración de la pena y la gravedad del delito cometido. Además, es el castigo por excelencia igualitario al eliminar la multa o los diferentes castigos pecuniarios que en las nuevas sociedades capitalistas marcaban una gran brecha.

## **B. Características de la pena**

### **Humana**

Se considera que la pena debe ser humana en la medida en que en su imposición y ejecución debe respetar y preservar, por todos los medios posibles, la indemnidad

personal o la incolumidad de la persona como la máxima realización de la dignidad humana en el proceso penal.

### **Legal**

La pena está limitada por el principio de legalidad que comúnmente se entiende bajo el brocardo *Nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley positiva o escrita).

### **Determinada**

Toda pena debe obedecer al principio de taxatividad o determinación, donde debe especificarse por parte del legislador su clase, duración, cantidad o monto.

### **Igual**

Toda pena que se imponga a los infractores debe ser igual en su aplicación sin hacer consideraciones a sus condiciones individuales.

Es de acotar que, si bien esta característica refrenda la igualdad material de la ley penal, es contraria al fin mismo de la resocialización, donde la pena debe ajustarse a las condiciones especiales de cada infractor. Por ello, ha de tenerse en cuenta que, a lo que se refiere esta característica, es a que está dirigida a un trato análogo bajo el ámbito punitivo.

### **Proporcional**

Se consagra la prohibición al exceso en la imposición de la pena, hecho que exige que la pena deba corresponderse con la gravedad y el daño causado con la conducta punible.

### **Razonable**

El ejercicio del derecho penal por parte del juzgador, quien es el que impone las penas a los procesados, no debe obedecer a caprichos, azares o arbitrariedades, por el contrario, es el producto de una actividad sometida a distintos controles enmarcados dentro de los límites de la razón (sana crítica, lógica, reglas de la experiencia).

### **Necesaria**

La imposición de las penas está relacionada con el menor intervencionismo de la ley penal al concebir la misma como *ultima ratio*, donde su aplicación solo ha de darse ante

comportamientos objeto de un gran desvalor, y que además suponen un riesgo real y directo para la sociedad.

### **Judicial**

La imposición de las penas solo le está dada al juez natural o legal que, dentro de sus competencias jurisdiccionales, esté instituido para ello.

### **Individual**

La pena, en su evolución como instrumento jurídico, solo se dirige contra el autor o partícipe de la conducta punible, pero nunca contra terceros que compartan algún vínculo de consanguinidad, familiaridad o amistad con el acusado.

### **Pública**

Esta característica obedece a una necesidad histórica que se fue vinculando a la pena, y es que las penas sean conocidas por la opinión pública.

## **III. Historicidad**

El primer antecedente de la prisión se encuentra en las antiguas culturas como una medida preventiva o garantía procesal. Tanto en Roma como en la antigua Grecia la prisión era un mecanismo preventivo que constituía parte del proceso penal, mediante el cual se recluía al sospechoso de cometer un delito durante el tiempo que el proceso durara y, en el caso de encontrarse culpable, sí correspondía imputarle la "verdadera" pena, como podía ser la muerte, la mutilación, el destierro, etc. Pese a esto, es importante tener en cuenta que lo anterior era con respecto al fuero estatal. No obstante, es oportuno indicar que con respecto a los mecanismos entre privados, verbigracia amo/esclavo y deudor/acreedor, este mecanismo, según González Harker (2000, p. 6), también existió.

Es finalmente en la Edad Media donde se encuentran los primeros antecedentes de la prisión como pena (García, 1994, p. 22), y se ven tanto en el derecho canónico como en las galeras romanas. Es necesario tener claro que una de las características esenciales de

la prisión es el diseño arquitectónico especial de su edificación, que tiene la función de aislar al reo, y en este sentido, las galeras cumplían este papel de una manera cabal: obligado a trabajos forzados, el reo era despojado de su vida cotidiana y condenado a remar en la soledad del océano y con la compañía del guardián y otros reos. Valga la pena traer a colación el capítulo XXII de la primera parte de *Don Quijote de la Mancha* para ilustrar esta realidad:

[...] que don Quijote alzó los ojos y vio que por el camino que llevaba venían hasta doce hombres a pie, ensartados como cuentas en una gran cadena de hierro por los cuellos, y todos con esposas a las manos; venían asimismo con ellos dos hombres de a caballo y dos de a pie: los de a caballo, con escopetas de rueda, y los de a pie, con dardos y espadas; y que así como Sancho Panza los vio, dijo:

—Ésta es cadena de galeotes, gente forzada del rey, que va a las galeras.

