



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

# **La pena de prisión perpetua en Colombia**

**Diego Mauricio Torres Reyes**

**Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C.,  
2015**



# **La pena de prisión perpetua en Colombia**

**Diego Mauricio Torres Reyes**  
**Código: 699847**

**Trabajo presentado como requisito para optar al título de  
Magíster en Derecho – Profundización en Derecho Penal**

**Dirigido por:**

**PhD© Víctor Manuel Cáceres Tovar (Director)**

**PhD© Omar Huertas Díaz (Codirector)**

**Universidad Nacional de Colombia**  
**Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales**  
**Bogotá D.C.,**  
**2015**



*A mi Padre,  
mi primer y más inteligente Maestro.  
A los 56 años partió  
despejando el camino por donde transcurrirían nuestras vidas...*



## Resumen

Este trabajo explica las razones por las que no es posible implementar la pena de prisión perpetua en Colombia, cimentadas en la Constitución Política, concretamente en los principios en los que se erige nuestro Estado social de derecho, y en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, así como en el modelo penal garantista que orienta nuestro ordenamiento jurídico; de ahí que la hipótesis sea que la pena irredimible es inconstitucional y desconoce abiertamente la dogmática garantista, hipótesis que por sí sola empieza a validarse desde los inicios del trabajo. En desarrollo de lo anterior y por estar inescindiblemente ligado con el problema jurídico planteado, también se estudió el origen y la función de la pena de prisión desde las más destacadas corrientes ideológicas del pensamiento y los autores más representativos de éstas, como el humanismo ilustrado, el positivismo criminológico y la criminología crítica, sin dejar de lado, desde luego, la jurisprudencia nacional e internacional sobre el tema.

**Palabras clave:** pena, función de la pena, prisión, prisión perpetua, garantismo, criminología, Estado social de derecho, principios, bloque de constitucionalidad, Colombia, jurisprudencia, dogmática, humanismo ilustrado, positivismo criminológico, criminología crítica, crímenes, víctimas, infantes, derechos humanos, derechos fundamentales, dignidad humana, efectividad, solidaridad, democracia, venganza, retribución, función preventiva, prevención general, prevención especial, castigo, abolicionismo, poder, instrumentalización, progresividad, regresión.

## Abstract

This document explains why it is not possible to implement life imprisonment in Colombia, grounded on the Constitution, specifically the principles on which our Welfare state stands, and also on international human rights statements that derive from the Constitutional Block, as well as the guarantees in criminal law that guide our legal system; hence, the hypothesis is that the irredeemable penalty is unconstitutional and openly ignores the guaranteeing dogma, hypothesis that is validated from the very beginning of this work. In the furtherance of the foregoing and for being inseparably linked with the stated legal problem, the origin and function of imprisonment were also studied from the leading ideological trends and their most representative authors, such as Enlightenment humanism, criminological positivism and critical criminology, without neglecting, of course, national and international jurisprudence on the subject.

**Key words:** penalty, function of punishment, imprisonment, life imprisonment, guarantees, criminology, Welfare state, principles, constitutional provisions, Colombia, jurisprudence, dogmatic, enlightenment humanism, criminological positivism, critical criminology, crime, victims, infants, human rights, fundamental rights, human dignity, effectiveness, solidarity, democracy, revenge, retribution, preventive function, general deterrence, specific deterrence, punishment, abolitionism, power, instrumentation, escalation, regression.

# Contenido

	Pág.
<b>Resumen .....</b>	<b>VII</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Origen y función de la pena de prisión.....</b>	<b>7</b>
1.1 Humanismo ilustrado.....	9
1.1.1 El contrato social (JOHN LOCKE).....	9
1.1.2 El contrato social (JEAN JACQUES ROUSSEAU).....	12
1.1.3 De los delitos y de las penas (Cesare Beccaria).....	13
1.1.3.1 La pena de muerte .....	20
1.1.3.2 Crítica a CESARE BECCARIA, el humanista.....	20
1.2 Positivismo criminológico .....	21
1.2.1 Antropología criminal .....	22
1.2.2 Factores sociales y criminalidad .....	24
1.2.3 Ideología de la defensa social.....	27
1.3 Criminología crítica.....	29
1.3.1 Criminología crítica (ALESSANDRO BARATTA).....	30
1.3.2 Teoría del garantismo (LUIGI FERRAJOLI).....	31
1.3.2.1 Si, por qué, cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar.....	33
1.3.2.2 ¿La pena como retribución? .....	35
1.3.2.3 Utilitarismo de la pena .....	37
1.3.2.4 Particularidades de la doctrina de la prevención especial.....	38
1.3.2.5 Observación a la concepción del delito como patología y de la pena como tratamiento .....	40
1.3.2.6 Particularidades de la doctrina de la prevención general negativa.....	41
1.3.2.7 Fines del derecho penal mínimo.....	43
1.3.2.8 A la pregunta ¿cuándo castigar? .....	45
1.3.2.9 A la pregunta ¿cómo castigar? .....	47
1.3.2.10 Principio de proporcionalidad y límites punitivos.....	51
1.3.2.11 Reducción de la duración de la pena privativa de la libertad y restricción de su aplicación .....	56
1.3.3 Abolicionismo .....	57
1.3.3.1 Louk Hulsman .....	58
1.3.3.2 Thomas Mathiesen .....	59
1.3.3.3 Mauricio Martínez Sánchez .....	60
1.3.3.4 Alejandro Gómez Jaramillo.....	60
<b>2. Función de la pena de prisión en Colombia.....</b>	<b>67</b>
2.1 Normatividad .....	67

2.1.1	Constitución Política de Colombia y legislación interna .....	67
2.1.1.1	Principio de prevalencia del interés general y principio de dignidad humana	68
2.1.1.2	Prohibición de prisión perpetua .....	69
2.1.1.3	Funciones de la pena de prisión.....	71
2.1.1.4	¿Qué teoría impera en nuestro orden interno?.....	80
2.1.2	Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	82
2.1.3	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .....	83
2.2	Jurisprudencia .....	84
2.2.1	Corte Constitucional .....	84
2.2.2	Corte Suprema de Justicia .....	88
2.2.3	Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos	90
2.3	Política criminal.....	92
2.3.1	De la defensa social .....	93
2.3.2	Del garantismo .....	95
2.3.3	Política criminal y medios de comunicación .....	95
<b>3.</b>	<b>La pena de prisión perpetua en Colombia .....</b>	<b>97</b>
3.1	A la luz de la Constitución Política .....	101
3.2	A la luz del bloque de constitucionalidad.....	103
3.3	A la luz del garantismo penal .....	104
<b>4.</b>	<b>Conclusiones .....</b>	<b>107</b>
	<b>Bibliografía .....</b>	<b>111</b>

# Introducción

Una investigación de este tipo es de vital importancia, dado que en el contexto actual la prisión perpetua se ha convertido en una figura que pretende ser introducida en nuestro ordenamiento jurídico por sectores políticos y movimientos sociales, debido a los innumerables crímenes en los que las víctimas son infantes, aun cuando dichos comportamientos no son nuevos en nuestra sociedad.

Es evidente la impunidad que estos atentados generan y siguen generando, lo que originó que un grupo de ciudadanos recogieran firmas para presentar un referendo de iniciativa popular con el fin de modificar el artículo 34 de la Constitución Política y permitir de este modo la aplicación de la pena de prisión perpetua a todas aquellas personas que atenten gravemente contra los derechos fundamentales de los niños, iniciativa popular que se tramitó en el Congreso de la República bajo la ley 1327 de 2009, pero que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional por vicios formales insubsanables directamente relacionados con los principios sustanciales de democracia participativa, división de poderes y potestades de los órganos de control, deliberación y publicidad de los proyectos, probidad y transparencia en los mecanismos de participación ciudadana, así como de identidad flexible y consecutividad de los proyectos de referendo por iniciativa ciudadana<sup>1</sup>, previstos en la Carta Política.

Por lo anterior y en razón a la escasa bibliografía al respecto, surgió la necesidad de estudiar el por qué y el para qué de la pretendida sanción o pena irredimible, y su validez a la luz de los principios constitucionales que nos rigen, el modelo de Estado social de derecho adoptado por el constituyente, el garantismo que orienta nuestra dogmática penal y la función de la pena privativa de la libertad, con el fin de responder el siguiente problema jurídico: ¿es constitucional la implementación de la pena de prisión perpetua en nuestro Estado social de derecho y compatible con el garantismo en materia penal?

Para tal propósito es indispensable aclarar previamente, que este trabajo no es, ni pretende ser, una investigación exhaustiva sobre la pena de prisión perpetua en nuestro Estado, al punto que esta forma de sanción nunca ha existido ni se ha aplicado desde que nos independizamos y erigimos como República hace más de 200 años; tampoco y por la misma razón, existe la ambición de convertirlo en un compendio de legislación

---

<sup>1</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-397 de 2010.

comparada<sup>2</sup>, sin perjuicio de que seguramente en desarrollo del mismo se haga referencia tangencial a algunos Estados que sí la han acogido en su orden interno, no sin cierto recelo e innumerables críticas. La aspiración es más concreta, gira en torno al problema jurídico expuesto en el párrafo precedente.

Teniendo en cuenta la precisión anotada, la propuesta es analizar esta forma de sanción a la luz de los postulados sobre los cuales se erige nuestro Estado social de derecho y el impacto que su ejecución tendría frente al modelo penal garantista que orienta nuestro ordenamiento jurídico constitucional penal, así como las consecuencias de su práctica, tanto para el procesado como para el titular del poder público<sup>3</sup>, sin dejar de lado, desde luego, la función asignada a la pena de prisión desde la perspectiva jurisprudencial, doctrinal y por su puesto del bloque de constitucionalidad. Esta ruta de análisis necesariamente llevará a la pregunta, acaso no sería mejor invertir el costo económico que dicha sanción genera en la solución de problemas sociales aplazados o necesidades básicas insatisfechas que, en cierta medida, contribuyen a que nuestras cárceles se llenen cada día más de personas, generalmente pobres que sufren carencias de educación, salud, oportunidad de trabajo en condiciones dignas y justas, saneamiento básico, etcétera, interrogante que estará presente a lo largo de las páginas, casi como un objetivo inaplazable para una democracia que aspira ser educada, digna, libre, igual, plural, pacífica y justa<sup>4</sup>.

En este orden de ideas, surge la necesidad de abordar en el primer capítulo el origen, fundamentos y función de la pena de prisión desde diferentes corriente ideológicas del pensamiento, iniciando por el *humanismo ilustrado*, que desde sus postulados aspiró superar la barbarie, sufrimiento y crueldad de los castigos impuestos a quienes cometían hechos que iban en contra de las normas de convivencia o alteraban el orden constituido a través del contrato social que le dio fundamento jurídico al Estado, ahondando en las propuestas de uno de sus más insignes representantes, Cesare Beccaria, que desde su

---

<sup>2</sup> Un estudio comparativo de la pena de prisión perpetua, tomando como base la legislación Argentina, puede encontrarse en JUALIANO, Mario Alberto y AVILA, Fernando. *Contra la prisión perpetua*. Del Puerto, Buenos Aires, 2012. Este interesante libro contiene, además, un importante examen de las penas a perpetuidad en América, Europa y Asia (pág. 21-33), así como jurisprudencia sobre el asunto (pág. 93-129), y aunque en Colombia nunca ha existido esta sanción, los autores analizaron la sentencia C-1212 de 2001, en la que la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de una sanción de inhabilidad perpetua de un servidor público, destacando, no la postura mayoritaria de la Corte, que decidió a favor de la concordancia con la Carta Política, sino el salvamento de voto de los Magistrados Rodrigo Uprimny Yepes y Rodrigo Escobar Gil, respecto de la inconstitucionalidad de las penas de carácter perpetuo por ser contrarias a la finalidad resocializadora de las sanciones, fundada en el principio de dignidad humana, soporte de nuestro Estado social de derecho (pág. 124-125).

<sup>3</sup> COOTER Robert y ULEN Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México, 1998. (Traducción de Suárez Eduardo). POSNER Richard, *Análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 2007. (traducción de Suárez Eduardo).

<sup>4</sup> Algunos doctrinantes consideran que la prisión es el camino más fácil y económico para soslayar los problemas sociales urgentes y desviar la atención de a la imperativa necesidad de hacerle frente a las necesidades, que no debe ser una gracia sino una obligación del Estado.

obra *De los delitos y las de las penas* hizo una aguda crítica a estas viejas prácticas y propuso un modelo derivado de la razón, donde las sanciones debían ser humanas, racionales y proporcionales, y su función, más que simple retribución, tenía que ser preventiva de futuros delitos. Continuando con el *positivismo criminológico*, que enfatizó, más que en el delito en el delincuente<sup>5</sup>, con el fin de explicar el fenómeno criminal y justificar la reacción social –pena–, siendo imperativo acudir a las escuelas de la *antropología criminal*, la *socialización defectuosa* y la *defensa social*, que le atribuían a la pena una función preventiva especial<sup>6</sup>. Finalizando con las corrientes que critican algunos postulados de los anteriores paradigmas, en donde estudiaremos las principales teorías, algunas de ellas, como la *criminología crítica* y el *abolicionismo penal* (a la que le dedicaremos la última sección de este capítulo), que desarrollan sus planteamientos a partir de un entendimiento del derecho penal y de la pena de prisión en concreto, como forma de dominación social de los dueños de los medios de producción (poder detrás del poder) para perpetuar el modelo socioeconómico del capitalismo, que trae inmerso formas de desigualdad social oportunas para su aspiración; y otras, como la teoría del *garantismo*, que gira en torno al derecho penal mínimo, humano, racional y necesario, útil a la sociedad, en tanto previene la comisión de futuros delitos por parte de los asociados, castigando con penas proporcionales, no drásticas ni extensas, pero certeras, los atentados en contra de los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, que dicho sea desde ahora, entra en abierta confrontación con el abolicionismo.

Siguiendo con el cometido propuesto, en el segundo capítulo se abordará la función de la pena de prisión en el contexto jurídico y político colombiano, sin perder de vista las corrientes del pensamiento sobre la función asignada a ésta, examinadas en el primer capítulo, dado que nos permitirán determinar qué modelos fueron recogidos e inspiraron nuestro ordenamiento. Por eso, de manera concreta se analizará la Constitución Política de Colombia, no sólo el artículo 34 sino el catálogo de principios de inspiración y aspiración<sup>7</sup> constitucional que tienen incidencia clara en la pena de prisión y que podrían verse menoscabados con una eventual reforma constitucional con miras a implantar la prisión perpetua, además de examinar la codificación penal; así mismo, se estudiará el bloque de constitucionalidad, pero concentrando esfuerzos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>8</sup> y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>9</sup>. Continuando con una sección dedicada a la jurisprudencia más representativa que en materia de función de la pena han producido a nivel nacional la Corte Constitucional<sup>10</sup> y la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal<sup>11</sup>, y a nivel internacional, la

---

<sup>5</sup> LOMBROSO, César. Los criminales. Editorial PRESA, Barcelona, 344 Diputación, pág.8.

<sup>6</sup> FERRI, Enrique. Los hombres y las cárceles. 2ª edición, Barcelona, 344 Diputación.

<sup>7</sup> Aspiración entendida como fin.

<sup>8</sup> CADH.

<sup>9</sup> PIDCP

<sup>10</sup> CC.

<sup>11</sup> CSJSCP

Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>12</sup> y el Comité de Derechos Humanos<sup>13</sup>. Finalmente, me referiré a aspectos propios de la política criminal desde la óptica de la *defensa social*, el *garantismo penal* y los medios de comunicación.

Por último, el tercer capítulo examinará si la cadena perpetua desconoce los derechos de los seres humanos<sup>14</sup> y si este tipo de condena, más que prevención y/o represión ejemplarizante, es venganza, incluso, si la misma busca la seguridad jurídica o la tutela de bienes jurídicos o de valores éticos<sup>15</sup> y/o si con esto se instrumentaliza el derecho, y se hará a la luz de la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad y el garantismo penal. Esto y todo lo anterior, llevará a validar la hipótesis, a saber: que la pena de prisión perpetua en Colombia es constitucionalmente inviable y va en contravía del modelo penal garantista que orienta nuestro ordenamiento jurídico, como se reflejará en las conclusiones.

Es de advertir, que la metodología utilizada en el presente trabajo final es cualitativa. En primer lugar, se recopiló información ineludible para abordar el problema, por ejemplo, en el capítulo inicial se reunieron libros y escritos que contienen las teorías más representativas, a mi entender, que le dieron fundamento jurídico y político al Estado actual, como son las teorías contractualistas de base social y democrática encarnadas por LOCKE y ROUSSEAU, necesarias para establecer el origen y sustento del poder público, en concreto del *ius puniendi*, en razón a que BECCARIA las aprehendió para desarrollar sus postulados sobre la humanización y racionalización de los delitos y las penas, que se traduce en el establecimiento de límites al ejercicio del poder soberano. A partir de esto se tejió un entramado de teorías sobre el delito, el delincuente y la función que debe cumplir el derecho penal en la sociedad, afrontado desde las perspectivas del *humanismo ilustrado* con el precitado autor de la mano, el *positivismo criminológico*, a la luz de los clásicos LOMBROSO, GAROFALO y FERRI, y acudiendo a los siempre oportunos análisis que HASSEMER y MUÑOZ CONDE hicieron sobre los factores sociales de incidencia en la criminalidad y la ideología de la defensa social, insumo valioso para el entendimiento de las corrientes que las critican, a las que se acude en extenso, deteniéndome en el examen de la teoría del garantismo penal de FERRAJOLI, por ser fundamental para resolver el problema propuesto y ser parte de nuestra dogmática. La organización y sistematización de esta información, en segundo lugar, permitió en el capítulo siguiente acometer un análisis de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad de cara a las funciones de la pena de prisión y la posibilidad de implementar la sanción perpetua, sin perder de vista en ningún momento los principios fundantes del Estado social de derecho, sobre todo la dignidad humana, a la que se acudió como cláusula hermenéutica para potenciar los derechos fundamentales,

---

<sup>12</sup> CIDH

<sup>13</sup> DDH

<sup>14</sup> CARRARA, Francesco. Derecho penal. Editorial HARLA, pág. 51-67.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal, parte general. Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1980, pág. 44.

erigiéndose importantes los principios de progresividad y prohibición de regresión, conforme lo demuestra la jurisprudencia nacional e internacional recurrida en este mismo capítulo y que conspira a favor de la respuesta que desde el inicio de las páginas se va perfilando y se condensa en el capítulo tercero, que contiene de forma compendiada la validación de la hipótesis, someramente detallada en las conclusiones a las que se llegó tras la labor realizada.



# 1. Origen y función de la pena de prisión

Probablemente para muchos contemporáneos las sociedades jurídica y políticamente organizadas no pueden permitirse el privilegio de vivir sin la principal y actualmente más conocida forma de castigo concebida por trasgredir el orden constituido e imaginarlo parecería una entelequia, algo irreal o inimaginable. Quizás para esa importante mayoría la pena de prisión es connatural a la evolución misma del hombre, estando presente desde los inicios de la historia como forma de protección social.

Sin embargo, aunque el castigo fue importante en muchas sociedades pre-modernas, no siempre se acudió al aislamiento social para hacerle frente a situaciones de anormalidad en el seno de una comunidad, pues eran utilizados otros tipos de castigos que generalmente afectaban la vida, el cuerpo o el patrimonio del destinatario, como la muerte, el destierro, la amputación de órganos, la hoguera y la esclavitud, por citar sólo éstos ejemplos; y tratándose de los corporales, estaban marcados por la excesiva crueldad en su materialización y la necesaria publicidad de las ejecuciones como signo característico y de entretenimiento para la población, que tendía a agredir y humillar al infractor, lo que permite afirmar el carácter netamente retributivo de su aplicación.

La concepción arraigada por la causación de un mal, era que éste sólo afectaba a quien lo sufría, es decir, a la víctima o sus herederos, por lo que nacía un inmediato derecho a cobrar o resarcir la ofensa ocasionada. Es decir, nunca se cuestionaron ni pensaron en establecer función alguna para esta forma de castigo, hasta ese entonces indeterminada, como hemos venido afirmando, lo que sin duda conspiró a favor de la venganza.

Posteriormente, en la denominada edad moderna se entendió al castigo como privación de la libertad en centros de reclusión, inicialmente pensados como casas de trabajo forzado, administradas en un primer momento por particulares y después por autoridades públicas (Estado), en donde la explotación de la mano de obra era inmisericorde, evolucionando en casas correccionales que, como su nombre lo indica, tenían la pretensión de corregir al delincuente, al mendigo y al ocioso a través de la enseñanza de oficios útiles y productivos para la sociedad, siendo las más representativas las casas de Londres y Ámsterdam, que en palabras de GARLAND contribuyeron al desarrollo del

actual modelo económico capitalista y constituyeron la base del moderno sistema penitenciario<sup>16</sup>.