—¿Cómo gente forzada? —preguntó don Quijote—. ¿Es posible que el rey haga fuerza a ninguna gente?

—No digo eso —respondió Sancho—, sino que es gente que por sus delitos va condenada a servir al rey en las galeras de por fuerza.

—En resolución —replicó don Quijote—, como quiera que ello sea, esta gente, aunque los llevan, van de por fuerza, y no de su voluntad.

—Así es —dijo Sancho.

—Pues, de esa manera —dijo su amo—, aquí encaja la ejecución de mi oficio: desfacer fuerzas y socorrer y acudir a los miserables.

—Advierta vuestra merced —dijo Sancho— que la justicia, que es el mismo rey, no hace fuerza ni agravio a semejante gente, sino que los castiga en pena de sus delitos (Cervantes Saavedra, 1998, pp. 199-200).

Con todo, este primer centro de reclusión, que si bien puede considerarse más benévolo que otras penas como las corporales, todavía está lejos de la concepción de la prisión como centro de rehabilitación.

Es después del triunfo de la burguesía con la Revolución Francesa, y el florecimiento de la sociedad capitalista con la Revolución Industrial, que las nuevas necesidades sociales pasan a transformar la pena de prisión de una manera drástica. El ideal humanitario de la burguesía y la nueva boyante economía de la sociedad capitalista, tuvieron que lidiar con la realidad social del campesinado, pues este, además de ser expropiado constantemente, se encontraba ahora en las urbes, lejos de su hogar y sin empleo. Esta situación anómica disparó los índices de delitos, especialmente los correspondientes a la propiedad privada, para lo cual la nueva sociedad industrial (heredera de la sociedad burguesa que consintió la supresión de diferentes fueros que salvaguardaban a diferentes personas con títulos nobiliarios o eliminado la indemnización por tratarse de un privilegio de un grupo de personas) respondió con una pena no solo más equitativa (pues no distinguía clases sociales) sino que, además, utilizó un método que podía medir perfectamente la correlación entre pena y castigo en términos de gravedad de la conducta y duración de la pena. Y como si fuera poco, el uso de la mano de obra del reo, consecuencia de los trabajos forzados, impulsaba a la industria.

La prisión como pena en la sociedad capitalista funcionaba de tal forma que engranaba dentro de su maquinaria la desviación fruto de la transición de sistemas económicos y de sociedades, al "corregir" el comportamiento delictivo con la incorporación de los infractores penales a un confinamiento laboral, de tal modo que la explotación laboral de estos servía a su vez como medio de socialización, a través del cual los delincuentes podían reformarse.

#### **IV. Fines de la pena**

El preguntarse por los fines de algo es preguntarse por su propia ontología, pues como lo pensaba Aristóteles en su momento, el fin de las cosas es precisamente la esencia misma de ellas. De ahí que sea más propicio referirnos al concepto filosófico de teleología, pues hablar simplemente de fines es reductista y limita en sumo grado los alcances de lo que en realidad es el fin de la pena. El término teleología proviene del griego τέλειος (fin) y λογία (discurso, tratado o ciencia), palabra que se podría entender como ese estudio, examen y análisis de la finalidad que, para los pensadores griegos como Aristóteles, se estudiaba a partir de cuatro causas: material, formal, eficiente y final. Para el estagirita tenía gran importancia la causa final, por cuanto era la razón por

la que existía ese objeto o cosa, lo cual permitía entender su propósito, destino o razón esencial de ser lo que es.

Al analizar la teleología de la pena, esta se debe realizar a partir de dos causas: la causa eficiente, la cual trata sobre su origen, inicio e historicidad, como se hizo en el acápite anterior, y la causa final, la cual permitirá entender la razón esencial y jurídica de la existencia de la pena en la realización de sus fines: *retribución*, *prevención general*, *prevención especial y resocialización*. Solo así se puede lograr comprender con total certeza el instrumento jurídico de la pena y sus fines, pues quien crea que los fines de la pena han sido siempre los mismos: inmutables y perpetuos, está inmiscuido a un razonamiento falaz y errado de lo que en verdad es en sí misma la pena.