No fue sino hasta el siglo XVIII que la prisión fue concebida como sanción, en todo el sentido de la palabra, destinada únicamente al delincuente, y gracias a los desarrollos teóricos del humanismo ilustrado, se emprendió la superación de la ferocidad y la crueldad hasta ese momento inherentes a la pena, “(f)ue así como el objeto de la penalidad pasó a ser el alma de los delincuentes, en lugar de su cuerpo”<sup>17</sup>, y de espectáculo público se convirtió en simple observancia vigilante<sup>18</sup> (el panóptico de BENTHAM<sup>19</sup>), en ese entendido, “(e)l ceremonial de la pena tiende a entrar en la sombra, para no ser ya más que un nuevo acto de procedimiento o de administración”<sup>20</sup>.

Entretanto, el positivismo criminológico, retomando planteamientos aparentemente superados por el humanismo ilustrado, basó su propuesta en el delincuente, nato o socialmente construido, conspirando a favor de la prevención a través del tratamiento de éste, es decir, tendiente a reeducarlo, resocializarlo o curarlo en los casos en que era posible. De ahí que para algunos representantes de la escuela positivista, como FERRI, no había diferencia cualitativa entre penas y medidas de seguridad<sup>21</sup>, pues tenían la misma naturaleza y función, lo que implicaba tratamientos indeterminados y sustituibles que se debían adaptar a la personalidad peligrosa de su destinatario y al progreso del tratamiento, llegando incluso a rechazar la prisión como lugar y forma de rehabilitación, en razón a ser las cárceles antros de corrupción e incorregibilidad<sup>22</sup>.

La criminología crítica, por su parte, estudió las anteriores corrientes del pensamiento y presentó las principales objeciones a éstas, de una parte, a partir de la intención oculta de reproducción de la dominación social por medio de las penas, y de otra, aceptando la prisión en casos particulares como graves violaciones de derechos fundamentales, con carácter de *ultima ratio*, para humanizar y racionalizar el derecho penal y sus consecuencias jurídicas, como lo sostiene la teoría del garantismo penal.

---

<sup>16</sup> GARLAND, David. Castigo y sociedad moderna. Siglo XXI, México, 1993, pág. 122.

<sup>17</sup> GALVIS RUEDA, María Carolina. Sistema penitenciario y carcelario en Colombia: teoría y realidad. Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003, pág. 75. En: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92.pdf> Consultada el 5 de septiembre de 2014.

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Gedisa, Barcelona, 1995, pág.119.

<sup>19</sup> Sistema carcelario celular diseñado por Jeremy Bentham, caracterizado porque desde un único punto y centro el delincuente era vigilado constantemente. Este modelo fue adoptado no sólo por el sistema penitenciario sino por las fábricas. Cfr. MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario. Siglos (XVI-XIX). Siglo XXI, Quinta Edición, México, 2005, pág. 189.

<sup>20</sup> FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. Siglo XXI, México, 2009, pág. 17.

<sup>21</sup> AGUDELO BETANCUR, Nodier. Grandes corrientes del derecho penal (Escuela Positivista). Linotipia Bolívar y Cia. S en C. Bogotá, 1994, pág.25.

<sup>22</sup> LOMBROSO, César. Op. Cit., pág. 95.

Por consiguiente, en este capítulo se abordarán los aspectos más importantes de estas corrientes, desde la óptica de la función asignada a la pena de prisión, con el fin de establecer los principios que en la actualidad se imponen.

## 1.1 Humanismo ilustrado

Para hacerle frente a la barbarie y sufrimientos innecesarios de las penas corporales, así como a la pena de muerte, sanciones frecuentemente recurridas en la época pre-moderna como forma de expiación o retribución por el mal causado y, en algunos casos, como mecanismo de confesión de los crímenes supuestamente cometidos, que significó derramamiento de sangre innecesario y tormento a un sinnúmero de seres humanos, surgió esta corriente del pensamiento cuyo argumento central fue la humanización del derecho penal y el uso de la razón en su pre-configuración, práctica y ejecución, a través de la tipificación de conductas que realmente lesionaran bienes jurídicos importantes, el establecimiento de procedimientos claros durante la etapa de juzgamiento y la imposición de penas proporcionales al daño infligido, mismas que debían ser afrontadas en condiciones de dignidad y con el propósito de no causar sufrimiento innecesario.

Esta ideología tuvo como principal exponente al ilustre italiano BECCARIA, quien basó su obra en las propuestas contractualistas que justificaban el ejercicio del *ius puniendi*, en consecuencia, brevemente me referiré a los postulados básicos de la teoría del contrato social de cara al tema que interesa, que no es más que el origen y la función asignada a la pena de prisión como forma de control social para la pacífica convivencia. En este orden de ideas y con el fin de no desviar el objeto de estudio, acudiré a los postulados básicos de dos de sus teóricos más sobresalientes, a saber: LOCKE y ROUSSEAU, para adentrarme en el estudio de los aportes más importantes, aún vigentes, del renombrado Marqués.

### 1.1.1 El contrato social (JOHN LOCKE)

Este filósofo inglés vivió durante el siglo XV y principios del XVI, y como representante de la ilustración hizo un aporte significativo en lo que tiene que ver con la justificación del poder público –de antaño irracional–, base estructural de nuestro tema de trabajo si lo abordamos desde la facultad que tiene el Estado de tipificar conductas sociales que lesionan bienes jurídicos y el establecimiento de sanciones, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo.

Cuestionó férreamente la concepción irracional del poder del soberano, pues la tradición suponía que el poder emanaba de Dios y era entregado por éste al monarca –como lo sostuvo el contractualismo monárquico de HOBBS<sup>23</sup>–, por ende, cualquier acción que viniera de éste estaba justificada y “legitimada” y nadie podía oponérsele dado el origen de esa facultad, al punto que cualquier reato de obstrucción podía ser castigada, incluso, con lo muerte. Por eso, una de las principales características del contractualismo político de LOCKE, y de la virtud de su teoría, estriba en sostener que el poder no era dado por ninguna deidad al monarca<sup>24</sup> sino directamente entregado por el pueblo –poder constituyente–, compuesto por todos y cada uno de los ciudadanos, quienes ostentaban el poder por partes iguales<sup>25</sup>, siendo éste, es decir, el pueblo, el verdadero soberano y el único capaz de legitimar cualquier acción, incluso la punitiva.

Argumento que también contradice la tendencia de estimar que el poder era producto de la violencia, donde la mayor fuerza o el más fuerte se imponía sobre la menor o el más débil, siendo éste el origen y la legitimidad del poder<sup>26</sup>, dado que dicha percepción del poder es inestable y solamente cultiva más violencia, siendo, quizás, la causa de tantas luchas sociales, vigentes incluso en la actualidad, además, “(l)os ejemplos de la historia demuestran que los gobiernos, cuando se iniciaron en tiempo de paz, estuvieron fundados sobre esa base, y se constituyeron por el consenso del pueblo”<sup>27</sup>. Lo expuesto es sintetizado por el notable pensador en las siguientes palabras:

*“(c)laramente probadas, a mi entender, todas esas premisas, es imposible que los actuales gobernantes de la tierra puedan conseguir algún beneficio o derivar la menor sobra de autoridad de lo conceptuado por venero de todo poder, “la jurisdicción paternal y dominio particular de Adán”; y así, quien no se proponga dar justa ocasión a que se piense que gobierno en el mundo es producto exclusivo de la fuerza y la violencia, y que los hombres no viven juntos según más norma que la de los brutos, entre los cuales el más poderoso arrebató el dominio, sentando así las bases del perpetuo desorden y agravio, tumulto, sedición y revuelta (...) deberá necesariamente hallar otro origen del gobierno, otro prototipo del poder político, y otro estilo de designar y conocer a las personas que poseen”<sup>28</sup>.*

---

<sup>23</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Sarpe, Madrid, 1983, Introducción.

<sup>24</sup> En teoría constitucional la separación del derecho, y por ende el origen del poder, de su fundamento religioso, fue un aporte significativo del holandés Hugo Grocio, racionalismo muy próximo al de René Descartes y que influenció notablemente a los defensores del liberalismo, entre los que precisamente se destacó Locke, quien, sin duda, asestó uno de los primeros y más importantes golpes al monarquismo absoluto. Cfr. NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e instituciones políticas*. Temis, Undécima edición, Bogotá, 2012, pág. 9-10 y 221-222.

<sup>25</sup> LOCKE, John. *Ensayos sobre el gobierno civil*. Orbis, Barcelona, 1983, pág. 74.

<sup>26</sup> También podía ser el más astuto, hábil, longevo, etcétera.

<sup>27</sup> LOCKE, John. *Op. Cit.*, pág. 77.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pág. 1.

En tal entendido, podemos afirmar sin ruborizarnos que la teoría de LOCKE le asestó importantes embates al absolutismo monárquico y contribuyó notablemente a su decaimiento, materializado más tarde con uno de los fenómenos sociales más importantes y de mayor cambio, la Revolución Francesa de 1789.

Así mismo, estas ideas son el reflejo de la marcada tendencia humanizadora de las prácticas sociales, evolución de los pueblos y expresión de la civilización arraigada a partir del fenómeno social denominado sugestivamente: *la ilustración*, y que observamos, incluso antes que en LOCKE y en BECCARIA, en trabajos de estudiosos a quienes la teoría actual del derecho y del Estado le deben su desarrollo, nos referimos a MONTESQUIEU, para quien la elaboración de las leyes debe estar precedida de un juicio racional, como lo afirmara el importante pensador francés en el *Espíritu de la las leyes* al señalar: “(l)a ley, en general, es la razón humana en cuanto se aplica al gobierno de todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser otra cosa sino casos particulares en que se aplica la misma razón humana”<sup>29</sup>.

Otro aporte significativo de este filósofo es su oposición a la pena de muerte, en la medida que significaría deshonorar el pacto político que le dio origen y fundamento jurídico a la sociedad organizada en forma de Estado y al poder, en tanto hombres libres decidieron entregar parte de sus derechos a un soberano para vivir en paz y garantizar así sus demás libertades, luego, como ya fue indicado, el pacto no significó entregar la totalidad de los derechos, ya que sería tanto como negar la libertad del hombre. Así las cosas, es mandato y obligación del soberano, garantizar todos los derechos y libertades de los contratantes.

Por consiguiente, privar de la vida al infractor constituye un desbordamiento en las funciones asignadas al soberano y un atentado en contra del convenio de hombres libres por la negativa de proteger el principal derecho natural de los poderdantes<sup>30</sup>, del cual emanaban todos los demás y hacía posible, precisamente, la vida en sociedad.

Lo anterior reitera la teoría del contrato social de LOCKE como freno al poder arbitrario de las monarquías, pues

---

<sup>29</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de. *El espíritu de las leyes*. Universales, Bogotá, pág. 13.

<sup>30</sup> En la época en que se escribió *Ensayo sobre el gobierno civil*, y lustros después, se consideró el derecho a la vida como el más importante de todos, la razón era simple: de él derivan los demás derechos, al punto de poder afirmar que, sin éste no tenía sentido la protección de las demás garantías. Sin embargo, con la evolución del derecho constitucional y de los derechos humanos tal postura varió, considerándose en la actualidad como el principal y más importante derecho la dignidad humana, del cual emanan y se explican el plexo de prerrogativas fundamentales.

*“(a)unque el Poder Legislativo, ya sito en uno en varios, ya de continuo en existencia o sólo en intervalos, sea el sumo poder de toda república, en primer lugar, ni es ni puede ser en modo alguno, absolutamente arbitrario sobre la vida y las fortunas de las gentes (...). Porque nadie puede transferir a otro más poder que el que encerrare en sí, y nadie sobre sí goza de poder absoluto y arbitrario, ni sobre los demás tampoco, que le permitiere destruir su vida o arrebatar la vida o la propiedad ajena”<sup>31</sup>.*

### 1.1.2 El contrato social (JEAN JACQUES ROUSSEAU)

Este importante autor ginebrino basó su teoría en el nacimiento de hombres libres, atributo que no puede ni debe negarse cuando lo traspasamos a la ficción ciudadano-Estado, organización social de la que forman parte, lo que le da el derecho de expresar su voz y voto, por débil que sea, para la definición de los asuntos públicos, convirtiéndolo en sujeto de derecho y parte esencial del contrato social, es decir, miembro del soberano<sup>32</sup>. Es quizás ésta una de las razones para considerar que el contractualismo de ROUSSEAU tiene una base más democrática que el de otros filósofos que sostienen ideas también contractualistas.

Este argumento es fuerte para ilustrar y sustentar la importancia y responsabilidad que tienen los filósofos en la construcción de la sociedad, en la medida que su pensamiento puede –y de hecho así lo hace– influenciar considerablemente a los demás ciudadanos para la solución de los conflictos a través del apoyo de determinadas ideas o propuestas, no siempre con buenas finalidades y/o beneficios generales, o abrir los ojos frente a prácticas erróneas –compromiso político–.

Si bien ROUSSEAU aceptó la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por el gobernante cuando quienes forman parte del soberano (poder público) han participado con su voz y voto (base democrática), también pregonó, algo así como un derecho de resistencia, cuando las decisiones carecen de legitimidad por ser tomadas unilateralmente, sin ninguna base democrática o convencional, lo que se traduce en simple ejercicio de la fuerza (no legítima, arbitraria y despótica), pues

*“(s)i no tomase en consideración más que la fuerza y el efecto que se deriva de ella, diría que, mientras un pueblo se ve obligado a obedecer y obedece, hace bien, pero que, cuando puede sacudir el yugo y consigue liberarse, hace todavía mejor, porque, al recobrar la libertad basándose en el derecho por el que había sido arrebatado de ella, está legitimado para recuperarla, o no lo estaba el que se la arrebató”<sup>33</sup>.*

<sup>31</sup> LOCKE, John. Op. Cit., pág. 80.

<sup>32</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. El contrato social. Altaya, Barcelona, 1993, pág. 3 y 15-16.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pág. 4.

Luego, la facultad o derecho de castigar, surge precisamente de esa prerrogativa entregada por todos los asociados para garantizar sus libertades en el seno del Estado, sin embargo, lo que no estableció fueron los límites que tenía en la búsqueda de este propósito, al punto que, a diferencia de LOCKE, en sus escritos dejó entrever un poder casi que absoluto de disposición sobre los derechos de los ciudadanos, al justificar la pena de muerte o el destierro para el delincuente, en tanto que como trasgresor del pacto voluntariamente escogió quedar por fuera de la sociedad civil; aspecto reprochable porque termina utilizando a los ciudadanos para cualquier designio oculto bajo una máscara de utilidad, niega los problemas existentes en una realidad social y, en vez de buscar solucionarlos, se deshace de ellos o los oculta de la manera más fácil, persistiendo el problema y deslegitimando, *per se*, la convención (para qué Estado, si es incapaz de enfrentar los problemas. “*En un Estado bien gobernado hay pocos castigos, no porque se concedan muchos indultos, sino porque hay pocos criminales*”<sup>34</sup>, y nosotros agregaríamos, hay pocos criminales porque está bien gobernado), al desconocer los derechos fundamentales en cabeza del infractor, socio y titular de una parte mínima pero suficiente del poder que lo estableció.

Entonces, “(e)l contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes”<sup>35</sup>, pues todos pactaron las mismas condiciones y tienen los mismo derechos, “*su vida misma, que han consagrado al Estado, está (y debe estar) continuamente protegida por él*”<sup>36</sup>, al igual que todas sus libertades, y los medios de conservación tienen que ser igualmente legítimos y estar previstos en el pacto.

### 1.1.3 De los delitos y de las penas (Cesare Beccaria)

La principal herencia de este pensador del siglo XVI, giró en torno al uso de la razón para el establecimiento de un nuevo modelo penal, en el que la pena de muerte y el castigo arbitrario y despótico no tuvieran cabida. Empero, como se advirtió al inicio de este capítulo, no puede desligarse de las teorías contractualistas, que acepta, fue el fundamento para dictar normas que le hicieran frente a las alteraciones sociales, la mayoría de veces pervertido e instrumentalizado para la satisfacción de intereses despóticos del gobernante de turno –monarquía absoluta–, que tenía como fin generar zozobra en los súbditos a través de la barbarie de los castigos y temor para que se abstuvieran de realizar tales comportamientos, so pena, de verse abocados al sufrimiento (ejemplo como retribución y prevención). Así lo dejó ver al inicio de su magnífica obra:

*“(l)as historias nos enseñan que debiendo ser las leyes pactos de los hombres libres, han sido pactos causales de una necesidad pasajera; que*

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 35.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pág. 34.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pág. 33.

*debiendo ser dictadas por un desapasionado examinador de la naturaleza humana, han sido instrumento de las pasiones de pocos. La felicidad mayor dividida entre el mayor número debiera ser el punto a cuyo centro se dirigiesen las acciones de la muchedumbre*<sup>37</sup>.

Como se ve, fue una constante en su obra la crítica y denuncia de las normas empleadas por la monarquía absoluta en el sistema criminal, desprovistas de cualquier racionalidad y elaboradas de manera primitiva que, contrario a construir sociedad, la aniquilaba lentamente, negando “*los verdaderos derroteros de la sociedad, es decir, el bienestar público, la seguridad y la garantía de las libertades individuales*”<sup>38</sup>.

Por eso, el movimiento ilustrado se propuso construir un sistema criminal a partir de la negación de todas las normas del pasado, con base en el reconocimiento del poder popular, propio de la teoría del contractualismo político y social –de LOCKE y ROUSSEAU, respectivamente–, y del origen divino de la monarquía, que durante siglos ejecutó prácticas arbitrarias sin ningún tipo de control, más allá de la voluntad del monarca de turno. Negaciones que permitieron develar verdades incontestables, motor del desarrollo social actual, como el reconocimiento de las libertades inherentes a cada persona, el bien común como finalidad de las prácticas sociales y políticas públicas<sup>39</sup>, la dignidad del ser humano, tal como se extrae del segundo imperativo categórico de KANT, es decir, como fin en sí mismo y no instrumento de nada ni de nadie –por más loable que sea el propósito–, manifiesta en el trato que cada asociado debe recibir y la punición racional y proporcional por trasgredir el orden establecido.

El campo en el que se destacó BECCARIA en la amplia corriente ilustrada del pensamiento fue el relativo al sistema penal, sustentando sus propuestas en ideologías utilitaristas al mejor estilo de BENTHAM<sup>40</sup>, empero, su utilitarismo no fue desligado de las posturas iusnaturalistas que establecían una marcada separación entre el orden natural y el civil, así como la obligación del soberano de garantizar los derechos fundamentales de los asociados, en tanto inalienables y provenir de un orden natural supremo –su existencia no depende de la voluntad humana–<sup>41</sup>. En efecto, en su propuesta los derechos humanos emanan del derecho natural y se garantizan por cuanto fueron previstos en la normatividad u ordenamiento jurídico gracias a su previo reconocimiento por parte de la razón<sup>42</sup>, de donde se desprende el deber de protección de estos derechos

---

<sup>37</sup> BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Edición Latinoamericana. Universidad Externado de Colombia, colección textos fundamentales de derecho, Bogotá D.C., 1994, pág. 7.

<sup>38</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Un mundo sin cárceles es posible. Ediciones Coyoacán, México, 2008, pág. 58.

<sup>39</sup> En palabras de Santo Tomás, “*la ordenación de la razón para el bien común, dada y promulgada por quien tiene a su cargo el gobierno de la comunidad*”. En: NARANJO MESA, Vladimiro. Op. Cit., pág. 5.

<sup>40</sup> Lo bueno es lo útil, individual y socialmente hablando. Lo que produzca mayor felicidad.

<sup>41</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op. Cit. pág. 59.

<sup>42</sup> ¡Tal vez por eso se presume que el legislador es sabio!

por parte del gobernante para el mantenimiento de la paz y la armonía social. Esto es, utilitarismo puro y rechazo al poder despótico, arbitrario e irracional pre-moderno.

En este orden de ideas la obra del Marqués puede sintetizarse en los siguientes **axiomas**: separación de las tres esferas normativas, límites al poder del soberano, los delitos y las penas, y la humanización de estas últimas<sup>43</sup>.

#### a) Primer postulado

Compuesto por la revelación, la ley natural y las convenciones, a saber, las tres esferas normativas de donde derivan los principios políticos y morales que regulan la vida del hombre, sin embargo, reconoce que las dos primeras han sido tergiversadas por la incapacidad del hombre de reconocerlas, lo que en parte fundamenta la necesidad de escindir las convenciones o leyes de la sociedad de tales órdenes normativos y centrarse en lo que es aprehensible por la razón.

En tal explicación vemos reflejado uno de los principales postulados de la ilustración, como superación de la confusión entre derecho y moral (ver *infra* 1.3.2.1), por lo mismo, en adelante la falta o infracción a la ley social o civil, a la convención o contrato social, como quiera llamarse, no debe tener ninguna relación con la falta moral o religiosa<sup>44</sup>, luego, el castigo por la infracción, conocida como crimen o delito, es necesario en tanto útil a la sociedad.

Tal utilidad, entonces, se justifica con el propósito de alcanzar el anhelo de justicia, que no es más que la consecución del bien común. En consecuencia, la comisión de un delito necesariamente debe ser sancionada, pues los hombres nos unimos en sociedad para mantener una paz relativa como superación del estado de guerra en que se supone vivíamos, como lo afirmó HOBBS en su obra maestra<sup>45</sup>. Aquí encontramos el fundamento ilustrado y contractualista de la facultad del soberano para castigar las infracciones a las leyes: mantener el orden social (que no la expiación del alma del infractor, pues sería retroceder y volver a la arcaica confusión entre derecho y moral), dado que es indispensable "(...) *sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas cuanto más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos*"<sup>46</sup>.

Aquí es preciso hacer alusión a un aspecto importante de esta corriente del pensamiento, advertida en las obras de LOCKE y ROUSSEAU, nos referimos a la fijación de las conductas que merecen el calificativo y tratamiento de delitos para el mantenimiento del orden (también su castigo), pues es una función muy importante dentro de la estructura del Estado que no puede ser entregada al soberano ni ser ajena a controles, pues

---

<sup>43</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op. Cit., pág. 62.

<sup>44</sup> FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Op. Cit., pág. 92.

<sup>45</sup> HOBBS, Thomas. Op. Cit.

<sup>46</sup> BECCARIA, Cesare. Op. Cit. Pág. 10.

desbordaría en ejercicio arbitrario del poder, incluso, haría posible la represión de conductas bajo la égida de un interés particular y no del bien común, lo que degeneraría en tiranía, por lo mismo, la propuesta de BECCARIA establece que la función de definición<sup>47</sup> debe ser ejercida únicamente por el legislativo.

Así, toda pena que sobrepase esa finalidad es injusta por naturaleza<sup>48</sup>, por eso, la ley penal deber ser útil a la sociedad y reprimir solamente aquellas conductas que son nocivas para el pacto<sup>49</sup>, previa definición por parte del legislador, lo que ya vimos, limita y controla el poder del soberano y cimienta el segundo axioma.

### **b) Segundo postulado**

Este axioma limita el poder del soberano y se explica desde el contexto acontecido en la época vivida por el autor italiano, por cuanto estaba marcado por el ejercicio arbitrario del poder por parte del soberano que discrecionalmente consideraba qué conductas debían ser castigadas y establecía la sanción cualitativa y cuantitativa, siendo fundamento incontrastable el origen divino de su facultad, sin embargo, como fue visto, la mayoría de las veces ese interés no perseguía el bien común.

El movimiento ilustrado al confeccionar este axioma dio paso a uno de los fundamentales pilares del Estado de derecho y, por ende, del poder sancionatorio, esto es, al principio de legalidad, que permitió superar la definición de conductas punibles al antojo del soberano, erigiéndose como tales, únicamente las establecidas claramente por el poder legislativo como expresión de la democracia. Tan importante principio también enseñó que la cantidad y la calidad de la pena deben estar diáfananamente dispuestas y debe existir un procedimiento de juzgamiento aplicable a todos los destinatarios de la ley penal, superándose la inveterada costumbre de torturar para obtener la confesión y la imposición de penas no discriminadas.

Un aspecto no menos relevante del principio de legalidad, es que ató al soberano a la ley, luego, éste no puede transgredirlo ni excederse sin esperar la respectiva consecuencia jurídica, ni sustraerse a su obligación de hacerlo respetar y garantizar los derechos fundamentales de los socios del pacto civil de fundación, lo que el profesor GÓMEZ denomina, aspecto restrictivo y positivo, en su orden<sup>50</sup>.

Herencia de la ilustración, endilgada al emblemático MONTESQUIEU para limitar el poder del soberano, es la ya clásica división de poderes (funciones) con el objeto de mantener el equilibrio; destacando la función ejecutiva y legislativa, como ya expusimos, pero asignando un rol importante a la judicial, encargada de hacer respetar este nuevo e

---

<sup>47</sup> Ferrajoli la denomina pre-determinación legal, como veremos en la sección dedicada al garantismo penal (*infra* 1.3, 1.3.2).

<sup>48</sup> BECCARIA, Cesare. Op. Cit. pág. 11.

<sup>49</sup> FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Op. Cit. Pág. 93.

<sup>50</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op. Cit. pág. 67.

importante principio a través del juzgamiento de los asociados que incurrieron en conductas tipificadas como atentatorias del pacto social, de ahí su famoso y actual caracterización como tercero imparcial<sup>51</sup>.

Empero, este tercero imparcial para evitar la arbitrariedad también debe contenerse, por consiguiente, su margen de interpretación debe ser el mínimo. Aquí surge y radica la importancia de la claridad de las leyes, pues a partir de ellas el juzgador examinará si los asociados cometieron o no una conducta clasificada por el legislador como punible, lo que popularmente se ha denominado un silogismo perfecto (Montesquieu describe al juez como boca de la ley<sup>52</sup>).

### **c) Tercer postulado**

El tercer axioma, denominado como el título de la más notable obra de BECCARIA, tampoco puede ser desligado de la teoría contractualista que le dio fundamento jurídico a la sociedad civil, en tanto dicho acuerdo de voluntades, que de manera muy esquemática significa ceder cierta libertad o porcentaje de algunos derechos para preservar la vida en comunidad y las demás garantías, se ve reflejado en la fijación necesaria de ciertas reglas de convivencia (principio de legalidad), imponibles aún por la fuerza, para salvaguardar y mantener el convenio. Entonces, toda conducta que se oponga al pacto (que implica lesionar o dañar bienes jurídicos trascendentales para la vida de la persona) debe ser considerada delito por la ley, que a su vez, contemplará una sanción (principio de legalidad), siempre y cuando sea estrictamente necesaria.

Las conductas calificadas como delito no siempre tienen el mismo impacto social – también se le dice gravedad–, ésta depende de la percepción y posición del observador, además de otros muchos factores, lo que permite aseverar que puede estar atada a la intersubjetividad, haciéndose indispensable que la ley defina y clasifique los delitos y determine la punición en consideración a la gravedad que la sociedad le conceda a la hecho –principio de proporcionalidad–.

El axioma sobre los delitos y las penas parte del libre arbitrio del ser humano cuando decide cometer un delito (lo sabe y lo quiere), empero, esa libertad del sujeto debe estar precedida y determinada por un juicio previo sobre las consecuencias del acto conforme a las leyes existentes. Esto es importante en la teoría de BECCARIA, en razón a que le asigna una función preventiva y de persuasión en el ánimo y voluntad (juicio previo) a la tipificación de los delitos y las penas, pero no retributiva ni de aflicción, lo que sustenta y a la vez descarta el mero castigo físico y la tortura en la persona del infractor que trasgredió una norma (venganza o expiación), pues el delito cometido no se puede deshacer, sin embargo, los futuros se pueden prevenir<sup>53</sup>. Así mismo, conspira en contra

---

<sup>51</sup> BECCARIA, Cesare. Op. Cit. pág. 13.

<sup>52</sup> MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de. Op. Cit. pág. 73.

<sup>53</sup> BECCARIA, Cesare. Op. Cit. pág. 30.

de la manera arbitraria de la monarquía en la consideración de qué conductas debían ser castigadas para mantener el orden y qué penas se debían imponer, ayunas de análisis frente al daño social ocasionado y a todas luces nugatorias de los principios de proporcionalidad y de necesidad de la sanción, considerando solamente la intención del agente, la posición o dignidad del ofendido y la gravedad del pecado para tal propósito<sup>54</sup>.

#### **d) Cuarto postulado**

Finalmente, la humanización de las penas, como cuarto y último axioma, es la respuesta a la tiranía y crueldad de éstas y uno de los baluartes de la ilustración, del reconocimiento del hombre por el hombre y del derecho sancionatorio, presente aún en nuestros días, pese a los sacrificios sufridos con ocasión de medidas taimadas, efectivistas y populistas, así como a los fuertes reproches de un sector del pensamiento que lo sitúan como un simple elemento o herramienta de dominación por parte de la burguesía, que únicamente busca la satisfacción de intereses particulares y la acumulación de riquezas, sirviéndose para ello de hombres eruditos que pertenecían a su misma clase, simpatizaban y/o se servían de ella<sup>55</sup>, pues como lo afirma el profesor GÓMEZ, *“la burguesía se fortaleció a través del monopolio de ciertos saberes, lo cual permitió que las nuevas instituciones políticas proyectaran los intereses y las visiones de mundo de tal clase social”*<sup>56</sup>, sirviéndose de una afirmación de PONCE, según la cual, esta corriente del pensamiento es la manifestación de *“un puñado de hombres ricos para quienes la cultura debe ser el regalo de pocos iniciados”*<sup>57</sup>.

Tal postura crítica quizás puede solventarse o responderse retomando un poco lo sostenido en la sección relativa a las ideas de ROUSSEAU, pues BECCARIA también reconoció el papel fundamental que cumple el filósofo en el diseño y construcción social, ya que dice verdades y hace propuestas que permiten solucionar los conflictos de la sociedad o reconducirlos<sup>58</sup>. Verdades que son producto de contextos históricos y que muy a pesar de los embates han posibilitado el cambio de la sociedad, en algunos casos de forma positiva, pues no podemos negar la herencia de la ilustración al derecho (sobre todo a la rama constitucional y a la rama penal) y a la política de la actualidad, necesarias incluso para sus detractores, ya que les permite analizarlas desde una perspectiva crítica y hacer propuestas de cambio que reafirmen los derechos humanos fundamentales e irradien sectores ajenos a estas discusiones y marginados por la misma sociedad que dice velar por sus intereses.

De los delitos y de las penas es una obra cuyo autor no puede desmarcarse de esta crítica por el momento histórico en que la escribió y las bases de las que se sirvió, incluso

---

<sup>54</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op. Cit. pág. 71.

<sup>55</sup> *Ibidem*. Pág. 72-73.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pág. 72.

<sup>57</sup> PONCE, Aníbal. De Erasmo a Romain Rolland. Liberia Editorial el Ateneo. Buenos Aires, 1939. Pág. 13.

<sup>58</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. Op. Cit., pág. 16.

por la clase social a la que pertenecía, no obstante, su discurso sirvió para el desarrollo del derecho y el reconocimiento de la dignidad del ser humano en la imposición de los castigos, pues como filósofo sus propuestas hicieron eco y contribuyeron en gran medida para la superación de la arbitrariedad en la definición de las conductas clasificadas como delitos, el procedimiento aplicado, la crueldad de las sanciones y la función de las mismas, que negaban cualquier asomo de racionalidad del ser humano.

Por eso contribuyó a la humanización de los procedimientos y los castigos, como expresión de la racionalidad del ser humano, haciendo énfasis en la necesidad de tipificar sólo las conductas necesarias para la preservación del orden social (o el mantenimiento de la autoridad, como dirían los críticos del humanismo ilustrado) y la imposición de penas eficaces para los intereses de la sociedad, después de agotado un debido proceso.

Tal expresión criticó fuertemente, por ejemplo, la tortura, como procedimiento para obtener la verdad a través de la confesión del doliente, confesión sin fundamento, nada racional, útil o eficaz<sup>59</sup>, ya que la verdad era tergiversada por los intensos sufrimientos a los que era sometido el procesado, que prefería aceptar los hechos para que cesara el sufrimiento, aun mediante una muerte rápida, dado que los daños infligidos, en ocasiones, eran irreparables (desmembramiento, citando un solo caso), por eso sentenció:

*“(e)l examen de un reo se hace para conocer la verdad; pero si ésta se descubre difícilmente en el aire, en el gesto y en la fisionomía de un hombre tranquilo, mucho menos se descubrirá en aquel a quien las convulsiones del dolor alteran, y hacen faltar todas las señales por donde, aun a su pesar, sale el rostro de la mayor parte de los hombres (sic) la verdad misma. Toda acción violenta hace desaparecer las más pequeñas diferencias de los objetos, por las cuales algunas veces se distinguen lo verdadero de lo falso”<sup>60</sup>.*

Es decir, la utilidad de las penas para BECCARIA se mide por la eficacia de la prevención, lo que coadyuva al mantenimiento del pacto social, por consiguiente, cualquier práctica penal que reporte más costos que beneficios, debe desaparecer<sup>61</sup>.

Por la misma senda, el axioma estudiado aboga por que cuando un hombre sea acusado por un delito se agote un debido proceso, esto es, se respeten todas las garantías en la obtención de la verdad, para establecer con certeza, primero, la comisión del ilícito, y segundo, la culpabilidad del procesado. Sólo hasta ese momento se puede imponer la sanción determinada legalmente. Esta es la razón para su oposición a las medidas de

---

<sup>59</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op. Cit., pág. 74.

<sup>60</sup> BECCARIA, Cesare. Op. Cit., pág. 41.

<sup>61</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op. Cit. pág. 74.

detención preventiva por vulneración flagrante del principio de presunción de inocencia<sup>62</sup>, y recordemos, el contractualismo que inspiró esta teoría, señala que el soberano tiene la obligación, porque es un mandato dado por el detentador del poder, de respetar los derechos fundamentales de sus asociados, los cuales no pierden sus derechos ni siquiera por estar incurso en un proceso penal, por tal razón, “(u)n hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida”<sup>63</sup>. Negar lo anterior sería tanto como legitimar la arbitrariedad del soberano en la definición y procesamiento de un hecho social con repercusión en el ámbito penal.

### 1.1.3.1 La pena de muerte

Sirviéndose del utilitarismo de BENTHAM y del contractualismo político de LOCKE, el Marqués rechazó la pena de muerte, por cuanto la misma es injusta e inútil por ineficaz frente a la prevención, además de violatoria del pacto, porque sería romperlo si el soberano asesina a uno de sus súbditos, dueño de parte importante de su poder y que sacrificó una porción de sus derechos naturales para legitimar su mandato.

En tal sentido dijo el destacado filósofo, “(n)o es, pues, la pena de muerte derecho, ya que tengo demostrado que no puede serlo, es sólo una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser”<sup>64</sup>, siendo esta su gratificación como aporte a la humanidad<sup>65</sup>.

Empero, contradiciendo sus férreos argumentos e inspiración humanista, aceptó que la pena capital puede aplicarse si quien conspiró en contra del pacto social, aún privado de su derecho a la libertad, representa un peligro para la forma de gobierno establecida<sup>66</sup>; y cuando ésta sea el único medio de prevención eficaz de los delitos.

### 1.1.3.2 Crítica a CESARE BECCARIA, el humanista

Su alarde de humanista quedó en entredicho, cuando aceptó que la pena de muerte podía conmutarse por *esclavitud perpetua* –ni siquiera prisión–, en la medida que en términos de utilidad y eficacia es más confiable para prevenir la infracción de la ley, dado que causa más temor en el resto de la sociedad que en el protagonista de la misma –

---

<sup>62</sup> Este principio también inspiró las teorías del garantismo penal y se incrustó como máxima, según la cual: es más grave castigar a un inocente que absolver a un culpable.

<sup>63</sup> BECCARIA, Cesare. Op. Cit., pág. 37.

<sup>64</sup> BECCARIA, Cesare. Op. Cit., pág. 43.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Podríamos afirmar que esto permitiría entonces sancionar con pena de muerte al rebelde, contradiciendo postulados que desde Santo Tomás de Aquino y hasta Rousseau, por no ser exhaustivos, hablaban en favor del legítimo derecho de los ciudadanos a levantarse en contra del soberano cuando éste incumplía el pacto social que le habían encomendado proteger y que legitimaba su poder.

quien la padece—, por que éste se encuentra ocupado en su infelicidad presente, lo que lo distrae de pensar en su infelicidad futura, en cambio, los asociados necesariamente deben considerar todos los momentos de infelicidad que sufrirían si libremente deciden sustraerse del pacto y cometer un delito<sup>67</sup>.

Consideramos que dicha postura es la materialización de la negación de la dignidad del hombre al instrumentalizarlo con fines utilitaristas y del carácter humanista del cual hizo gala BECCARIA, haciéndose fuerte el eco de las críticas al humanismo ilustrado burgués, al afirmar que esta corriente del pensamiento no es más que la institucionalización de los instrumentos de poder con la finalidad de legitimar la dominación social y oponerse al cambio para seguir acumulando riquezas, incrementando su poder, sin importarles los derechos humanos, de los cuales se sirven para la consecución de su fines.

## 1.2 Positivismismo criminológico

El sistema penal en el humanismo ilustrado concibe el delito como un ente abstracto que se concreta con la acción libre y voluntaria de un hombre racional que altera el orden social instituido por el contrato civil que dio origen a la organización en sociedad; mientras que en el positivismo criminológico el delito adquiere corporeidad y encuentra sus causas en el delincuente<sup>68</sup>. Así, para el sistema penal del positivismo criminológico quien delinque es malo en un primer momento por factores biológicos —rasgos atávicos y características físicas particulares, al mejor estilo de LOMBROSO—, y en un segundo momento, porque la sociedad lo llevó a serlo o lo produjo<sup>69</sup>, debido a las condiciones de desigualdad social que lo marginó.

En otras palabras, el humanismo ilustrado fundamenta el sistema penal en el delito y el positivismo criminológico en el delincuente u hombre desviado del que debe defenderse la sociedad —esto explica porque se conoce académicamente esta corriente del pensamiento como: *peligrosismo penal*—; lo que en términos sencillos justificó y justifica el origen de la prisión, como se verá en este capítulo. Tal fundamento del positivismo criminológico desafortunadamente está interiorizado en el común de las personas y, según parece, no es posible abandonarlo (como si se tratara de una característica atávica o genética), ya sea por ignorancia, ora por conveniencia de los detentadores del poder.

De esta forma se explica por qué el positivismo criminológico en su pretensión transformadora del individuo que delinque y protección de la sociedad, impone castigos por lo que el infractor es y no por lo que hace —el delito cometido o grado de afectación

---

<sup>67</sup> BECCARIA, Cesare. Op. Cit., pág. 43.

<sup>68</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op.cit. pág. 78.

<sup>69</sup> HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2002, pág. 51.

del bien jurídico—, reaccionado con penas desproporcionadas a ese fenómeno social que encuentra su germen en el individuo peligroso.

A raíz del nacimiento de la cárcel que se sustenta y centra en el castigo, como prevención general de la criminalidad, FOUCAULT adujo que “(l)a prisión no pertenece al proyecto teórico de la reforma de la penalidad del siglo XVIII (y) surge a comienzos del siglo XIX como institución (...) casi sin justificación teórica”<sup>70</sup> para la corrección de los individuos desviados y como respuesta a la transformación económica en la que es imperativa la acumulación de riqueza como forma de dominación. Aserción importante y que sustenta buena parte de la obra de GÓMEZ.

Por tanto, en la presente sección se acudirá al saber criminológico como acercamiento a las teorías que basan sus estudios en el delincuente como protagonista del conflicto penal, concentrando esfuerzos en las teorías sobre el autor del delito y la socialización deficiente.

### 1.2.1 Antropología criminal

La más representativa de estas teorías es la escuela de la antropología criminal, también denominada positivista o “*Nuova Scuola*”, cuyo auge se rastrea en la Italia de mediados del siglo XIX y principios del XX, contando entre sus máximos exponentes a los destacados criminólogos LOMBROSO, GAROFALO y FERRI, quienes basaron sus estudios en el hombre peligroso, destinatario de la intervención punitiva para mantener a salvo a la sociedad, de ahí su nombre.

En todo caso, como el centro de este pensamiento fue el infractor del ordenamiento jurídico, buscaron las causas de la desviación en aquél, ya fuera en sus rasgos biológicos, ora en sus características psicológicas, emprendiendo la comprensión de la criminalidad a partir de la observación del hombre peligroso desde el ámbito de encerramiento que les proporcionaba la prisión, con el fin de desentrañar el origen del comportamiento criminal (“[...] *identidad patológica que lo conmina al crimen*”<sup>71</sup>), conocer el tratamiento adecuado para la superación de la patología que lo hizo delinquir y clasificar al delincuente<sup>72</sup>.

En primera instancia, el hombre criminal o delincuente fue producto de condiciones biológicas particulares y heredadas –atavismo–, que naturalmente lo predisponía para

---

<sup>70</sup> FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Op. Cit., pág. 79.

<sup>71</sup> HUERTAS DÍAZ, Omar. Aproximaciones a la antropología criminal desde la perspectiva de Lombroso. En: Revista Criminalidad. Volumen 53, No. 1, Dirección de Investigación Criminal (DIJIN), Bogotá, 2011, pág. 296.

<sup>72</sup> BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica al derecho penal. Siglo XXI, México, 1993, pág. 22 y 32.

cometer conductas punibles, como sostuvo LOMBROSO en su obra “*L’Uomo delinquente*”<sup>73</sup>, luego, todas las personas que reunieran características físicas particulares, como “*anomalías del cráneo («enorme fosa occipital media y una hipertrofia del verme, análoga a la que se halla en los vertebrados inferiores»)*, *frente huidiza, pobladas cejas, orejas en forma de asa, pómulos prominentes, brazada superior a la estatura*”<sup>74</sup>, estaban predeterminadas para delinquir (delincuente nato de tipo violento), lo que trajo consigo la discriminación de ciertos individuos que distaban de los cánones de estética del momento, impuestos de modo arbitrario y aún presentes en nuestros días, que de ser trasladado a nuestro contexto nos llevaría a desconfiar de la mayoría de pares que a diario cruzan nuestro camino.