### **1. Teorías absolutas**

Las teorías absolutas o también conocidas por algunos autores como de la expiación o retribución (Lesch, 2000, p. 18), surgen con el Estado liberal burgués producto de la Revolución Francesa (1789). Bajo este nuevo paradigma la pena se desliga de su naturaleza religiosa como expiación del pecado o *peccatum*, para entenderse como la retribución al orden social y jurídico establecido por el Estado y las leyes, donde la pena nace como el instrumento para restablecer ese equilibrio u orden alterado por el acto libre de un miembro de la sociedad.

La única función de la pena en este momento histórico es la justicia (retribución); no se piensa que la pena pueda tener una finalidad distinta a la realización de la justicia. Estas teorías tuvieron su apogeo en el idealismo alemán, principalmente en los postulados de los filósofos Kant y Hegel. Como lo explica el doctrinante Berdugo (s. f.): "(...) la función de la pena simplemente es la realización de la justicia; la pena se agota en sí misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo" (p. 75). Kant y Hegel reiteran la necesidad de que el hombre no sea visto como un medio sino como un fin en sí mismo, de ahí que no es admisible que se castigue al individuo en beneficio del conglomerado social, pues ello significaría instrumentalizar al hombre.

La teoría de la retribución presentaba una serie de problemas en torno al hombre como centro de todo el sistema sobre el que recaerían las penas, entre ellas hay una que reviste especial importancia, es la que desarrolla Bustos (1986) al señalar que: "En cuanto a la función del Estado se refiere, es errado partir de un orden absoluto, desconociendo las desigualdades que el mismo Estado origina. No es lógico ni apropiado para la dignidad de la persona que la pena sólo consista en un mal: otra cosa es que lleve como consecuencia un mal". (p. 74)

## **2. Teorías relativas**

Las teorías relativas nacen como una respuesta opuesta a lo que propugnaban las teorías absolutas, donde la pena realiza sus fines a través de la prevención general o de la prevención especial.

### **A. Prevención general**

La prevención general, entendida como esas acciones públicas encaminadas a evitar la conducta criminal en la sociedad, se logra a través del terror psicológico o la coacción punitiva, como lo explica Beccaria (2014) "El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales" (p. 64). Al percibir los ciudadanos que determinadas conductas son sancionadas con un mal, persisten en sus mentes ese temor o amenaza por el castigo en caso de la comisión del delito. Es similar al proceso de adiestramiento o domesticación de un animal, donde por medio de la dualidad premio–castigo se encauza la conducta; el mismo silogismo se ha aplicado a la hora de justificar el temor por el castigo como útil desde un punto de vista de la política criminal.

Una de las principales críticas que recibe la prevención general es la que señala Ruiz (2011): "No se ha establecido un límite concreto a la intimidación que se pretende conseguir y por ello tiende al terror penal. Un Estado que respete los derechos y garantías fundamentales no puede partir del postulado de que el fin justifica los medios". (p. 33)

### **B. Prevención especial**

Con el surgimiento del estado capitalista se creó la necesidad de un mayor intervencionismo por parte del Estado en todos los procesos sociales, bajo el entendido de la defensa social o protección social. Donde ya no bastaba la retribución o la prevención especial, sino que se hacía imperioso intervenir directamente la población delincuyente, en palabras de Ruiz (2011): "(...) de un Estado guardián se pasa a uno intervencionista; el delito es considerado como daño social antes que como vulneración del orden jurídico; el delincuente se concibe como peligroso socialmente. Surge así la prevención especial como finalidad". (p. 34)

Lo que pretende la prevención especial es evitar que aquellas personas que hayan cometido un acto criminal no lo vuelvan a hacer. Al concebir al delincuente como un sujeto que reviste peligrosidad para el ordenamiento jurídico, algunos autores señalan que no debe hablarse de penas sino de medidas, ya que la medida valoraba al individuo

como alguien distinto de una persona normal, al que debe tratarse de acuerdo con esa condición. En fin, lo que se busca es tratarlo como el galeno trata a una enfermedad, solo que el delincuente es una enfermedad que afecta el tejido social y se busca, o bien resocializarlo (prevención especial positiva) o inocuizarlo (prevención especial negativa).