En segunda instancia, las propuestas de GAROFALO fueron la aproximación a las condiciones psicológicas de las personas, que sumadas a las características biológicas y atávicas de éstas –antropológicas–, degeneraban en el hombre delincuente que había que excluir por su peligrosidad. Esta variable fue introducida debido a lo limitado que resultó la explicación del fenómeno criminal a partir de los rasgos biológicos del infractor y permitió posteriormente, además de la psicología, la introducción de la psiquiatría como saber complementario para el estudio de las causas del delito, no sólo desde el aspecto somático (personalidades psicópatas, hoy denominadas sociópatas “*personas con trastornos en sus procesos de socialización y en el aprendizaje de los valores sociales básicos, que les llevan a provocar conflictos en la convivencia y, por supuesto, a la comisión de delitos*”<sup>75</sup>).

Los planteamientos LOMBROSO y GAROFALO fueron el insumo para que FERRI los considerara causales importantes del fenómeno criminal, que debían ampliarse y estudiarse de manera conjunta con las por él denominadas causas sociales, lo que demuestra una marcada influencia de las teorías de la socialización deficiente en su pensamiento, desde luego, sin abandonar la propuesta de su maestro<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> El hombre delincuente.

<sup>74</sup> HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y a la política criminal. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pág. 40. Lombroso, además de la descripción del delincuente violento, arriba enunciada, se aventuró a reseñar las características de diez tipos de delincuentes, ¡incluso de la mujer del delincuente y la prostituta! En efecto, “(l)os ladrones tienen en general los rasgos de la cara y las manos muy movibles; sus ojos son pequeños, inquietos, muchas veces bizquean; cejijuntos, la nariz encorvada o respingona; escasa barba; cabello poco espeso; la frente casi siempre pequeña y huidiza, las orejas en forma de asa. Los asesinos tienen una mirada fría, dura; sus ojos están inyectados de sangre. La nariz grande, a menudo surcada de venas o aguileña, mandíbulas fuertes y huesudas; orejas largas; amplias mejillas; cabello rizado, abundante y oscuro; barba frecuentemente escasa; labios delgados; colmillos grandes”. LOMBROSO, Cesare. *L’Uomo delinquente*. 1ª ed. 1876, 5ª ed. 1897. En: HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., pág. 41.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pág. 43.

<sup>76</sup> FERRI, Enrico. Los delincuentes en el arte. Temis, Bogotá, 1990, pág. 11-12. Así, “(l)a característica fundamental de este tipo –a más de los estigmas orgánicos, especialmente en la

Vemos pues la importancia de estas ideas en el diseño de las políticas públicas destinadas a combatir el flagelo permanente de la delincuencia, la justificación frente a la necesidad de hacerle frente y el origen de la ideología de la defensa social, en la medida que “(c)on la patologización de todas las infracciones se genera un contexto de análisis causal de todas las conductas sin importar el grado de infracción y especialmente una gran demanda social y política de reacción frente al crimen”<sup>77</sup>, que a su vez, puede convertir y estigmatizar a cualquier persona, por mínima que sea la infracción, llegando a sugerir medidas altamente violatorias de carísimos derechos fundamentales con miras a neutralizar a los desviados<sup>78</sup>, contempladas aún en la actualidad por un selecto grupo que comulga con estas propuestas, no tanto por fines altruistas de verdadera defensa social, sino la mayoría de las veces por intereses particulares, jugando con el sentimiento popular, manipulándolo e instrumentalizándolo; alimentando y reproduciendo odios<sup>79</sup>.

El resultado de lo anterior, es una pena tendencialmente indeterminada que no se mide por el delito cometido o la lesión del bien jurídico sino por la personalidad del agente y su duración está condicionada por los efectos pretendidos con la pena, tales como la reeducación, la resocialización o la curación del criminal<sup>80</sup>, luego, el delincuente es quien establece el carácter de las instituciones y tradiciones, materializado en la sanción y no al contrario<sup>81</sup>, lo que legitima al derecho penal como técnica de control social.

## 1.2.2 Factores sociales y criminalidad

Es un lugar común la pregunta: ¿el delincuente nace o se hace?, como también parece ser la respuesta ofrecida por gran parte de la sociedad y algunos teóricos del derecho penal o criminólogos<sup>82</sup> que se inclinan por la segunda opción y orientan sus análisis a demostrarlo, como trataremos de explicar a continuación.

La conducta humana es más que simple individualidad, pues el ser humano es social por naturaleza, por eso parte de lo que el hombre es se debe a la interacción social, cultural y educativa en diferentes escenarios, contextos y momentos (familia, vecindario, trabajo)

---

*fisonomía criminal*– es la ausencia o atrofia congénita de aquél sentido moral o social que es la fuerza y disciplina más poderosa para determinar la conducta de todo individuo para con la sociedad en que vive; sentido social formado en parte por las experiencias personales de la concurrencia y la lucha por la vida; pero en otra mayor porción transmitido por herencia como instinto, y que solo (sic) por condición patológica consiste especialmente en una neurosis epiléptica, puede faltar desde el nacimiento en los delincuentes natos o locos morales”. En: *ibídem*, pág. 13.

<sup>77</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op. Cit., pág. 101-102.

<sup>78</sup> Eliminación definitiva y/o castración.

<sup>79</sup> Casos hay de sobra, pero los más sensibles son aquellos que involucran menores de edad.

<sup>80</sup> HUERTAS DÍAZ, Omar. Aproximaciones a la antropología criminal desde la perspectiva de Lombroso. Op. Cit., pág. 297.

<sup>81</sup> *Ibídem*.

<sup>82</sup> Por ejemplo, los representantes de la antropología criminal, cuyos postulados aún permean nuestra sociedad.

desde que nace hasta que muere, interacción determinante porque forma la personalidad, comportamiento, percepción de la realidad, ideología, etcétera. Por esto, el estudio de las causas de la criminalidad no debe limitarse a la individualidad sino también incluir factores sociales que de algún modo influyeron y configuraron el comportamiento (denominados *procesos de motivación* por PARSONS<sup>83</sup>).

Estos procesos de socialización son importantes por su influencia en los modelos de conducta, las actitudes de la sociedad y las normas<sup>84</sup> que regulan esos comportamientos o maneras de reaccionar, es decir, sobre el encuadramiento jurídico de los fenómenos destinatarios del derecho penal y la consecuente sanción. Por eso se dice que los defectos de los procesos de socialización de los individuos pueden ser la fuente de la desviación y es la razón por la que estas teorías intentan establecer una conexión entre lo individual, lo psicológico y lo social con el fin de entenderla y explicarla.

Estos defectos en los procesos de socialización pueden provenir de diferentes situaciones, sin embargo, suele asociarse con mucha frecuencia a las condiciones de pobreza o marginación de los individuos que los hacen proclives a cometer delitos, pues viven en carne propia la desigualdad, discriminación y el rechazo social, como lo demuestran la escuela de Chicago y la escuela de Lyon. Esto explica porque el sociólogo francés TARDE, refiriéndose al fenómeno criminal, sentenció que “(t)odo el mundo es culpable, menos el criminal”<sup>85</sup>, seguido por LACASSAGNE, médico forense y, junto con el precitado, fundador de la escuela de Lyon, que “*las sociedades tienen los delincuentes que se merecen*”<sup>86</sup>. Nada más sugestivo para entender la carencia de atención a la población menos favorecida por parte del Estado.

También se relaciona la criminalidad con procesos de socialización deficiente que se derivan de la familia, núcleo esencial de la sociedad, pero que en casos de familias con trastornos, problemas, desestructuración o lazos rotos (*broken homes*) –peleas entre padres, padres e hijos, entre hermanos; abandono del hogar; alcoholismo, drogadicción, prostitución de sus integrantes; carencia de escolarización; cambios constantes y repentinos de sus miembros, abuso sexual de menores; trabajo infantil forzado; carencia de ejemplo y afecto; violencia intrafamiliar, entre un sinnúmero de ejemplos– son la raíz de la delincuencia, principalmente de los menores, potenciada por la pobreza extrema de esos núcleos, lo que nos retrotrae a la explicación del párrafo precedente.

---

<sup>83</sup> “(...) son procesos que se producen en las personalidades de los actores individuales. Los procesos mediante los que la estructura motivacional de una personalidad individual llega a ser lo que es, son, sin embargo, fundamentalmente, procesos sociales, que entrañan la interacción del ego con una pluralidad de alter”. PARSONS, Talcott. El sistema social. En: HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. pág. 63.

<sup>84</sup> HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. pág. 64.

<sup>85</sup> *Ibidem*. Pág. 65.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

Los problemas de socialización deficiente derivados de la familia, son superados por las teorías de los *contactos diferenciales*, propias de la llamada criminología del aprendizaje, en tanto asumen que el problema de la criminalidad está asociado a las relaciones sostenidas con grupos respetuosos de la normatividad y con trasgresores de la misma, donde el individuo toma partido o se inclina por el grupo con el que se identifica y aprende sus prácticas a través de la interrelación sostenida, siendo lo realmente preocupante, y lo que interesa a estas teorías, cuando la decisión es relacionarse, hacer contacto o asociarse con el segundo grupo, pues se da el fenómeno de la criminalidad<sup>87</sup>.

Con base en tal entendimiento, el aprendizaje de la conducta delictiva es un proceso dialéctico que se da a través de la comunicación, lo que de tajo cierra la posibilidad de ser heredada o inventada, como sostiene SUTHERLAND, su más notable defensor. Nota curiosa de esta teoría, es el reconocimiento de la posibilidad de desaprender lo aprendido en cualquier momento, mediante el contacto con el primer grupo, además que es aplicable a los delincuentes de todas las clases y capas sociales (cuello blanco)<sup>88</sup>.

Representativo también resulta la interrelación de diferentes culturas en una sociedad determinada, en la medida que pueden ser concluyentes en el momento de la definición de las conductas criminales. Efectivamente, no se niega que la cultura ejerce un papel preponderante en el aprendizaje de aspectos sociales como el conocimiento, el arte, las creencias, las prácticas, oficios, resolución de problemas, etcétera; también sobre la importancia asignada a cada factor, lo que puede generar discordia, sobre todo, cuando la cultura dominante impone sus pautas. Dicha situación permite hablar de la coexistencia de subculturas que se respetan en Estados democráticos. Sin embargo, no puede acudirse al mismo razonamiento estando frente a subculturas delincuenciales, como grupos mafiosos, terroristas o simples pandillas, que buscan la neutralización de la cultura dominante, excluyendo su responsabilidad y justificando su actuar en las reglas por ellos establecidas y el justo merecimiento de sus opositores, dando paso al fenómeno criminal y a la reacción de la sociedad (cultura dominante).

Luego, a la pregunta de si los delincuentes nacen o se hacen, las teorías de la socialización deficiente responderán que se hacen, por eso es necesaria la reacción de la sociedad a través de técnicas de control de la criminalidad, como ayuda a la familia, políticas públicas para el saneamiento y la superación de las carencias sociales, generación de empleo, escolarización adecuada, construcción de viviendas, lo que evidencia que la prevención no se da solamente a través de la implementación e institucionalización del castigo, *per se*, excluyente y anulador. Así mismo, la asistencia a todo nivel debe ser garantizada en la fase de ejecución de la pena para evitar que las condiciones de desocialización generadoras del crimen hagan reincidir al infractor y, por el contrario, se pueda reintegrar a la sociedad. Necesario es advertir, que desafortunadamente estos planteamientos quedan en simples enunciados teóricos que

---

<sup>87</sup> *Ibidem*. Pág. 73-74.

<sup>88</sup> *Ibidem*. Pág. 75-76.

nunca se materializan y que la mayoría de las veces las soluciones son apenas parciales, cuando se necesita un cambio de la estructura social, política y económica<sup>89</sup>.

Otro argumento a favor de la construcción social del delincuente, estriba en el hecho de que el sistema es el encargado de seleccionar qué comportamientos deben ser considerados delitos<sup>90</sup> y qué individuos clasifican como peligrosos, orientando todas las políticas hacia la estigmatización de éstos y su consecuente exclusión. En palabras de GÓMEZ, "(s)e trata de una construcción social en proporción a los intereses económicos y políticos que reproduce el capitalismo"<sup>91</sup>, en la medida que "(e)ste sistema penal protege los intereses de la clase burguesa y distribuye las desigualdades propias del sistema socioeconómico capitalista"<sup>92</sup>.

La solución a esta situación de anormalidad, desafortunadamente se ha caracterizado, como ya se dijo, por la implementación de medidas discriminatorias y clasistas de reacción, bajo el entendimiento que poblaciones menos favorecidas son foco de delincuencia que debe combatirse y excluirse; soslayando o distrayendo respuestas más importantes y garantistas como la inclusión social del marginado a través de políticas educativas, de saneamiento básico, disminución de las desigualdades y repartición más equitativa de la riqueza y los beneficios del desarrollo, popularmente denominada distribución de cargas, que sin duda son más costosas, lentas, impopulares, blanco fácil de la crítica y la corrupción, y menos productivas en términos de beneficios, pero que, a largo plazo, pueden ser un argumento de peso frente a los incrédulos que se ocultan detrás del poder.

### 1.2.3 Ideología de la defensa social

El sociólogo alemán VON LISZT precursor de la ideología de la defensa social, articuló el derecho penal con la criminología en lo que denominó: "*la ciencia total del derecho penal*", dado que ambos saberes intervenían en la *cuestión criminal*<sup>93</sup>, haciéndose necesario su estudio conjunto y complementario, en la medida que el derecho penal cumplía una función pedagógica en la prevención del delito, a la par que la criminología se encargaba de las causas que lo generaban, y esto era indispensable para dictar políticas públicas destinadas a definirlo y controlarlo; lo último, a través de la exclusión del delincuente en pro de la sociedad, de ahí su denominación: defensa social<sup>94</sup>. Sin embargo, lo que poco dicen respecto de esta postura ideológica y su principal referente los defensores de la misma, es que inspiró y sentó las bases de la criminología

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, pág. 83.

<sup>90</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op. Cit., pág. 117.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> Para GÓMEZ JARAMILLO, *cuestión criminal* es el conjunto de prácticas institucionales y no institucionales de control social. Op. Cit., pág. 31.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pág. 30-31.

nacionalsocialista en Alemania que tanto daño le hizo a la humanidad en la segunda posguerra y dejó heridas que incluso aún no han cicatrizado.

En efecto, VON LISZT “*propugnaba por la «inocuización» de los delincuentes incorregibles, sometiéndolos a un estricto régimen de «servidumbre penal», con trabajos forzados, pérdida de sus derechos civiles, pena de azotes, aislamiento y ayuno*”<sup>95</sup>, pues según sus propias palabras: “*suministrarles alimento, aire, alimentación, etc., según principios racionales, es abusar de los contribuyentes*”<sup>96</sup>. Al punto de servir de sustento para la denominada ley del delincuente habitual, según la cual, los delincuentes habituales y peligrosos podían ser privados de la libertad indefinidamente y luego de cumplir la pena a la que fueron condenados, por el peligro que representaban, ser enviados a campos de concentración donde eran sometidos a tratos crueles e inhumanos, trabajo forzoso, torturados, con una finalidad oculta tras esa fachada, eliminarlos definitivamente, cual era, su *inocuización*, cuya traducción en términos sencillos podría ser: matarlos poco a poco.

Como lo anotan HASSEMER y MUÑOZ CONDE, estas medidas denotan discriminación y racismo<sup>97</sup>, evidentes también en el momento de la definición del delincuente por motivos atávicos, psicológicos, sociales, etcétera, y en la forma de neutralización del declarado enemigo de la sociedad.

De otra parte y al margen del contexto descrito en los párrafos antecedentes, esta manera de ver el delito y el delincuente, materializada en la ideología de la defensa social, llevaron a instaurar políticas públicas para normalizar la alteración del orden o resquebrajamiento del contrato social, consistentes en crear grandes lugares de encierro para controlar al delincuente, simultáneamente con la institucionalización de mecanismos de vigilancia social, denominadas por FOUCAULT: *sociedades de la disciplina*. Es decir, coetáneamente a la aprehensión de la función preventiva general asignada al castigo, concretamente a las penas, por el humanismo ilustrado y su codificación para el conocimiento del ciudadano, se puso en marcha la tendencia del positivismo criminológico de exclusión social del desviado a través de su neutralización, primero, por medio de la muerte (ahorcamiento en Inglaterra y mediante de cualquier medio en Francia), y segundo, por la penitenciaría, lugar destinado a encerrar y corregir al trasgresor, prácticamente sin justificación teórica, como lo aseguró el precitado filósofo francés<sup>98</sup>, más allá de mantener dominada y oprimida a la sociedad, ya que

*“sociedades de este tipo respondían a una necesidad (...) a una transformación económica importante, una nueva forma de acumulación de la riqueza: cuando la riqueza empieza a acumularse en forma de stocks,*

---

<sup>95</sup> HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., pág. 50.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Op. Cit., pág. 96.

*mercadería almacenada y máquinas. La cuestión de su vigilancia y seguridad se transforma en un problema insoslayable*<sup>99</sup>.

Dicho instrumento de poder no se limitó a hacerle frente a la alteración del orden por la infracción de una norma de carácter penal, sino que a medida que fue evolucionando, el sistema penal emprendió la instauración de formas de control moral, en abierta contradicción con la marcada tendencia de separación de la moral y la religión del derecho, propia del humanismo ilustrado que hizo eco de las propuestas del holandés HUGO GROCIO.

Esta iniciativa de defensa social, más que en el legislativo, tuvo auge en una simple idea policial<sup>100</sup>, fuertemente influenciada por los detentadores del poder y destinada a las clases menos favorecidas, lo que contribuyó a su completa estatalización y generalización en Europa y parte de América<sup>101</sup>, sirviendo, de paso, como laboratorio para la observación de las conductas del desviado al interior de la prisión<sup>102</sup>, por “*la virtualidad de peligros que encierra un individuo*”<sup>103</sup>.

### 1.3 Criminología crítica

Como respuesta al positivismo criminológico, surge la criminología crítica que asume una posición de reproche al sistema penal y al castigo institucionalizado –y como superación de las causas antropobiológicas del delincuente<sup>104</sup>–, los cuales, entre otras razones, posibilitan las relaciones de dominación, desigualdad y estigmatización. Fruto de tales posturas –y como necesidad para frenar los abusos de poder– surgen políticas alternativas sustentadas en el garantismo y el abolicionismo penal.

BARATTA, principal, exponente de la criminología crítica, asume que la criminalidad es una construcción social que estigmatiza a los individuos y escoge qué comportamientos serán considerados delitos, esto evidencia la relación funcional entre las estructuras sociales con las relaciones de producción y de distribución.

Por su parte, FERRAJOLI considera que el sistema penal es y debe ser garante de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, pero desde una perspectiva de aplicación mínima; posición fuertemente criticada por los promotores del abolicionismo que, al igual que BARATTA, ven en el derecho penal y en la pena de prisión una conveniente manera de reproducción de las desigualdades sociales, la acumulación del capital en manos de los pocos dueños de los aparatos de producción, es decir, del

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, pág. 103.

<sup>100</sup> *Ibidem*. Pág. 111.

<sup>101</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op. Cit.,pág. 82.

<sup>102</sup> *Ibidem*. Pág. 83.

<sup>103</sup> FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Op. Cit., pág. 129.

<sup>104</sup> *Ibidem*, pág. 116.

modelo socioeconómico imperante, y el mantenimiento a perpetuidad de la dominación política y social, rentable para los fines anotados, recomendando, en consecuencia, el desmonte o abolición del sistema penal y/o de la pena de prisión con el objetivo de superar el estancamiento social y económico.

En tal virtud, en la siguiente sección destacarán los aspectos más importantes de cada una de estas teorías, deteniéndose en el garantismo para explicar en extenso sus principales postulados sobre el *si y por qué castigar*.

### **1.3.1 Criminología crítica (ALESSANDRO BARATTA)**

Esta teoría denuncia y critica fuertemente los procesos de criminalización del sistema penal, ya que a través de éstos se busca mantener subrepticamente las formas de dominación en pro de la subsistencia del sistema económico capitalista burgués en desmedro de los derechos de los ciudadanos. No por nada, solamente se tipifican las conductas sociales que van en menoscabo de esta forma de acumulación de la riqueza, castigando solamente a las clases subalternas, más no las élites, al soslayar los comportamientos de éstos que, en ocasiones, generan mayor daño social<sup>105</sup>; desigualdad que también se hace evidente en la aplicación de la norma producida, tanto en el aspecto procedimental como sustancial, en consideración a que en el proceso de averiguación de la verdad y fase de juzgamiento, la diferencia de clases se hace patente en el acceso a los medios de investigación y de una adecuada defensa técnica, con resultados nefastos para la clase marginada, lo que podría suponer una segunda criminalización; para finalmente mostrarse idéntica la diferencia en la materialización o fase ejecutiva de la decisión judicial.

La criminología crítica echa sus cimientos y parte de la denuncia que hace el marxismo a la igualdad formal del sistema socioeconómico de producción capitalista y distribución de la riqueza, que en la realidad reproduce formas de desigualdad, cuando advierte que el derecho penal se encuentra ideológicamente conectado con el mismo –sistema–, a fin de mantener el estado de dominación; lo que en últimas permite la perpetuación del poder de la burguesía en detrimento de los oprimidos y siempre rechazadas clases sociales bajas. Servirse la criminología crítica de la teoría marxista, es dicente de la sentencia de GARLAND, en el sentido que *“el desarrollo histórico de las formas capitalistas de producción transformó las relaciones legales y modificó la esfera penal conforme a las necesidades del capital”*<sup>106</sup>.

Por lo anterior, el máximo representante de esta teoría propugna por la búsqueda de una política criminal alternativa del castigo penal que represente los intereses de las clases marginadas y estigmatizadas, debido a que mientras las clases dominantes están ocupadas en el impedimento de la desviación para la continuidad y no afectación de su

---

<sup>105</sup> *Ibidem* pág. 117.

<sup>106</sup> GARLAND, David. Op. Cit., pág. 108.

sistema socioeconómico por medio de la represión ejercida a través del derecho penal y la prisión, las clases subalternas están concentradas en la eliminación de los comportamientos socialmente discriminadores y negativos, que implica la superación del sistema de producción capitalista burgués<sup>107</sup>.

No por nada asegura BARATTA que, “*no debemos entonces vacilar en enunciar el modelo de la sociedad socialista como modelo que puede prescindir cada vez más del derecho penal y de la cárcel (...) sustituir el derecho penal por algo mejor será posible sólo cuando sustituyamos nuestra sociedad por una sociedad mejor*”<sup>108</sup>.

### 1.3.2 Teoría del garantismo (LUIGI FERRAJOLI)

Pilar fundamental del modelo garantista o del sistema de derecho penal mínimo es la separación entre derecho y moral (doctrina ilustrada)<sup>109</sup>, en contraposición con las doctrinas autoritarias de la confusión (pre y post-ilustradas)<sup>110</sup> –teorías de la defensa social<sup>111</sup>– que, la mayoría de las veces legitiman las normas en la moral<sup>112</sup> (teorías sustancialistas). De acuerdo con este último modelo, el legislador tiene un poder casi que absoluto respecto de lo que es delito y la pena aplicable<sup>113</sup>, lo que implica desconocimiento de que “*el derecho, (...), no reproduce ni tiene la misión de reproducir los postulados de la moral o de cualquier otro sistema metajurídico –divino, natural, racional– de valores ético-políticos, sino que es sólo el producto de convenciones legales no predeterminadas ontológica ni tampoco axiológicamente*”<sup>114</sup>.

De acuerdo con la tesis axiológica de separación del derecho y la moral, denominada por FERRAJOLI: *utilitarismo jurídico*, el delito no tiene por vocación reforzar la moral (o una determinada moral), sino solamente prevenir la comisión de acciones dañosas<sup>115</sup>, luego, una conducta que no sea reprobable ni lesiva de bienes jurídicos no debe reprimirse por ser considerada inmoral, en la medida que el Estado no debe inmiscuirse en el fuero

---

<sup>107</sup> BARATTA, Alessandro. Op. Cit., Pág. 209-210.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pág. 221.

<sup>109</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Trotta, Madrid, 1995, pág. 218.

<sup>110</sup> *Ibidem*, pág. 231.

<sup>111</sup> *Ibidem*, pág. 210.

<sup>112</sup> *Ibidem*, pág. 217.

<sup>113</sup> Dicha facultad en Colombia se armoniza con la libertad de configuración del legislador. Sin embargo, contraviene la pacífica jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a los límites del legislador (valores, principios y derechos contenidos en la Carta Política).

<sup>114</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 218. De acuerdo con este autor, la misma teoría formulada de manera inversa, explica la autonomía de la moral, la cual no depende del derecho ni de ninguna otra norma positiva, incluso metajurídicas, más allá de lo que él denomina “*la conciencia individual*”.

<sup>115</sup> *Ibidem*, pág. 222.

interno de los ciudadanos, “*sino sólo tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros*”<sup>116</sup>.

Respecto a la justificación de la pena, la fundamenta, no en el entendido que ésta debe reeducar o resocializar al procesado –dado que “*tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es*”<sup>117</sup>–, sino que debe consistir únicamente en sanciones taxativamente señaladas en la ley, sin que sea dable su agravación por la particular visión que del mundo tenga el ciudadano que se ve abocado a ella por la comisión de una conducta punible<sup>118</sup>.

Los anteriores principios fueron la base filosófico-política para la elaboración y fundamentación de todas las garantías penales y procesales en la ilustración, que posteriormente fueron positivadas y son el fundamento del garantismo penal<sup>119</sup>.

No obstante el avance obtenido con la separación entre derecho y moral, así como la diferenciación entre justificación externa e interna de las normas jurídicas, el siglo XIX y el *sustancialismo jurídico* significó un retroceso ideológico, sobre todo en lo que se refiere al punto de vista externo, límite del derecho, anteponiendo simplemente la norma positiva a cualquier desarrollo o modificación posterior, dejando sin respuesta las viejas e importantes preguntas, aún vigentes, que en tiempos pasados coparon el pensamiento ilustrado y fue objeto de múltiples debates: ¿por qué castigar?<sup>120</sup> (entendida como fin), ¿cómo castigar? (¿qué penas y de qué tipo están justificadas?). Tal situación puso en peligro, incluso, el principio de dignidad humana, pues antepuso a los derechos y garantías de los ciudadanos, los intereses del Estado liberal y el orden económico y social emergente frente a aquellos que se atrevieran a amenazarlo, es decir, los instrumentalizó, sin contar con el derrumbamiento de los límites del Estado que dicha ideología significó.

Esto aparejó la anunciada confusión entre derecho y moral (o derecho y naturaleza) y abonó el camino para justificar determinadas medidas o normas jurídicas (tipificación de conductas, penas a establecer, incremento de las existentes) en la sola conveniencia política o moral de sus impulsores –en nuestro contexto significa proselitismo político–, que en la mayoría de los casos acuden a la escuela peligrosista del derecho penal, supuestamente superada en los Estados que se precian de ser sociales de derecho,

---

<sup>116</sup> *Ibidem*, pág. 223.

<sup>117</sup> En nuestro ordenamiento jurídico se traduce en el derecho fundamental a la libertad de conciencia –ética liberal–.

<sup>118</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 223-224. Al basarse en estos tres principios sobre el delito, el proceso y la pena, el utilitarismo jurídico fundamentó en el pensamiento ilustrado por qué no se debía castigar la herejía, las solas intenciones, las opiniones, los vicios, las inclinaciones, las ofensas a la religión y los pensamientos perversos, así como los actos internos no lesivos de bienes jurídicos y solamente perjudiciales para la persona que los realiza.

<sup>119</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 224-225.

<sup>120</sup> *Ibidem*, pág. 228.

como fuente de inspiración y prevención (reincidencia, capacidad de delinquir, sinónimo, delincuente nato).

Por su parte, el formalismo ético acude al punto de vista jurídico (interno) como única justificación ético-política del derecho penal, pese a que reconoce la separación entre derecho y moral, propia del positivismo jurídico, además de confundir esta última con la tesis axiológica, lo que excluye de tajo cualquier intento de justificación externa<sup>121</sup>, lo cual es de extrema gravedad, porque de acuerdo con FERRAJOLI, puede legitimar un poder absoluto en cabeza del Estado, cuya consecuencia evidente es el fascismo.

Teniendo claro la base filosófica-política del sistema garantista, corresponde analizar sus principales razonamientos.

### 1.3.2.1 Si, por qué, cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar

Teniendo claro que la confusión entre derecho y moral puede justificar formas autoritarias de poder, que acudiendo a un principio axiológico suponen que el único límite al poder del Estado se encuentra en el principio de mera legalidad, en la medida que todo contenido normativo deriva de un valor<sup>122</sup>, sin condición, restricción o límite, ni siquiera las garantías ciudadanas, pues éstas deben ceder ante la omnipotencia del Estado, y sin consideración, como es obvio, de cualquier forma o intento de justificación externa o ético-político; para FERRAJOLI el *significado teórico* de la doctrina de la separación entre derecho y moral, propia de la teoría del derecho penal mínimo

*“(...) se refiere a las condiciones formales de la legitimación interna, identificadas por ella con la satisfacción del principio de legalidad, que en sentido amplio implica que es delito sólo lo que está prohibido y no también aquello que es meramente reprochable, y que en sentido estricto requiere además que las prohibiciones legales se formulen no ya incorporando criterios genéricos de valoración o reprobación externa, sino denotando taxativamente los comportamientos prohibidos”<sup>123</sup>.*

A la par que considera que el *significado axiológico* de la separación versa sobre las *condiciones sustanciales* en clave de legitimación externa (justificaciones ético-políticas), luego, no basta la mera constatación interna<sup>124</sup>.

En este orden de ideas, el sistema garantista plantea interrogantes sencillos con respuestas no tan evidentes. A manera de ejemplo: ¿por qué se prohíben unas acciones pero otras no? Tal pregunta denota que el sistema justifica tales decisiones o

---

<sup>121</sup> *Ibidem*, pág. 230.

<sup>122</sup> *Ibidem*, pág.231.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

prohibiciones externamente, esto es, en la voluntad del legislador. Sin embargo, tal razonamiento permite preguntar: ¿hasta dónde la legitimación para prohibir determinadas conductas es externa, si quienes hacen las leyes en un Estado de derecho también están sometidos a ciertas reglas que condicionan la actividad legislativa, como lo es la Constitución?, luego, no estaríamos hablando de legitimación interna. Aún más, no es externa porque en el sistema garantista todo lo relativo a la *validez* tiene que ver con lo interno (límites), pues la justificación externa se circunscribe a la *justicia*.

FERRAJOLI plantea doce preguntas cuando aborda el estudio sobre la nueva fundamentación de las razones del derecho penal, anotadas como encabezado o título de esta subsección, realzando el tipo de justificación que puede darse cuando hace alusión a cada una de ellas, concluyendo que, cuando se refiere a las cuestiones sobre el *si y el por qué* (castigar, prohibir y juzgar) la legitimación es externa; siendo distinto cuando la cuestión versa sobre el cuándo y el cómo (castigar, prohibir y juzgar), en la medida que éstas se pueden fundamentar desde el punto de vista externo e interno (enfatisa en el mayor protagonismo otorgado al punto de vista externo –ético-político–), como evidentemente acontece cuando se hace referencia a la medida o la forma de sanción (tipo de penas, límites mínimos y máximos de cada delito, criterios de determinación y ejecución de la sanción), es decir, al *cómo castigar*<sup>125</sup>.

Para él es de vital importancia diferenciar los criterios de legitimación, dado que su confusión puede revertir en “*equivocos y malentendidos insuperables*”. Dicho ejercicio permite, a su vez, cimentar los denominados: “*modelos de justicia penal*”, en cuanto se refieren a la justificación externa; y los “*modelos de legalidad penal*”, en cuanto se refiere a la justificación interna. Esta discriminación admite volver al interrogante esgrimido párrafos arriba en torno a regímenes de derecho donde la Carta Política permea todo el ordenamiento jurídico, dado que, en estricto sentido, mal podría hablarse de justificación externa frente a la potestad legislativa de establecer cuándo una conducta social se debe prohibir, debido a que se tiene un límite infranqueable en la Carta, que como norma de normas<sup>126</sup>, contiene todo el marco axiológico y ético-político referente de la actividad legislativa.

Tal interrogante se resuelve con el planteamiento del acogimiento que los ordenamientos positivos hacen de un modelo de justicia penal en concreto, con la finalidad de irradiar todo el ordenan por expreso acogimiento en la Constitución; esto conlleva al reconocimiento axiológico y normativo de los modelos de justicia en los modelos de legalidad constitucional<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, pág. 232-234.

<sup>126</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 4.

<sup>127</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 236.

Sin embargo, tal acogimiento del modelo de justicia depende de las distintas culturas y sub-culturas presentes en un ordenamiento jurídico, que son evidentes a nivel político, jurisdiccional y de la opinión pública<sup>128</sup>, con las consecuencias que cada uno de éstos puede acarrear, sobre todo cuando acuden a criterios sustancialistas, potestativos o de la confusión para justificar las posiciones que representan. A saber y en su mismo orden: nivel político y político-criminal (proselitismo o populismo político), resolución de asuntos puestos en consideración de la jurisdicción (administrar justicia con base en la normatividad existente –que incluye todo el plexo de derechos y garantías fundamentales previstos en la Norma Fundamental–, no en criterios extra-jurídicos) y/o enviar mensajes carentes de objetividad y con pleno desconocimiento del marco constitucional y legal democráticamente constituido, con el único objetivo de obtener audiencia por el escándalo mediático que genera (*rating*).

### 1.3.2.2 ¿La pena como retribución?

Diferentes doctrinas legitiman el derecho penal, o para ser más exactos, la pena, como retribución necesaria por el mal causado a la sociedad, para evitar o prevenir, primero, la comisión de conductas dañinas por parte de los asociados (escuela clásica<sup>129</sup>), y segundo, que el trasgresor de la ley sea reincidente. Estas doctrinas, denominadas justificacionistas por el máximo exponente del garantismo penal<sup>130</sup>, suelen clasificarse de acuerdo a la finalidad perseguida como: teorías absolutas (que miran hacia el pasado<sup>131</sup>) y teorías relativas (que miran hacia el futuro<sup>132</sup>)<sup>133</sup>.

Si bien las primeras consideran la pena como un fin en sí mismo, esto es, como castigo legítimo, compensación justa o retribución fundada por el daño social irrogado; las segundas, por el contrario, no se justifican por ellas mismas ni consideran la sanción como un fin en sí mismo sino como un medio para alcanzar un cometido, si se quiere utilitario, cual es la prevención de delitos futuros. A su vez, las teorías absolutas y relativas se subdividen de acuerdo al valor moral o jurídico asignado a la retribución<sup>134</sup>.

---

<sup>128</sup> *Ibidem*, pág. 237.

<sup>129</sup> Aunque la escuela clásica del derecho penal se ha caracterizado por asignarle una función retributiva a la pena de prisión, Francesco Carrara consideró que la principal función era el restablecimiento del orden social alterado por la comisión del delito, sin apartarse, desde luego, de la intimidación y la retribución. Cfr. CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Temis, Tomo I, Bogotá, 1978, pág. 68. Por su parte, Reyes Echandía, haciendo referencia a lo anterior, parafraseó “*el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad turbado por el desorden del delito, sin perjuicio de su función intimidadora y su objetivo específico de enmienda*”. REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho penal. Temis, Undécima Edición, Bogotá, 1998, pág. 250.

<sup>130</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 253.

<sup>131</sup> *Quia peccatum*.

<sup>132</sup> *Ne peccetur*.

<sup>133</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 253.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

Por su parte, las teorías relativas utilitaristas distinguen quién es el destinatario de la pena para determinar la función específica asignada<sup>135</sup>. En nuestro contexto se acogió este último planteamiento<sup>136</sup>, y amplia y pacíficamente ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, tanto de la CC<sup>137</sup>, como de la CSJSCP<sup>138</sup>. Cabe destacar que al referirse a estas teorías es dable hablar de prevención positiva y prevención negativa, la primera, como integración disciplinar de los ciudadanos (general) o corrección del delincuente (especial), y la segunda, como intimidación a los asociados (general) o neutralización de quien delinque (especial)<sup>139</sup>.

Es preciso indicar que concepciones retribucionistas de pagar mal con mal para mantener el orden de las sociedades<sup>140</sup>, están ancladas en un arcaico concepto de Estado y de derecho, son regresivas, desdichan de la evolución garantista del derecho penal y hacen nugatorio el fin esencial de resolución pacífica de conflictos con intervención de los directamente afectados, así como la humanización del ordenamiento jurídico, que incluye el derecho penal y por su puesto las sanciones, propio de sistemas civilizados que superaron la barbarie de las sociedades primitivas entregando ciertas libertades a cambio de la convivencia en paz. La añeja venganza privada o de sangre<sup>141</sup>, evidentes en la ley del talión y propugnada por ciertos sectores de nuestro Estado que abogan por la teoría de la defensa social a cualquier costo, sólo trae más violencia<sup>142</sup>;

<sup>135</sup> Prevención especial o prevención general.

<sup>136</sup> Código Penal, artículo 4. *Funciones de la pena*. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. / La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

<sup>137</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-070 de 1996.

<sup>138</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de febrero de 2013, radicado 33.254.

<sup>139</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 253.

<sup>140</sup> “La sociedad debe afianzar el cumplimiento del primer deber [el de no dañar a otro] por el uso del mandamiento y aún de la fuerza, oponiendo mal a mal si es menester”. ROSSI, Pellegrino. Tratado de derecho penal. Volumen I, pág. 179. En: FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 287, cita 30.

<sup>141</sup> “La «venganza de la sangre» no era en absoluto una reacción instintiva o espontánea. Era por el contrario un derecho y, antes aun, un deber que recaía sobre la parte ofendida y su grupo de parentesco; y estaba dirigida, también solidariamente, contra el ofensor y su grupo de parentesco. Sobre la venganza de la sangre, y más en general sobre la venganza privada como forma originaria de castigo en la mayor parte de las sociedades primitivas”. MAINE, H. J. S. Ancient law, its connections with the early history of society and its relation to modern ideas, Murray, Londres, 1861. En: FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 287, cita 31.

<sup>142</sup> Para Hegel “(...) la violencia se elimina con la violencia. Por lo tanto en cuanto segunda violencia, que es eliminación de una primera, es legítima, no sólo en ciertas condiciones, sino necesariamente”. HEGEL, G. W. F. Filosofía del derecho, pág. 155. En: FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 290, cita 40. Entendida esta segunda violencia como institucionalizada para mantener el orden. Pese a tal entendimiento, en los *Diálogos* Platón rechaza la idea de venganza como justa y la plasma en el desarrollo de una respuesta que Critón da a la siguiente pregunta de su maestro Sócrates, explicada posteriormente con claridad excelsa por el precitado: “¿(p)ero es justo volver el mal por el mal, como lo quiere el pueblo, o es injusto?” A lo que Critón responde: “(m)uy injusto”, retomando el maestro que bebió la cicuta, “(e)s preciso, por consiguiente, no hacer jamás injusticia ni volver el mal por el mal, cualquiera que haya sido el que hayamos recibido. (...) en

peor aún, cuando es institucionalizada y/o patrocinada por los órganos constitucionales y sus representantes, cuya razón de ser es precisamente la guarda de la supremacía e integridad de los derechos fundamentales de los asociados, incluidos los trasgresores de la ley, que por el sólo hecho de serlo, no quedan al margen del derecho –como lo propuso ROUSSEAU, ver *supra* 1.1.2– ni valen menos como personas. Es más, la Constitución tiene previsto un mandato ético-político de protección reforzada a las personas privadas de la libertad o procesadas en una causa penal, porque se presume están en condición de debilidad manifiesta y vulnerabilidad.

En este punto cobra importancia el denominado “*paralogismo*” del que habla DEL VECCHIO, según el cual, el mal no debe retribuirse con mal sino con bien, que se traduce en la pena como arrepentimiento y reparación del acto contrario a derecho<sup>143</sup>; resaltado y analizado en clave lógica por FERRAJOLI, en tanto la retribución puede sugerir las dos ideas, mal por mal o mal por bien, y agrega, “*responder al mal con el mal no significa eliminarlo, ni repararlo, sino en todo caso redoblarlo*”<sup>144</sup>.

### 1.3.2.3 Utilitarismo de la pena

La doctrina ilustrada de los límites del derecho, entendida como superación de la justificación de la pena como fin en sí misma, propio de la confusión y arraigada en las corrientes retribucionistas absolutas de la venganza que la legitiman en el pasado y no en el futuro como prevención de males mayores o en el ejemplo para que los ciudadanos se abstengan de realizar conductas que dañen u ofendan bienes jurídicos<sup>145</sup>, es hacia donde tiende el utilitarismo como teoría de la justificación (mal útil), sobre la cual, en parte<sup>146</sup>, descansa el modelo garantista, lo contrario, sería hacer apología al daño inflingido a los conciudadanos o atizar la violencia, a todas luces, contrario a razón<sup>147</sup>.

A tono con lo anterior y en punto de la relatividad de esta concepción, anota FERRAJOLI, “(a)un cuando sea un presupuesto necesario, el utilitarismo no es sin embargo una condición de por sí suficiente para fundamentar en el plano teórico sistemas garantistas

---

*ninguna circunstancia es permitido ser injusto ni volver injusticia por injusticia, mal por mal*”. PLATÓN. Diálogos. Critón o del deber. Panamericana, Quinta Edición, Bogotá, 1998, pág. 44.

<sup>143</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, 1957, en apéndice a *La giustizia Studium*, Sexta Edición, Roma, 1959, pág. 194, 196 y 204. En: FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 291, cita 46.

<sup>144</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 291, cita 46.

<sup>145</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 259.