A la teoría de la prevención especial, en lo que toca con la resocialización, se le critica el hecho de que, si bien la resocialización es un fin de la pena que reviste un profundo contenido social, no es la persona la que delinque sino que, más bien, es la sociedad la que la obliga a ello. Muñoz Conde (2012) explica que:

Si se acepta y se da por buena la frase de Durkheim de que la criminalidad es un elemento integrante de una sociedad sana y se considera que es esa misma sociedad la que produce y define la criminalidad, ¿qué sentido tiene entonces hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma delincuencia? ¿No habría antes que cambiar la sociedad? Hablar de resocialización del delincuente solo tiene sentido cuando la sociedad en la que se quiere reintegrarlo es una sociedad con un orden social y jurídico justos. (p. 89)

### **3. Teorías mixtas**

Como su nombre lo indica, las teorías mixtas o unificadoras pretendieron armonizar los fines de la pena de retribución, prevención general y prevención especial, pero sin solucionar ninguno de los problemas que cada una de ellas traía consigo. Con relación a lo anterior, Roxin (1976) advierte que, "estas teorías carecen de una fundamentación coherente porque tratan de conjugar en un solo concepto fines (preventivo-retributivos), a nuestro juicio, antagónicos, resultando más peligrosas, pues permiten justificar cualquier clase de pena" (p. 13)

### **4. Teorías modernas de los fines de la pena**

Ante los problemas que traían consigo las anteriores teorías, se planteó un nuevo paradigma en el que se entendía que la principal función de la pena era la prevención general positiva. A diferencia de la concepción clásica, que la admitía como una coacción psicológica para evitar nuevas conductas delictivas entre la colectividad, se plantea una nueva forma de entender el derecho penal y a los individuos en una relación ético-social.

La prevención general positiva tiene dos formas de entenderse, a saber: como prevención general positiva fundamentadora, o como prevención general positiva limitadora.

### **A. Prevención general positiva fundamentadora**

Los principales exponentes de esta teoría fueron Jakobs y Welzel, para quienes el derecho penal tiene como única finalidad la de garantizar la función orientadora de las normas jurídicas, donde estas normas dan estabilidad e institucionalizan expectativas sociales y sirven así para orientar la conducta de los ciudadanos.

Uno de los detractores de esta teoría fue Baratta (1984) quien señala que: "No se entiende por qué para esta corriente la estabilización de expectativas ha de ocurrir a través de la imposición de un castigo y no por otros medios menos gravosos". (pp. 533 y ss.)

### **B. Prevención general positiva limitadora**

Esta teoría no propugna un carácter fundamentador sino uno limitador respecto al *iuspuniendi* del Estado. Un Estado social y de derecho, cuyo pilar sea el respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales de sus asociados, está compelido a proteger los bienes jurídicos de esa colectividad. Para la consecución de tal fin se valdrá del control social, cuya principal herramienta es el derecho penal a través de la pena, pero entendiendo que la aplicación de dichas penas debe respetar los principios de legalidad, intervención mínima, proporcionalidad, humanidad, entre otros.

Los principales exponentes de esta teoría han sido los pensadores Roxin y Schmidhauser, quienes desde sus posiciones teóricas intentan mostrar cómo la pena obedece a un proceso dialéctico, es decir, es un todo que vincula tanto la prevención general como la especial en todas sus modalidades.

## **V. Función y fines de la pena en la Ley 599 del 2000**

Después de haber expuesto el desarrollo que ha tenido los fines de la pena y su evolución hasta la actualidad, es de suma relevancia referirme a cómo en la codificación penal colombiana se consagra este aspecto, y los yerros en los que cayó el legislador.

La Ley 599 del 2000 en su artículo 3º y 4º, regula tanto los principios de aplicación de la pena como sus funciones, veamos.

Principios de las sanciones penales:

Art. 3º. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

Funciones de la pena:

Art. 4º. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Una de las primeras cosas a señalar es que el legislador no tuvo claridad en los conceptos de fines y funciones pues, como lo señala Ruíz (2011), los fines se refieren al deber ser de la pena, lo que busca el Estado con la imposición de la pena, mientras que las funciones, como lo explica Bustos (1986), está referida inequívocamente a la autoconstatación del propio sistema. Como es de esperar al desconocerse está diferencia, son muchos los yerros que se cometen, al tiempo que se tergiversan varios de los fines de la pena, debido la estricta relación que tienen con la idea misma de la pena.

La retribución de ninguna manera constituye un fin de la pena, ya que en sí misma la pena implica la retribución, como se explicó en las teorías absolutistas. Quizás, la principal razón para que se implementara en el Código Penal Colombiano la retribución como un fin de la pena, era más bien por la coyuntura que por de ese entonces pasaba la política criminal en Colombia, donde la satisfacción de esa mal llamada justicia social se veía representada en el sufrimiento del reo.

Dado que la prevención especial ya incluye la resocialización, no debería tomarse como un fin diferente, claramente existió una mala categorización por parte del legislador y

debió simplemente hablarse de prevención especial positiva, como lo explica Ruiz (2011).

Nuestro Código Penal propende por unos fines de la pena como lo hicieron en su momento las teorías mixtas, pero desconociendo los problemas teórico-prácticos que conlleva aglutinar estos fines sin una concepción clara y estructural de cómo operan, al igual que las críticas que hay sobre las mismas.

## **VI. La política criminal y el bucle punitivo de la justicia colombiana**

Tras abordar la identidad conceptual de la pena, su historicidad y teleología, es que llegamos al punto de hablar un poco sobre cómo la política criminal colombiana desnaturaliza la función y fines de su realidad socio-jurídica. Se entiende por política criminal la definición dada por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-646 de 2001; a saber:

Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito (cita suprimida). También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además, puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias

nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica.

Esta definición fue asumida por la Comisión Asesora de Política Criminal, la cual la ha ido mutando con miras a lograr una mayor eficacia en los instrumentos que se desarrollan y emplean para combatir la criminalidad en nuestro país. Sin embargo, se han discriminado sendos factores que debían haberse estudiado antes de haberse dotado de funcionalidad a todo el sistema penal, tales como los fines mismos de la pena, puesto que es de poner en tela de juicio cómo la concepción actual de la política criminal, cuyo enfoque se circunscribe en la retribución y la prevención (general y especial positiva), contribuya a la realización de la resocialización, que en Colombia se ha vuelto un discurso netamente formal y académico sin ningún atisbo de realización material en el sistema.

Creo vehemente que uno de los grandes problemas de la política criminal colombiana surge de la forma de cómo a entenderse la misma. La política criminal no se limita a la creación de un sinfín de nuevos tipos penales para comprender todas las conductas criminales ni aumentos exorbitantes en los *quantums* de la pena, la política criminal también es tratamiento del delincuente bajo los lineamientos de la dignidad humana y las demás garantías que fundamentan y limitan el ejercicio del acto punitivo.

Este es el gran fracaso de nuestra política criminal, donde solo importa crear nuevos tipos penales a diestra y siniestra, así como aumentar los límites de las penas. Y resulta irónico, además de desalentador, ver como estamos en una especie de bucle o ciclo infinito en cuanto a política criminal se trata, sin existir otra propuesta o solución frente a la criminalidad.

La criminalidad es un fenómeno socio-jurídico que se presenta en cualquier sociedad sana, como lo señala Durkheim, frente al cual no debe desconocerse que es nuestra propia sociedad desigual (como en la repartición de la riqueza) e indiferente la que en muchas ocasiones lleva a las personas a delinquir. Ya que, como se suele decir, nadie puede escapar o rehacer aquellas condiciones en las que se vio obligado a existir.

Lo que si podríamos hacer desde la política criminal es darle un tratamiento a esos problemas de criminalidad, que en muchos casos nacen por la carencia total de políticas públicas que marginan a ciertos sectores de la sociedad. No es solo un problema de retribuir el daño social causado al delincuente o de causar un terror penal en la comunidad, es asumir la criminalidad como una responsabilidad de la misma sociedad colombiana.