<sup>146</sup> Por cuanto perfectamente la doctrina retribucionista relativa, también denominada utilitarista, puede sentar las bases del derecho penal máximo que no encuentra límites ni siquiera en la Constitución, ya porque se oponen razones de Estado, ora porque puede generar la mayor utilidad posible para los asociados no trasgresores del ordenamiento jurídico en contra de los que sí lo hicieron.

<sup>147</sup> Bien lo explica Ferrajoli acudiendo a los planteamientos de Hobbes en el Leviatán. FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 297, cita 82.

de *derecho penal mínimo*”, pues la misma puede sustentar posiciones contrarias, es decir, de derecho penal máximo, pues es ambivalente respecto al objeto de la utilidad pretendida y los destinatarios de la misma. En efecto, la utilidad puede trocarse en beneficio para (i) el gobernante o el Estado, o (ii) para los gobernados. De manera sencilla y evidente, el primer caso, encarna un Estado autoritario sin ningún tipo de límites, ante el cual debe ceder el derecho e incluso la moral, pues son instrumentos para la consolidación del poder<sup>148</sup>.

No quiere decir que esto no pueda suceder cuando estudiamos el segundo, comoquiera que propugna por la mayor utilidad posible para los gobernados que no han cometido delitos, esto es, el aseguramiento a toda costa de la seguridad en grave detrimento de los sujetos que trasgredieron el orden jurídico, lo que justifica prácticas reprochables y extra-judiciales del derecho penal máximo como la tortura, la pena de muerte, la prisión perpetua, las detenciones arbitrarias sin orden, control judicial ni término y las desapariciones, entre muchas otras, pues el único fin es la defensa social. En la misma tónica, tampoco implica que deba privilegiarse sin consideraciones la concepción utilitarista que pretende el mayor beneficio para los sujetos que contravinieron la ley penal, que implicaría el mínimo sufrimiento necesario para este grupo poblacional, es decir, prohibiciones mínimas, medios de acción mínimos y verdad judicial mínima<sup>149</sup>, sin llegar, desde luego, a la anarquía defendida por ciertas corrientes abolicionistas, como veremos en *infra* 1.3.3.

Entonces, para el garantismo deben ponderarse la versión que tiende hacia la máxima utilidad posible para los gobernados que no han delinquido y la que tiende hacia el mayor beneficio para los delincuentes, que acudiendo a BECCARIA, BENTHAM, MONTESQUIEU, ROMAGNOSI y CARMIGNANI, como criterio de justificación de la pena, el maestro FERRAJOLI explica en la *necesidad*<sup>150</sup>.

#### 1.3.2.4 Particularidades de la doctrina de la prevención especial

La prevención especial tuvo su auge en la segunda mitad del siglo XIX, sin embargo, el pensamiento ilustrado de “*castigar menos*” fue sustituido por el correccionalista de “*castigar mejor*”, propio del estado liberal<sup>151</sup>. Como explicamos párrafos arriba, acudió a diferentes conceptos de prevención especial positiva y prevención especial negativa para determinar la finalidad de la pena, dependiendo del carácter y/o personalidad del judicializado, que en palabras sencillas, hacían eco de las fuerte y célebremente criticadas teorías peligrosistas que, de una parte, miran la pena desde la óptica de la educación o resocialización del reo, y de la otra, como neutralización o eliminación de éste. Es decir, basan y derivan su estudio de la persona que trasgrede el ordenamiento

---

<sup>148</sup> *Ibidem*, pág. 260.

<sup>149</sup> *Ibidem*, pág. 261.

<sup>150</sup> *Ibidem*, pág. 262.

<sup>151</sup> *Ibidem*, pág. 234.

jurídico (delincuente a resocializar), más que en el hecho típico y antijurídico (delito a prevenir)<sup>152</sup>.

A tono con dichos planteamientos, el maestro italiano diferenció tres orientaciones de la prevención especial, en las que, pese a sus disímiles postulados, confluyen el fin positivo y el fin negativo de la pena, a saber: “*las moralistas de la enmienda, las naturalistas de la defensa social y las teleológicas de la diferenciación de la pena*”<sup>153</sup>.

La primera se remonta a la idea de pena como medicina para el reo<sup>154</sup>, en el entendido que puede ser reeducado y recuperado moralmente tras cometer libremente un delito con el objeto de ser transformado en un hombre bueno, lo que permite hacer una reflexión en punto del tiempo indeterminado que puede durar la transformación pretendida en la que el destinatario debe escarmentar y sentir vergüenza de lo cometido, que en términos religiosos se traduce en arrepentimiento, posterior al sufrimiento, sin el cual es imposible expiar las culpas. Esto evidentemente es propio de la confusión entre derecho y moral<sup>155</sup>.

La segunda orientación, es explicada contundentemente por la Escuela Positivista Italiana<sup>156</sup>, según la cual, quien delinque es un enfermo que debe ser curado a la vez que neutralizado dada su peligrosidad. “*La idea central de esta orientación es que el delincuente es un ser antropológicamente inferior, más o menos desviado o degenerado, y que el problema de la pena equivale al de las defensas más adecuadas de la sociedad frente al peligro que representa*”<sup>157</sup>, esto justifica la necesidad de medidas terapéuticas o profilácticas dependiendo del tipo de delincuente frente al cual se enfrente la sociedad, las cuales no son definitivas, toda vez que son susceptibles de revisión periódica y de modificaciones dependiendo la personalidad de quien delinquirió y la eficacia del proceso de arrepentimiento o curación.

La diferencia de esta doctrina con la de la *enmienda*, estriba en que esta última otorga un valor importante al libre albedrío del ciudadano delincuente frente a la comisión de conductas punibles, en contraposición con la de la *defensa social* que asume que éste viene determinado por la naturaleza, es decir, no es libre (delincuente nato), aspecto que

---

<sup>152</sup> Esta postura contradice lo que doctrinalmente se ha denominado derecho penal de acto, que significa castigar por lo que la persona hace y no por lo que es. Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Cuarta Edición actualizada, Bogotá, 2010, pág. 60-64.

<sup>153</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 265.

<sup>154</sup> Medicina para el alma, según Santo Tomás.

<sup>155</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 265-266.

<sup>156</sup> La doctrina terapéutica de la *defensa social*, además de la Escuela Positivista Italiana, es parte fundamental del modelo soviético propuesto por el reconocido exponente del marxismo Evenii Pasukanis.

<sup>157</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 267.

legítima la intervención científica del Estado para controlar y prevenir el deterioro social<sup>158</sup>.

La tercera orientación, influenciada por el pensamiento de VON LISZT y su programa de Mraburgo de 1882<sup>159</sup>, depende de la personalidad o clase de delincuente (habituales u ocasionales), pues con base en ésta se establece un trato diferenciado y de adecuación de las penas, cuya finalidad puede ser resocializadora, neutralizadora o intimidatoria, esto, permite afirmar que el proyecto de *diferenciación de las penas* es un pensamiento ecléctico entre la postura de la *enmienda* y de la *defensa social*, impensable en nuestro sistema jurídico por inobservar los principios de legalidad de los delitos y de las penas (pena personalizada)<sup>160</sup> y de igualdad.

Como nota característica, destacamos la importancia otorgada al trabajo que el trasgresor debe cumplir como parte fundamental de la pena, en tanto es preferible y más útil para la sociedad un delincuente trabajador que un cadáver, máxime, si tiene en cuenta el elevado costo que significa su mantenimiento, lo que trae aparejado consecuencias que no discutiremos en este trabajo.

### 1.3.2.5 Observación a la concepción del delito como patología y de la pena como tratamiento

En su fundamentación FERRAJOLI critica fuertemente este aspecto y señala que entender el delito como patología (moral, natural o social) y su correlativo, es decir, la pena, como tratamiento (correctivo o anulatorio) es una idea completamente antiliberal<sup>161</sup>. Como sustento de su afirmación, asegura que las doctrinas de la *enmienda*, por ejemplo, confunden el derecho con la moral al asumir que el delincuente es un pecador que debe arrepentirse para que el tratamiento sea exitoso, lo cual, desde ahora se pone en entredicho, dado que el supuesto arrepentimiento se logra a través de un método reeducador coactivo, que en estricto sentido no es arrepentimiento real por su imposición (uso de la fuerza que, institucionalizada o no, va en contra de la voluntad); en el mismo sentido, las doctrinas de la *defensa social* y de la *diferenciación* entienden al reo como un enfermo o ser anormal (animal) a curar o eliminar para el establecimiento de la sociedad, suponiendo que (i) derecho y naturaleza, (ii) sociedad y Estado, (iii) ordenamiento jurídico y organismo animal, equivalen a lo mismo, "(...) *ello se refleja en la forma misma del juicio, orientándolo al análisis del alma y a la observación psicósomática del reo más que en la averiguación de su conducta, en consonancia con modelos subjetivizados de derecho penal basados en el «tipo de delincuente» y en su peligrosidad ante delictum más que en el «tipo de delito» cometido*".

---

<sup>158</sup> *Ibidem*.

<sup>159</sup> *Ibidem*, pág. 268

<sup>160</sup> *Ibidem*, pág.268-269.

<sup>161</sup> *Ibidem*, pág. 270.

Igualmente, son antigarantistas en la medida que legitiman y justifican modelos de derecho penal máximo, donde el Estado dirige sus esfuerzos pedagógicos o terapéuticos y diferenciados a la búsqueda del arrepentimiento y la asunción de los valores dominantes, sustrayendo a la persona además de su libertad física, de su libertad de pensamiento y/o conciencia<sup>162</sup>.

Como observación a estas doctrinas, puede igualmente citarse el carácter anfibológico de la pena, puesto que la cárcel, como la conocemos actualmente, dista mucho de ser un centro en donde las personas condenadas a pena de prisión pueden recibir tratamiento idóneo y adecuado para superar su “mal” y “curarse” de forma definitiva (LOMBROSO lo reconoció en *Los criminales*), por el contrario, es un lugar donde reina la ilegalidad, el miedo y el delito, donde no es posible resocialización alguna e impera la formación pedagógica de incitación al delito y profesionalización delincencial. Súmese a lo expuesto, que dan por sentado que la prisión es la única sanción o limitante de derechos real y verdaderamente educadora, y que doctrinas de esta clase, son predilectas de los regímenes totalitarios.

### 1.3.2.6 Particularidades de la doctrina de la prevención general negativa

La prevención general negativa, siguiendo los postulados principales de la teoría ilustrada, tiene la virtud de ser la única doctrina utilitarista preventiva que no confunde el derecho con la moral y la naturaleza, dado que no considera a los delincuentes como individuos ni “*categorías tipológicas*”<sup>163</sup>, como vimos párrafos arriba, “*sino en la generalidad de los asociados, no atribuyendo sin embargo valor de un modo apriorístico –como hacen las teorías de la prevención positiva– a la obediencia política de éstos a las leyes*”<sup>164</sup>, por eso, para prevenir la comisión de conductas punibles y como las medidas van dirigidas a la sociedad, distingue entre la intimidación vía del ejemplo dado por la imposición de la pena y la intimidación vía amenaza por la sanción que contempla la norma jurídica<sup>165</sup>.

No obstante, no caer en el equívoco de las corrientes sustancialistas de la confusión ni entender que el Estado tiene una función pedagógica o terapéutica respecto de cada ciudadano trasgresor del ordenamiento jurídico, la doctrina de la prevención general negativa sirve para justificar modelos de derecho penal máximo, donde reina la arbitrariedad que sustenta el adagio popular “todo vale” para mantener a toda costa el orden y la seguridad con el sacrificio de carísimos derechos fundamentales; peor aún,

---

<sup>162</sup> En Derecho y Razón, Ferrajoli hace un análisis amplio de esta concepción cuando explica la diferencia entre cognoscitismo (modelo garantista) y decisionismo (modelo autoritario). Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 212.

<sup>163</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 276.

<sup>164</sup> *Ibidem*.

<sup>165</sup> *Ibidem*.

cuando las medidas están orientadas y tienen fundamento en la mera conveniencia política de quien o quienes por momento detentan el poder o aspiran llegar a él, es decir, cuando se sirven de la coyuntura para hacer proselitismo político, utilizando a las personas que delinquen para particulares propósitos, que de tajo niega el principio de dignidad humana e instrumentaliza a los asociados. Esto, además de estar prohibido en cualquier Estado que se precie social y democrático de derecho, desconoce que la política tiene como finalidad el bien común de la sociedad y a ésta se debe, no a propósitos individuales y egoístas, como actualmente parecen entender los políticos de turno.

Ahora bien, doctrinalmente es aceptado que la intimidación inmediata que genera la imposición de la pena ejemplar y la instrumentalización de los asociados para tales objetivos, se superó a través de la intimidación mediata de la amenaza que establece la ley –fin de la pena–<sup>166</sup>, pues se entiende que ésta tiene carácter disuasivo para prevenir la comisión de ilícitos y no los delincuentes que ejecutan penas ejemplares<sup>167</sup>. Sostiene FERRAJOLI que este planteamiento puede asegurar la eficacia de las prohibiciones penales –desmotivan o disuaden de realizar actos proscritos por el ordenamiento jurídico por miedo a la sanción<sup>168</sup>– más no justificarlas, luego, tampoco legitima el derecho penal<sup>169</sup>.

El sendero de la eficacia de la prevención general negativa a través de la intimidación que genera la amenaza de la pena, establece limitaciones garantistas en contra del abuso del poder, representadas en los principios de estricta legalidad y materialidad de los delitos y culpabilidad y responsabilidad penal, empero, puede resultar desmedida, en el sentido que al justificar la prevención del delito en la eficacia que genera la amenaza, legitima corrientes maximalistas, debido a que la eficacia queda en entredicho frente a personas que aun existiendo la pena no son disuadidas a no cometer conductas prohibidas. Es decir, las medidas preventivas resultan siendo ineficaces, lo que conlleva a las célebremente criticadas prácticas legislativas de aumento de penas (acrecentar la amenaza) haciéndolas nuevamente eficaces en términos de prevención. Tal situación genera un círculo vicioso común en nuestra sociedad, explicado magistralmente por CARRARA al indicar que, *“(l)a intimidación lleva a un incremento perpetuamente progresivo de las penas, ya que el delito cometido, mostrando a las claras que ese culpable no ha tenido miedo de esa pena, demuestra que para infundir temor a los*

---

<sup>166</sup> *Ibíd*em, pág. 277. Este autor reconoce que esta concepción de la función de la pena es sostenida por: Feuerbach, Romagnosi, Pagano, Schopenhauer, Carmignani y Carrara.

<sup>167</sup> Ferrajoli no acepta este argumento y asegura que se trata de un paralogismo, pues pese a que la intimidación deviene de la amenaza tipificada en la ley, la pena finalmente es impuesta a personas comunes que transgreden el ordenamiento jurídico, luego, sirve de medio para la finalidad preventiva.

<sup>168</sup> Surge una pregunta para responder en otro trabajo: ¿será que sí desmotivan las sanciones? De ser así, ¿por qué se siguen cometiendo tales conductas?

<sup>169</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, pág. 277.

*demás es necesario aumentarla*<sup>170</sup>, y que quizás sólo encuentre fin en la pena de muerte para todos los delitos, como lo asegurara BETTIOL<sup>171</sup>, luego, la eficacia de las prohibiciones no condicionan la cantidad ni la calidad de las penas<sup>172</sup> y mucho menos las justifica.

### 1.3.2.7 Fines del derecho penal mínimo

Aunque esta doctrina plantea una crítica a las teorías utilitaristas, en punto del fin perseguido por el derecho penal como búsqueda del mayor grado de felicidad posible para la población que no se sustrae al cumplimiento de la ley, la pena juega un papel fundamental para la prevención de los delitos que, a la postre, sirve de fundamento al fin perseguido y ratifica el postulado utilitarista, así, el derecho penal mínimo se sirve de él para “completar” y/o proponer su sistema garantista a través del límite, como fin adicional del derecho penal, que debe imponerse a la autoridad para evitar la arbitrariedad propia de los sistemas de derecho penal máximo que legitiman el uso de violencia en contra de los delincuentes y la imposición desmedida de sanciones mediante dudosos y exagerados procedimientos. Es decir, de acuerdo con el derecho penal mínimo el fin que lo justifica no es única y exclusivamente la prevención de conductas punibles, también lo es el establecimiento de frenos al abuso del poder institucionalizado<sup>173</sup>.

Acudiendo a CARRARA, acota FERRAJOLI en su obra *Derecho y Razón*, “*«pretender que la pena impida el delito en todos los facinerosos» es «imposible», y el intentar lograrlo, en todo caso, «fue la causa fatal para el progresivo encarnizamiento de los suplicios»*<sup>174</sup>, la explicación es muy simple, si se cometen delitos, significa que la pena tipificada no es suficiente para disuadir al delincuente de no cometerlo y el derecho penal no es eficaz para la consecución del fin propuesto, siendo necesario un incremento punitivo para honrarlo, lo que en cierta medida explica la tendencia legislativa de aumento de penas sin consideraciones de ninguna índole, dado que es la opción más fácil y económica.

A su vez, demuestra también que ese fin no es razón suficiente para fijar el límite máximo de la pena “*sino sólo el límite mínimo por debajo del cual no es realizable y la sanción, como dijo Hobbes, no es ya una «pena» sino una «tasa» totalmente carente de capacidad disuasoria*”<sup>175</sup>.

Tales premisas benefician a la sociedad, así como a los sujetos pasivos y activos del delito, porque no sólo previene los actos trasgresores del ordenamiento penal sino los

---

<sup>170</sup> CARRARA, Francesco. Programa. Parte general, vol. II, pág. 70. En: FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 279.

<sup>171</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale*. pág. 523. En: FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 279.

<sup>172</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 279.

<sup>173</sup> “(...) *mínimo malestar necesario a los desviados*”. FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 332.

<sup>174</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 332.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

castigos innecesarios, injustos, inhumanos o arbitrarios. Recordemos que el derecho penal surge como negación de la venganza, más aún cuando es privada, por eso jamás debe entenderse como auspiciador, ni siquiera en pro de la defensa social, porque sería tanto como retroceder en la lucha histórica de la civilización que por suerte echó raíces en la ilustración, sus posteriores desarrollos y se materializó en el contexto actual, además de cosificar al delincuente en quien se descarga toda la fuerza represora, máxime cuando es el Estado quien se erige como supremo garante de los derechos fundamentales de los asociados (se debe a todos, incluyendo a los reos).

Ahora bien, la legitimación del derecho penal en las dos finalidades enunciadas por el sistema garantista, como lo anota el maestro italiano, no es democrática, pues no proviene de la voluntad de las mayorías, sino garantista, en tanto se estructura en la protección de los derechos y valores fundamentales de todas las personas<sup>176</sup>. Tampoco confunde derecho con la moral y/o la naturaleza ni le asigna a la pena un fin reeducador ni resocializador, pues la entiende, como popularmente se dice, “un mal necesario” de prevención y disminución de la violencia, porque disuade a la persona de cometer injustos típicos, en cuanto evita la infligida por la venganza privada y merma la institucionalizada.

Es cierto que la institucionalización del derecho penal y la sanción, sirven de medio de control social y de tutela de garantías fundamentales, sin embargo y muy a pesar de que procura evitar las censuras morales de la sociedad y la humillación del ciudadano, la realidad demuestra que los medios de comunicación se sirven de estas calamidades, en algunos casos infortunios, para atraer audiencia y enviar mensajes equivocados<sup>177</sup>, ya sea de impunidad mientras se adelanta el juicio, benevolencia cuando se potencia el principio de presunción de inocencia y corrupción cuando la Judicatura decide favorablemente a los intereses del procesado ante la ausencia de pruebas y en aplicación estricta de la ley; coadyuvado por la inmediata reacción disciplinante hacia los jueces que respetan los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la acción penal, propiciada por la sofisticada justificación de cumplir un papel importante en la sociedad ante la eventual supresión del órgano constitucional encargado de disciplinarlos. Dicha práctica social mediática deslegitima el poder público al cual se le entregó como función la resolución pacífica de los conflictos sociales y el otorgamiento de derechos, y abroga funciones a un “poder” que la mayoría de las veces sólo busca *rating* y no el bien social, que sobra decirlo, es controlado por un poder económico y político<sup>178</sup>, a la vieja usanza de buscar un interés particular y no uno general, el de la sociedad.

Igualmente, es innegable que el debate, la confrontación de ideas y el sano, responsable, imparcial, ecuánime, serio y objetivo ejercicio de la comunicación enriquece la democracia y le brinda la oportunidad a la población de conocer las diferentes

---

<sup>176</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 335.

<sup>177</sup> Cfr. HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Op. Cit., pág. 46-47.

<sup>178</sup> Cfr. ALTHUSSER, Louis. Ideología y aparatos ideológicos del Estado. pág. 40.

perspectivas y las razones de las decisiones judiciales y/o políticas, pero cuando desvía su interés, se convierte en foco multiplicador de violencia, la cual, hemos insistido, pretende prevenir el derecho penal garantista, esto es, la violencia que genera el delito, las reacciones informales a éstos y el abuso del poder.

A pesar de que los fines que justifican el derecho penal, propugnados por el sistema garantista, no son “(...) *perfectamente realizables*”<sup>179</sup>, aunque “(...) *no del todo irrealizables*”<sup>180</sup>, y que éste se erige en un medio de control social de contenido o legitimación ético-político, no es el único, más efectivo ni mayormente deseable en una sociedad civilizada y desarrollada, por cuanto “*el progreso de un sistema político se mide por su capacidad de tolerar sencillamente la desviación como signo y producto de tensiones o disfunciones sociales no resueltas, y por otro lado de prevenirla, sin medios punitivos ni autoritarios, haciendo desaparecer sus causas materiales*”<sup>181</sup>. Para FERRAJOLI, la “*deseable (...) reducción cuantitativa de la intervención penal*” debe estar acompañada de lo “*que Marx llamó «los focos antisociales donde nacen los crímenes»*”<sup>182</sup>, que no son más que el establecimiento de garantías sociales y jurídicas para superar la brecha de desigualdad y marginalidad, eliminación de la disgregación ricos-pobres que se convierte en centros de criminalidad al no encontrar opción diferente de supervivencia; así como, la lucha contra la corrupción “*cuyo carácter oculto e incontrolado están en el origen de gran parte de la actual criminalidad económica y administrativa*”<sup>183</sup>.

### 1.3.2.8 A la pregunta ¿cuándo castigar?

El derecho penal se erige como forma “moderna” de control social –que no la única–, que castiga a las personas cuando contravienen el orden legalmente instituido, sintetizado por el viejo apotegma *nulla poena sine crimine*. Lo anterior permite afirmar y confirmar lo expuesto a lo largo de este documento en punto del carácter retributivo que ostenta la imposición de la pena, como consecuencia de la comisión de un hecho punible. Esto, en preciso sentido, refutaría la doctrina de la prevención cuya inteligencia significaría adoptar medidas antes del delito para prevenirlo, más no posteriores a su comisión (medidas post delito o post facto)<sup>184</sup>.

No obstante la crítica expuesta, la misma puede morigerarse cuando se entiende y piensa en la sanción como: (i) una “amenaza social” necesaria para evitar la realización de ilícitos, pues el mal o daño ocasionado por el delito puede ser devuelto por el poder legalmente instituido (función de la ley penal –prevención general–); (ii) o

<sup>179</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 342.

<sup>180</sup> *Ibidem*.

<sup>181</sup> *Ibidem*.

<sup>182</sup> *Ibidem*.

<sup>183</sup> *Ibidem*.

<sup>184</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 368.

disuasión al sentenciado para que no cometa más delitos (función de la pena – prevención especial–)<sup>185</sup>.

En este orden de ideas, comoquiera que la pena es post delicto o post facto, lo que el derecho penal realmente reprime –y debe ser así– es el hecho delictivo reprochable socialmente y tipificado en los respectivas codificaciones, no la persona en sí misma considerada ni las condiciones particulares o forma de vida que libremente escogió como expresión de su fundamental derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en todo caso, encuentra frontera en los derechos de los demás y en el orden público<sup>186</sup>. Por consiguiente, las condiciones personales de vida, incluso la supuesta proclividad para delinquir, no son razones suficientes ni válidas en los modernos Estados constitucionales para activar el derecho sancionatorio ni para imponer penas, pues sería nugatorio de lo que la doctrina especializada ha denominado: derecho penal de acto y no de autor, sin tener en cuenta el anquilosamiento en denominadas corrientes peligrosistas del derecho penal, afortunadamente superadas, y la, a todas luces reprochable y sumamente grave, posibilidad de sancionar inocentes.

Nótese que “*la idea utilitarista de la prevención, disociada del principio de retribución, se ha convertido en uno de los principales ingredientes del moderno autoritarismo penal, asociándose a las doctrinas correccionales de la defensa social y la prevención especial y legitimando las tentaciones subjetivistas de las que, (...), se nutren las actuales tendencias al derecho penal máximo*”<sup>187</sup>; y que los sistemas penales arcaicos e irracionales de la prevención acuden al principio retributivo para legitimar la pena<sup>188</sup>.

Por eso, para prevenir abusos y decisiones autoritarias que convenientemente justifican las medidas adoptadas en la defensa social, sin más consideraciones –en ocasiones con intereses particulares y ocultos–, el devenir del derecho penal ilustrado acudió al denominado principio de estricta legalidad, pese a planteamientos de corrientes que justificaban la sanción de conductas socialmente lesivas no previstas expresamente en la ley penal a través de la analogía<sup>189</sup>, tanto para el encuadramiento del hecho como para la imposición de sanciones, como aconteció con el derecho soviético posterior a la revolución de 1917 y en la Alemania Nazi<sup>190</sup>. Principio adoptado y que sirve de cimiento

---

<sup>185</sup> GROLMAN, K. *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft, nebs einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Kriminalgesetze* [1978], reimp., Detlev Auvermann KG, Glashütten i. T., 1970, 108-110, pp. 50-51. En: FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 309.

<sup>186</sup> No profundizaremos sobre este tópico con el fin de no desbordar el objeto de este trabajo.

<sup>187</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 369.

<sup>188</sup> *Ibidem*, pág. 370.

<sup>189</sup> Los modernos Estados constitucionales, expresamente prohíben la analogía, es decir, aplicar la ley penal a un caso para el que no fue dictada, aun en tratándose de hechos similares, empero, parte de la doctrina aclara que esta prohibición no es absoluta, dado que la que se debe negar para potenciar los derechos de los ciudadano es la analogía *in malam partem*, más no, la analogía *in bonam partem*, es decir, la que beneficia al procesado. Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., pág. 89.

<sup>190</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 373-385.

al garantismo penal, pese a la inflación legislativa que se ha hecho tendencia y mala costumbre en Estados constitucionales como Colombia<sup>191</sup>, y que en derecho penal significa aumento de delitos y de penas, así como del proceso penal, que dentro de la función constitucional de control no es la única, la más razonable ni necesaria, pero sí la más económica y productiva, política y sensacionalistamente hablando, en detrimento de caros derechos fundamentales que la sociedad tiende a subvalorar cuando son ajenos y a sobrevalorar cuando son propios.

Resumiendo, el principio de estricta legalidad tipifica y describe qué conductas sociales están prohibidas, a la par que prescribe la pena a imponer, es decir, es criterio de justificación interna y, como garantía fundamental irrenunciable de todos los ciudadanos, tiene valor de principio de justicia<sup>192</sup>; además de ser el fundamento o respuesta a la pregunta inicialmente planteada.

### 1.3.2.9 A la pregunta ¿cómo castigar?

El garantismo penal no ha sido ajeno a las discusiones sobre la clase y duración de las penas, dado la historia del hombre y las peculiares formas de sancionar al delincuente, que significó derramamiento de sangre y sistemática violación de derechos humanos. Luego, éstos debates han estado presentes en la estructuración del sistema, por cuanto parte axial de sus propuestas giran en torno a este tópico, concretado por FERRAJOLI en la cuestión ¿cómo castigar?, que a su vez es articulado en los subproblemas *cantidad* y *calidad* de la pena, a analizar de manera general y específica, es decir, en cuanto a las clases de penas y los límites punitivos (mínimos y máximos) establecidos para todos los delitos y en cuanto a la clase de pena y límites de cada delito en concreto<sup>193</sup>.

La solución que surge de inmediato a la primera cuestión, encuentra eco en el criterio arcaico o pre-moderno de la retribución proporcional por el mal causado, propio de la ley del talión (ojo por ojo, diente por diente, vida por vida<sup>194</sup>). Sin embargo, se critica por el carácter problemático de la aplicación de esta pena de cara a hechos concretos, dado

<sup>191</sup> “(...) con el supuesto fin de combatir la criminalidad bajo el sutil argumento de establecimiento y búsqueda de una sociedad más segura que permita la realización del plexo de derechos y garantías fundamentales de los asociados a través del endurecimiento de penas, pero inconsultas de aquellos valores y principios constitucionales que rigen y deben regir el Estado social –y democrático– de derecho, como si problemas de ese orden con clara incidencia social y económica, se solucionaran a través de leyes restrictivas y no, como debería ser, a través de medidas afirmativas por parte del Estado destinadas a construir desde sus cimientos una sociedad más justa, igualitaria y equitativa”. TORRES REYES, Diego Mauricio. Inflación legislativa y excepción de inconstitucionalidad de oficio. Revista Derecho y Sociedad No.4. Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad Incca de Colombia, 2011, pág. 154-155.

<sup>192</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 373.

<sup>193</sup> *Ibidem*, pág. 387-389.

<sup>194</sup> “Pero si se ha cometido un asesinato tiene que morir. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia”. KANT, Immanuel. La Metafísica de las Costumbres, Tecnos, Madrid, 1989, p. 168. En: FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 390.

que no es posible igualar todas las sanciones a las hipótesis fácticas en abstracto, máxime cuando éstas no causaron ningún daño físico o en la humanidad de la víctima, sin contar la proporción de aflicción en cada persona, esto es, el principio de igualdad.

La otra solución son las “modernas” penas privativas de otros derechos de forma abstracta e igual para cada delito, dependiendo, desde luego, de la gravedad. Estas privaciones se hacen sobre los derechos a la vida<sup>195</sup>, la libertad y el patrimonio, cuyos correlativos respectivamente son: la pena de muerte, la prisión y las multas.

Se destaca la pena de prisión para los fines de este trabajo. Ésta, contrario al ideario común, es nueva en relación con la historia de la humanidad, debido a que la privación de la libertad como sanción en sí misma considerada, data de la Alta edad media y periodos posteriores, sin embargo, eso no significa que la utilización de la privación de la libertad sea novedosa, ya que su origen puede rastrearse en Roma antes de nuestra era como forma de influir temor a la plebe<sup>196</sup>.

Una de las particularidades de la pena de prisión es que se formula de manera abstracta para cada delito a fin de respetar la igualdad de los ciudadanos ante la ley; así mismo, que para su tasación, además de tenerse en cuenta la gravedad de la conducta, se observan las circunstancias de agravación o atenuación punitiva taxativamente señaladas y que dependen de su concurrencia con el hecho acaecido (connotación), por eso se dice que la pena es proporcional a la jerarquía del bien jurídico lesionado.

Ahora bien, de manera inapropiada PASUKANIS, autor marxista de la ex Unión Soviética, quiso asimilar el derecho penal y el derecho civil de las relaciones de cambio, siendo la pena de prisión el precio a pagar por la comisión de un delito<sup>197</sup>. Pese a lo absurdo que resulta el argumento –como si el delito fuese una mercancía que se puede comprar (en entredicho frente a los sistemas que permiten la negociación de la pena a cambio de información de importancia para desestructurar organizaciones delincuenciales<sup>198</sup>, entrega de bienes y dinero producto de los ilícitos, así como de rutas, propias de los delitos relacionadas con el narcotráfico)–, éste ha servido para negar el carácter abstracto y la igualdad en la imposición de la pena, y justificar la implementación de medidas terapéuticas o pedagógicas al infractor de la ley penal sin ningún límite temporal, más allá de la arbitraria determinación de la autoridad de reeducar (prevención especial positiva) o neutralizar (prevención especial negativa) al condenado, en razón a que la pena es vista como un signo de naturaleza de clase, lo que significa, total abandono de los principios garantistas e implementación del derecho penal máximo<sup>199</sup>.

---

<sup>195</sup> Modernamente se busca no causar daño ni sufrimiento, lo que explica la supuesta carencia de aflicción, y se elimina el espectáculo público humillante para el reo.

<sup>196</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 390-391.

<sup>197</sup> *Ibidem*, pág. 393, cita 139.

<sup>198</sup> HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Op. Cit., pág. 90-91.

<sup>199</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 393.

No obstante, el sistema garantista, siguiendo y concretando las tesis ilustradas, utilitaristas y formalistas del derecho penal mínimo, marcadas por el respeto al principio de legalidad tanto de los delitos como de las penas, responde a la pregunta del ¿cómo castigar?, indicando que ésta sólo debe imponerse si está prevista en una ley de manera previa a la realización del delito, si es necesaria y si es la mínima de las posibles para prevenir nuevos delitos, y aunque reconoce el origen burgués de ésta, niega rotundamente su asimilación de mercancía en el intercambio libre entre equivalentes, pues la voluntad del reo no está presente en la supuesta relación de cambio, ésta es impuesta por el Estado tras el delito cometido y al amparo del principio de retributividad (*nulla poena sine crimine*<sup>200</sup>). Recuérdese que el sistema analizado parte de la base y respeto del ordenamiento jurídico (principio de legalidad –*nulla poena sine lege*–) y como límite al monopolio punitivo del poder constituido (principio de la pena mínima necesaria frente a la libertad de configuración del legislador), realzando de este modo los derechos del más débil en la contienda Estado-ciudadano.

Entonces, el principio de la pena mínima necesaria, refrendado en las constituciones políticas al prohibir cualquier trato cruel e inhumano y la imposición de sanciones más allá de los límites establecidos en la ley, constituye un freno racional a la arbitrariedad cualitativa y cuantitativa de la pena, común de sociedades arcaicas que ven en el sufrimiento la perfecta retribución por el ilícito causado, venganza alimentada por el poder mediático y auspiciada por el legislador al acudir a la denominada inflación legislativa y punitiva en detrimento de las demás formas de control y prevención social, que desdichan de la evolución y racionalidad de la humanidad.

Estas recurrentes e insanas prácticas repercuten negativamente en el principio de dignidad o humanidad. Luego, aunque anteriormente de justificación externa, con su reconocimiento en las Cartas Políticas como mandato de imperativo acatamiento quedó legitimado internamente, en tal sentir, es el fundamento para rechazar penas inhumanas, desproporcionadas o corporales, como serían la pena de muerte, la cadena perpetua (muerte civil) y las privativas de la libertad excesivamente altas, que terminan siendo irredimibles, así como las penas físicas. De ahí que *“un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes”*<sup>201</sup>.

La ambición utilitarista reeducadora de la prisión, menos sentido tiene cuando se observan las condiciones actuales de la mayoría de las cárceles donde los reos van a pagar su penas y a “resocializarse” o “educarse”, pues las condiciones de hacinamiento, de inhumanidad desdice de tal apreciación y son contrafácticas, debido a que la mayoría de ellas –por no decir todas– son centros de concentración del delito y verdaderas escuelas de criminalidad, al punto que desde el interior de ellas se sigue delinquiendo

---

<sup>200</sup> *Ibidem*, pág. 394.

<sup>201</sup> *Ibidem*, pág. 396.

con la mirada complaciente y displicente de las autoridades carcelarias, sin ofrecer alternativas diferentes para la canalización de la vida social y mental del infractor, muestra de ello es la declaratoria de estado de cosas inconstitucional hecha por la Corte Constitucional de Colombia<sup>202</sup>.

Esta problemática no es analizada ni consultada a fondo por los ponentes de proyectos de inflación punitiva, que consideran que la única forma de atender los problemas sociales de la criminalidad y utilitarista de la prevención, es elevando penas, ineficaces desde cualquier perspectiva, pues la vida en prisión debe estar guiada por el respeto de los derechos fundamentales de este grupo social que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, procurando porque este tránsito sea lo más humano y menos aflictivo posible<sup>203</sup>. Nótese que la realidad social enseña que las penas altas ya no se erigen como amenaza suficiente para evitar los delitos, pues el aumento de éstos es una constante, superando, incluso, cuando se sancionaban con penas “blandas” determinados delitos.

Siguiendo a BECCARIA y a KANT, FERRAJOLI afirma que el hombre es un fin en sí mismo y no un instrumento de los demás, axioma reconocido en los modernos Estados constitucionales, incluso el nuestro que se encuentra en la fase embrionaria<sup>204</sup>, en el que la dignidad como valor, principio y derecho fundamental de aplicación inmediata, debe irradiar todo el ordenamiento y ser observado por el legislador que se presume racional, además de ser la justificación para que las penas sean limitadas en su calidad y cantidad, dado que así se trate del peor delincuente, jamás puede instrumentalizarse para alcanzar fines estatales o políticos, ni para favorecer intereses de clases o grupos, como sucede a través del castigo desmedido en contra de ciudadanos, reclamado por la sedienta y desinformada sociedad.

Igualmente, se atenta en contra de este principio, en concreto de la persona condenada, cuando la pretensión punitiva es la reeducación. Por consiguiente, la prisión no debe propender por la reeducación del penado, como tampoco por la des-educación del mismo, como podría predicarse de los antros del crimen en los que se ha convertido la prisión en Colombia. Para garantizar la dignidad de las personas sometidas al rigor sancionatorio, de acuerdo con el sistema garantista, es necesario que el Estado realce los derechos de los ciudadanos y no los imponga, por ejemplo, contando con condiciones aptas para el trabajo o estudio de la población carcelaria, sin que tales actividades se conviertan en sistema de estímulos y des-estímulos<sup>205</sup>. Tal aspecto es compartido sólo parcialmente, en la medida que nos parece importante contar con estímulos, como el descuento punitivo, para que los condenados inviertan su tiempo en actividades productivas, no únicamente en términos económicos, sino también de crecimiento

---

<sup>202</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-153 de 1998.

<sup>203</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 397. VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., pág. 80.

<sup>204</sup> NARANJO MESA, Vladimiro. Op. Cit., pág. 345.

<sup>205</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 397.

personal a través de los programas educativos o laborales ofrecidos, con la intención de ponerlos en práctica tras superar la ejecución de la sanción y como forma de hacerle frente a la estigmatización y rechazo social; sin embargo, y aquí es dónde coincidimos, no deben imponerse sanciones a quienes en virtud del carísimo principio constitucional de la dignidad, sistemáticamente articulado con el libre desarrollo de la personalidad, deciden hacerle frente a su situación de la manera que consideran adecuada, incluyendo el ocio, pues éstos tienen derecho a ser perezosos, y a pesar de que sea mal vista o reprochable, tal situación, por sí misma, no afecta derechos de los demás (se tiene derecho a ser malvado, siempre y cuando no se afecte a los otros).

Por eso, importante para el sistema garantista de cara a la pregunta ¿cómo prohibir?, lo constituye, además del anterior principio, el de necesidad de la pena, ambos heredados del iluminismo ilustrado, como lo aseguramos en los párrafos precedentes.

### **1.3.2.10 Principio de proporcionalidad y límites punitivos**

Difícilmente, por no decir imposible, puede encontrarse (¡y sustentarse!) un criterio que permita ponderar objetivamente la cantidad de la pena y el delito<sup>206</sup>, pues ninguna relación natural hay entre una y otra categoría, más allá de justificaciones externas o meta-jurídicas, hábilmente empleadas por quienes se encargan de su regulación. Tampoco puede hablarse en términos de proporcionalidad de cara a la efectividad de la pena en los ánimos de las personas que delinquen, algo así como: ¿determinada pena privativa de la libertad es eficaz para ciertos delitos y/o para ciertas personas?, o ¿ninguna pena, por más elevada que sea, es eficaz frente a ciertos delitos y/o personas? Pues además de pretensioso es irrealizable. En efecto, por más legislador que se sea, este hecho no le confiere a la persona elegida con tal investidura la sobrenatural facultad de establecer el grado de eficacia o ineficacia de las sanciones destinadas a ciertos delitos y a determinadas personas. Lo mismo se predica de los dogmas de fe. Desde ese punto de vista, dicho poder de predeterminación terminaría siendo arbitrario, altamente peligroso y nocivo para los derechos fundamentales.

No obstante la crítica esgrimida, este problema suele descomponerse en tres planteamientos: la predeterminación que hace el legislador, la determinación hecha por el juez y la post-determinación de la fase ejecutiva. Veamos.

#### **a) Predeterminación**

La predeterminación que de la pena debe hacer el legislador, gira en torno a la cuantificación de la pena dependiendo la gravedad del delito y los límites mínimos y máximos de ésta. Frente al establecimiento de la pena por la gravedad del delito, es equívoca la escogencia de los parámetros que la han de determinar, al punto que para

---

<sup>206</sup> *Ibidem*, pág. 398.

algunos, el delito es incuantificable en cuanto incuantificable su gravedad<sup>207</sup>. No obstante lo anterior, para la fijación de las penas la doctrina tiene previstos dos planteamientos que “midan” la gravedad de los punibles: uno objetivista y otro subjetivista. El primero sopesa la gravedad del delito dependiendo la entidad del daño irrogado y el segundo lo hace a partir del grado de culpabilidad, sin embargo, tales criterios no dejan de presentar dificultad, en la medida que también es ambiguo el rasero para determinar la cantidad del daño o de la culpabilidad<sup>208</sup>.

El sistema garantista propone una solución ecléctica amparada en los principios de lesividad y culpabilidad, así mismo, acude a los criterios objetivista y subjetivista, lo que también resulta confuso por cuanto no es clara la importancia asignada a cada uno de los planteamientos anotados para establecer la gravedad del delito.