Una persona que está 10, 15 o 20 años en prisión por un punible, no se resocializa ni se educa para ser una persona útil y productiva para la sociedad, pienso que es precisamente todo lo contrario lo que ocurre en los centros carcelarios. Muchos de ellos solo funcionan como centros criminogénicos o escuelas del crimen. Una persona a la que jamás se le ha dado, por parte del Estado, ningún acompañamiento para volver a la sociedad, solo le queda seguir delinquir.

Si por un momento pensáramos la política criminal no como un arma para combatir de forma deshumanizada a los delincuentes, y viéramos en ellos seres humanos que están urgidos por una asistencia gubernamental coherente e integral, no me cabe duda de que en gran parte la forma en que se concibe la política criminal cambiaría. En este punto me gustaría traer a colación las discusiones que se suelen suscitar en el Congreso frente a cómo castigar a las personas que agreden sexualmente a los menores, en la mayoría de estos casos se suele escuchar que la pena de muerte, la cadena perpetua u otra gran cantidad de castigos (como la castración química). Lo que si no se escucha es cómo tratar a estas personas, qué medidas o políticas encaminar para rehabilitarlos, ya que muchos de ellos llegaron a ello por un estado patológico, o por qué fueron objeto de la misma agresión cuando fueron niños.

Cuestionamientos tales como: ¿qué es la criminalidad?, ¿cómo combatirla?, ¿qué clase de penas o castigos son más eficaces?, ¿en qué sector de la población habría que concentrar la intervención penal?, deben replantearse y reformularse en estos términos: ¿de qué forma nuestra sociedad contribuye al aumento o disminución de la criminalidad?, ¿qué medidas podemos emplear para tratar y resocializar de forma humanitaria a los condenados?, ¿la política criminal realmente satisface de forma integral los fines de la pena?

No me asisten dudas de que una reflexión que parta de estos interrogantes nos llevará a reconocer la imperante necesidad de deconstruir lo que hoy en día se atreve a llamarse política criminal, y que por una vez como miembros de la sociedad colombiana pensemos por fuera de nosotros mismos en esas personas que pasan su

tiempo entre rejas como animales, sin ningún atisbo de esperanza o de cambio en sus vidas. Ya que la criminalidad no es un problema del Estado ni de la Fiscalía General de la Nación, ni del sistema de justicia colombiano, es un asunto que nos compete a cada uno de los colombianos.

## VII. Bibliografía

- Baratta, A. (1984). Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, en *CPC*, n.º 24.
- Beccaria, C. (2014). *De los delitos y de las penas. Con el Comentario de Voltaire*. Madrid: Alianza.
- Berdugo, I. (s. f.). El concepto, el método y las fuentes del derecho penal.
- Bustos, J. (1986). *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Cervantes Saavedra, M. (1998). *Don Quijote de la Mancha* (2 vols. + CD). Rico, F. (Ed.). Barcelona: Crítica.
- Colombia. Congreso de la República (2000). *Ley 599 del 24 de julio de 2000. Por la cual se expide el Código Penal*. Disponible en:  
[https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Codigo\\_Penal\\_L-599-00.htm](https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Codigo_Penal_L-599-00.htm)
- Colombia. Corte Constitucional (2001). *Sentencia C-646/01. Fiscalía General de la Nación-Competencia en diseño. Fiscalía General de la Nación en Política Criminal-Presentación en proyectos de ley*. Disponible en:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-646-01.htm>
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- García Becerra, J. (1994). La pena de prisión (una perspectiva histórica). *Clío*, 2, n.º12, 19-40.
- González Harker, L. J. (2000). *Situación penitenciaria y pena privativa de la libertad* (Tesis de grado). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en:  
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>

- Josserand, L. (2009). *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis.
- Lesch, H. (2000). *La función de la pena*. Sánchez Vera, J. (Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz Conde, F. (2012). *Derecho penal y control social*. Bogotá: Temis.
- Roxin, C. (1976). *Sentido y límites de la pena estatal*. Luzon Peña, D. M. (Trad.). Madrid: Reus.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Reus
- Ruiz, C. E. (2011). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Velásquez, F. (2010). *Manual de derecho penal, parte general*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.