Si bien es problemática la tasación de la gravedad para la cuantificación de la pena, lo es aún más la cuestión relativa a los límites mínimos y máximos. En un primer momento el utilitarismo tomó partido por la propuesta de HOBBS para la determinación del límite mínimo de la pena, según la cual, “*la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena*”<sup>209</sup>. Esta propuesta presenta eventualidades que bien podrían hacerla viable para las penas pecuniarias pero inaplicables para las de prisión, sin contar los obstáculos que representaría la asunción, claramente relativa, del plus que supera la desventaja de la sanción respecto de la ventaja del delito. Por lo expuesto, FERRAJOLI señala que no debe existir un límite mínimo legal para la pena de prisión –ni está justificado–. Entonces, aconseja que el legislador no lo fije, porque ha de confiarse en el poder equitativo del juez quien determinará el límite mínimo por debajo del máximo legalmente establecido; y, en todo caso, si el límite mínimo es necesario, éste deberá ser “*bastante bajo*”<sup>210</sup>.

Respecto al límite máximo de la pena en la predeterminación legislativa, pregona que “*la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas*”<sup>211</sup>, afirmación que deriva de un postulado utilitarista formulado por BENTHAM y retomado por HART, como se advierte en Derecho y razón: “*que ninguna pena procure un sufrimiento mayor que el producido por la «transgresión incontrolada»*”<sup>212</sup>, que en su momento sirvió para contrarrestar las aflictivas penas pre-modernas y en la actualidad permiten hacer una comparación entre dos males (delito y pena) que tienen que ver con el mismo infractor,

---

<sup>207</sup> *Ibidem*, pág. 399.

<sup>208</sup> *Ibidem*.

<sup>209</sup> *Ibidem*.

<sup>210</sup> “*Para que una pena obtenga su efecto, basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito (...). Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico*”. BECCARIA, Cesare. Op. Cit., pág. 60. Afirmación que, en palabras de Ferrajoli representa un paralogismo, porque, si el mal de la pena requiere exceder el bien del delito para cumplir su función, es necesario establecer un límite mínimo, siendo tiránico todo lo que lo sobrepase, es decir, todo lo demás, luego, ¿para qué límite máximo si este es superfluo y tiránico? FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág.400.

<sup>211</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág.401.

<sup>212</sup> *Ibidem*, pág. 400.

dignificar al ser humano y finalmente compensar los respectivos males (infligidos y prevenidos) y correlacionar los límites mínimos y máximos.

*“(C)uanto más alto es el coste de las penas tanto mayor es su capacidad de prevención, pero tanto menor es su justificación con respecto a los males prevenidos –delitos y castigos informales– y menos amplía la esfera cuya tutela penal está justificada; por el contrario, cuanto más bajo es el coste de las penas, tanto menor es su eficacia preventiva pero tanto mayor su justificación para la tutela de una mayor cantidad de bienes jurídicos. **En consecuencia, es injustificado un límite mínimo que anule la eficacia preventiva de la pena en relación con los delitos, pero también lo es del mismo modo un límite máximo que anule la justificación en relación con los mayores castigos informales prevenidos por la misma**” (negrita y subrayado fuera del texto original)<sup>213</sup>.*

Pese a la claridad del planteamiento, el mismo sirve en mayor medida como orientación para el legislador al momento de establecer la pena, que siempre deberá oscilar entre un límite mínimo y uno máximo, dado que no se puede hacer una comparación precisa, certera y objetiva. Igualmente y no menos importante, puede servir para establecer una escala de los bienes jurídicos tutelados por el legislador<sup>214</sup>, es decir, del peso que establece la gravedad del delito y de la cual resulta el *quantum* de la pena. De acuerdo con este razonamiento, no todos los atentados contra bienes jurídicos revisten la misma gravedad, por cuanto no todos tienen el mismo valor, de ahí que las sanciones y los límites sean distintos.

Lo anterior también sirve para medir el grado de humanidad de la sociedad que protege y asigna determinado valor a los bienes jurídicos y cuantifica la pena frente a sus atentados.

En este orden de ideas, como dos delitos distintos no reputan la misma gravedad, no pueden ser sancionados con la misma pena, en razón a que se vulneraría el principio de proporcionalidad, íntimamente ligado con el de igualdad; lo mismo, no se podría sancionar con pena más alta el delito considerado menos grave de acuerdo con la escala de bienes jurídicos tutelados, so pena de atentar en contra de los referidos principios.<sup>215</sup> Con razón afirma FERRAJOLI que la pena de prisión perpetua los resquebraja, esto es, carece de justificación externa, dado que es inhumana y no graduable equitativamente por el juez, sin contar que tiene una duración más larga para los condenados jóvenes que para los viejos y, en ciertos contextos, no se impone a delitos considerados sumamente graves, respecto a otros que no lo son tanto pero tienen establecida dicha

---

<sup>213</sup> *Ibidem*, pág. 401.

<sup>214</sup> “*La tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales*”. IHERING. El fin del derecho. Pág. 236. En: FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 453.

<sup>215</sup> *Ibidem*, pág. 402.

sanción, lo que conllevaría a punir con cadena perpetua todos los delitos que dentro de la escala de bienes jurídicos son considerados igual o más graves que los cuantificados en esta desproporcionada pena.

## **b) Determinación**

La determinación judicial de la pena está anclada en el principio de legalidad y depende del espacio dentro del cual el juzgador puede moverse a la hora de imponer la sanción, por eso se dice está ligado a la facultad discrecional del juez, que en nuestro contexto depende del ámbito de movilidad y los parámetros para determinarlo.

Este grado de dependencia se debe a la superación de la arbitrariedad y uso desmedido de las penas en la época pre-moderna, en la que no existían límites a esa prerrogativa judicial y las sanciones eran desmedidas, inhumanas, crueles y libradas a la voluntad del juez y su particular visión del mundo, sin ningún tipo de control.

En todo caso, sin flanquear las fronteras de los límites máximos y mínimos, aún persiste la situación referida a la gravedad de la conducta y el grado de culpabilidad para la fijación de la pena, que en todo caso debe estar en cabeza del juzgador y regirse por el principio de equidad, como lo afirma FERRAJOLI, pues cada caso sometido a la judicatura tiene sus particularidades; además, medir todas las conductas que configuran un tipo penal con el mismo rasero sería atentatorio del principio de igualdad (el maestro italiano se refiere a los problemas de denotación legal de la hipótesis fáctica y de connotación judicial, en el primero se establecen los límites mínimos y máximos del tipo penal en los que ha de oscilar el juzgador y en el segundo la cuantía de la pena atendiendo el caso concreto –*comprensión equitativa*–, denominado por el sistema garantista: poder judicial de connotación)<sup>216</sup>. Empero, recuérdese que el juez sólo determina judicialmente la cantidad más no la calidad de la pena, dado que ésta es función propia del legislador en la predeterminación legal de la pena<sup>217</sup>, de esta forma se resuelve el primer interrogante referido al poder judicial de connotación, persistiendo el segundo, referido al inicio de este párrafo, esto es, ¿a qué método debe acudir el administrador de justicia para esclarecer la gravedad del aspecto fáctico una vez comprobado que encuadra en un respectivo tipo penal y con el fin de fijar la sanción?

La respuesta es sencilla, no hay ninguno, pues para determinar la gravedad del hecho denotado el juzgador puede acudir, y generalmente lo hace, a juicios de valor, al punto que algunas veces desbordan los parámetros de justificación interna, sobre todo cuando confunde su función y hace juicios morales (antecedentes, modelo de vida escogido por el agente, condiciones sociales –*peligrosismo*–), no obstante, lo adecuado es que no suceda así, dado que la ley contiene las medidas dentro de las cuales habrá de calificarse la gravedad, como serían los móviles, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar, el parentesco o grado de confianza, la intensidad del dolo o el daño ocasionado, por citar

---

<sup>216</sup> *Ibidem*, pág. 403-404.

<sup>217</sup> *Ibidem*, pág. 404.

sólo algunos ejemplos, teniendo siempre como norte los valores y principios que inspiran la Constitución.

### c) Post-determinación

Finalmente, el tercer y último planteamiento, referido a la post-determinación de la pena en su ejecución, tiene que ver con aspectos relativos a la certeza de la pena y la posibilidad de modificarla en dos escenarios, el primero, cuando se considera que la función de la pena como tratamiento del reo cumplió su cometido antes de agotarse en su totalidad, y segundo, cuando se estima que pese a que el condenado ha pagado toda la sanción ésta no ha sido eficaz de cara a su función, lo que trae como consecuencia, en su mismo orden, la liberación anticipada o la prolongación de la privación de la libertad.

El sistema garantista denomina a estas situaciones: *el efecto perverso de la excesiva duración de las penas*, pues no tiene sentido la pre-determinación legal de penas altas y la determinación judicial de las mismas para reducirlas discrecionalmente en la fase ejecutiva, siendo más económico y práctico implantar penas bajas desde su configuración legal<sup>218</sup>.

Esto termina convirtiéndose en círculo vicioso y en argumento de refuerzo en contra de lo que popularmente se ha sabido denominar *populismo punitivo*. Así mismo, encierra dos contradicciones, una referida a la ejemplaridad de la sanción, no para la prevención de conductas punibles por el monto de la pena sino por el monto de su ejecución, lo que le resta eficacia preventiva y la convierte en un mero símbolo<sup>219</sup>; y la otra, por el “festín” de beneficios de reducción de pena por el buen comportamiento del condenado, que trae el mismo defecto práctico de la anterior contradicción, relativizando la sanción y equiparándola a nivel arrepentimiento.

Tales aspectos desquician el principio de legalidad, ya que la pena determinada por un juez a la luz del respectivo tipo penal vuelve a determinarse por la autoridad que vigila su ejecución, haciendo ineficaz la sentencia. Adiciónese, la crítica fundada en que la autoridad encargada de la vigilancia de la pena, más que función jurisdiccional, realiza una netamente administrativa al estimar de manera subjetiva, arbitraria y con juicios de valor si el condenado satisface o no los requisitos exigidos para merecer un descuento punitivo<sup>220</sup>, esto es, si representa o no un peligro para la sociedad, sin contar el atentado en contra de la dignidad del reo al ser cosificado por otro mortal.

Estas contradicciones desdican de la certeza que debe tener la pena en un Estado respetuoso del principio de estricta tipicidad, también de la máxima del sistema garantista sobre la necesidad de la pena y robustece la sentencia de BENTHAM: “(h)aced buenas

---

<sup>218</sup> *Ibidem*, pág. 407.

<sup>219</sup> Pena no es la que se **debe** si no la que se **puede** cumplir. *Ibidem*.

<sup>220</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 408.

*leyes y no creéis una varita de virtudes que tenga el poder de anularlas. Si la pena es necesaria no se debe perdonar; si no es necesaria no debe pronunciarse*<sup>221</sup>.

Pareciera que el legislador poco o nada sabe de lo anterior al predeterminar penas exageradas, popularmente bien recibidas, que después tiene que morigerar con leyes de flexibilización, y así disimular el caos carcelario social que generan, mostrándose como benefactores por corregir un desorden que ellos mismos crearon en su afán populista e inconsulto<sup>222</sup>.

Por eso, el sistema garantista propone la imposición de la pena mínima necesaria, pero cierta, lo que redundaría en su eficacia preventiva, pues parafraseando a BECCARIA, “(n)o es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas (...) La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de impunidad”<sup>223</sup>; al igual que un tratamiento más benigno para las conductas de menor entidad, utilizando las herramientas o subrogados previstos por la ley, como la detención domiciliaria, la libertad vigilada, destinando la prisión solamente para las conductas graves.

### **1.3.2.11 Reducción de la duración de la pena privativa de la libertad y restricción de su aplicación**

Este tipo de sanción en la evolución del derecho penal sirvió como freno a las penas bárbaras y crueles pre-modernas, buscando en la actualidad su racionalización y humanización. Sin embargo, en algunos contextos su exagerada intensidad ha llevado a replantear esa búsqueda y a refutar o negar las razones que la justificaban, esto es, la prevención de delitos, dada la situación carcelaria y su reconocimiento público de *escuela de la delincuencia*, como unánimemente son reconocidos estos centros en distintas latitudes, negando a ras su carácter de establecimiento dedicado a la resocialización del infractor penal; y la prevención de las venganzas privadas –tomar justicia por propia mano–<sup>224</sup>.

Por estas razones, el sistema garantista propone a largo plazo la eliminación de esta forma de sanción y a mediano y corto plazo la reducción sustancial de la misma, con el anhelo de hacer realidad el adagio de que el grado de civilización y desarrollo cultural de los pueblos se mide por la dureza de las sanciones de tipo penal<sup>225</sup>.

---

<sup>221</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 409, cita 177.

<sup>222</sup> Esto sucedió recientemente con la ley 1709 de 2014.

<sup>223</sup> BECCARIA, Cesare. Op. Cit., pág. 59.

<sup>224</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 412.

<sup>225</sup> “Por tanto, si es verdad que el grado de dureza tolerable de las penas está ligado en cada ordenamiento al grado de desarrollo cultural alcanzado por él, resulta posible hoy plantear una estrategia de reforma del derecho penal que apunte a largo plazo a la supresión integral de las

No sólo para hacer realidad ese anhelo es la preocupación de algunos sectores académicos del derecho penal, sino porque la cárcel conserva un grado sumo de aflicción física y psicológica al condenado que desdice de su función de lugar de resocialización, agravada con la inexistencia de controles establecidos por el legislador, más allá de los administrativos. Esto convierte a la cárcel en “*una institución al mismo tiempo antiliberal, desigual, atípica, extra-legal y extra-judicial (...), lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva*”<sup>226</sup>.

Es necesario clarificar que el sistema garantista no alude a la supresión de la pena, sino de la cárcel, conservando los diferentes ordenamientos una pena mínima, humana y racional para aquéllos casos excepcionales en que se cometa algún delito<sup>227</sup>. Recordemos que en sus planteamientos reconoce que su sistema es para una sociedad ideal, es decir, no es realizable completamente, empero, lo importante es contribuir para que sus postulados garantistas se apliquen en la mayor medida de lo posible.

Hecha la claridad, es necesario indicar que existen fenómenos que conspiran a favor de esta aspiración de desaparición de la cárcel, cuales son, la cada vez mayoritaria insatisfacción de este tipo de pena y su carácter crecientemente obsoleto, no obstante, mientras las sociedades se preparan culturalmente para este importante paso y la violencia se reduce (a través de la disminución de las desigualdades sociales, la inclusión de los sectores menos favorecidos en el crecimiento económico y la abolición de la corrupción) es imprescindible reducir la duración de las actuales penas privativas de la libertad y restringir su aplicación solamente para aquellos casos considerados graves<sup>228</sup>, pero en la fase de pre-determinación legal y no en la post-determinación por las razones que aludimos.

### 1.3.3 Abolicionismo

Para esta corriente del pensamiento crítico en la materialidad del castigo se hace efectiva la dominación oculta bajo la soberanía que, a su vez, legitima el poder ejercido por el Estado. Dominación que, por más sutil que parezca, lleva inmersa formas de suplicio – corporal o psicológico–<sup>229</sup>, vaciando, ocultando o dejando de lado el catálogo de derechos que inspiran y sientan la bases del ordenamiento jurídico constitucional. A partir de ello, se justifica el surgimiento de las teorías abolicionistas.

---

*penas privativas de la libertad y a corto y mediano plazo a una drástica reducción de su tiempo de duración legal, comenzando por la abolición de esa moderna barbarie que es la cadena perpetua*”. FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 412.

<sup>226</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 413.

<sup>227</sup> En una hipotética sociedad, como reconoce el ilustre pensador italiano Luigi Ferrajoli.

<sup>228</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 414.

<sup>229</sup> GÓMEZ Jaramillo, Alejandro. Op. cit. pág. 47.

No obstante justificarse en el mismo principio estas teorías no son uniformes, porque se subdividen en dos grandes vertientes, a saber: aquellas que luchan por la abolición total del sistema penal y las que defienden la eliminación de algún aspecto del sistema, por ejemplo la pena, representadas respectivamente por autores de la talla de HULSMAN y MATHIESEN.

Adicionalmente, en el ámbito nacional contamos con importantes autores que se refieren en sus escritos desde una perspectiva crítica a las teorías abolicionistas, como son los profesores MARTÍNEZ y GÓMEZ. El primero contradice las principales propuestas del abolicionismo a partir de la realidad latinoamericana y concluye que es inconveniencia en dicho contexto<sup>230</sup>; no obstante, el segundo aborda el abolicionismo del sistema penal a partir de las principales objeciones tejidas y formuladas por los contradictores de esta corriente del pensamiento crítico, entre ellos, el notable teórico del derecho FERRAJOLI<sup>231</sup>.

Es lógico abordar el análisis del abolicionismo desde las ideas y propuestas de estos juristas.

### 1.3.3.1 Louk Hulsman

Este estudioso oriundo de los países bajos, afirma que el sistema penal se debe abolir en su totalidad en razón a que causa sufrimientos innecesarios e impide que las partes involucradas en el conflicto, que en definitiva son las directamente interesadas, resuelvan sus diferencias de manera civilizada y pacífica, lo que definitivamente limita la reconstrucción del tejido social. Bajo tal premisa, propende por la participación, autonomía y mayor influencia de los involucrados en la problemática social.

Es así que su propuesta la fundamenta en un argumento antropológico, a partir del cual sociedades tribales<sup>232</sup> permiten que sus actores se enfrenten y resuelvan sus “*situaciones problemáticas*” directa y pacíficamente, evitando de este modo el “*robo del conflicto*”<sup>233</sup> (esta razón, sin lugar a dudas importante, puede justificarse constitucionalmente en

---

<sup>230</sup> MARTÍNEZ Sánchez, Mauricio. La abolición del sistema penal. Temis. Bogotá, 1995, pág. 123.

<sup>231</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op. Cit., pág. 136-137.

<sup>232</sup> A manera de ejemplo podemos citar la cultura *arapesch*, estudiada por la antropóloga norteamericana Margaret Mead, cuyos miembros son educados rechazando cualquier forma de violencia y situación que la genere, realizando los lazos de solidaridad de los miembros del grupo que, a su vez, son considerados parientes, lo que les permite vivir pacíficamente y resolver sus conflictos sociales de la misma forma. En contraste, también estudió la cultura *mundugumor*, cuya educación y lazos sociales son todo lo contrario, por eso viven en constante conflicto y violencia, de manera aislada e individual, desconfiando hasta de su propia familia, lo que impide crear lazos de cooperación. Por tanto, “*entre los arapesch son inadaptados el hombre y las mujeres violentos, entre los mundugumor el hombre y las mujeres confiados y cooperativos*”. Cfr. MARCHIORI, Hilda. Psicología criminal. Porrúa, México, 2011, pág. 288-294.

<sup>233</sup> FOLTER, Rolf y otros. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. Argentina, Ediar, 1989, pág. 69.

nuestro ordenamiento jurídico en los fines del Estado, por cuanto la Carta Política señala que debe garantizarse la participación de todos en las decisiones que los afectan<sup>234</sup>), trayendo como consecuencia positiva la revitalización de las relaciones sociales, negada por la simplicidad de la solución prevista por el sistema penal y la complejidad de los conceptos interiorizados por los integrantes de la sociedad.

Debemos precisar que su idea gira en torno al sistema represor y dominador de la institución carcelaria, pero no respecto al valor justicia, que señala, se debe lograr, y en efecto se logra en diferentes comunidades que no tienen cárceles, pero sí sistemas de justicia eficaces<sup>235</sup>, que no ven delitos (pecados) sino simplemente “*situaciones problemáticas*” o “*incidentes*”, reduciendo parte de la problemática al uso del lenguaje, pues éste debe cambiarse para cambiar el pensamiento de las personas. Luego, justicia no es lo mismo que cárcel ni sistema penal, y la única y mejor forma de realizarla, no es a través de las anteriores.

### 1.3.3.2 Thomas Mathiesen

Ahora bien, “(m)ientras Hulsman pretende abolir todo el sistema de justicia penal, Mathiesen trata de abolir los sistemas sociales represivos de la última etapa del capitalismo de Estado”<sup>236</sup>, porque para este sociólogo noruego un sistema social de represión bloquea las propuestas críticas y las funcionaliza al introducir un nuevo orden que no implica cambio; además de marginarlas<sup>237</sup>.

Podría afirmarse que su propuesta abolicionista parte de uno de los postulados del garantismo penal, debido a que propone en primera instancia y como reto a corto plazo, la humanización del tratamiento dado al detenido a la vez que se va aliviando el sufrimiento infligido por la sociedad, para, a largo plazo, cambiar el pensamiento frente al castigo y modernizar el sistema carcelario con medidas actuales<sup>238</sup>.

Dentro de su propuesta abolicionista, MATHIESEN proyectó diez razones que se oponen a la construcción de más cárceles<sup>239</sup>, y las concentró en la ineficacia demostrada de la

<sup>234</sup> Artículo 2 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>235</sup> HULSMAN, Louk. Abolicionismo penal y deslegitimación del sistema carcelario. Conferencia dictada en la Cárcel de Villa Devoto, Buenos Aires, el 12 de septiembre de 2007, pág. 1 (como dato anecdótico, ésta fue la última conferencia dictada en la Argentina). En: <http://www.loukhulsman.org/index.html?lang=ep> (consultado el 12 de septiembre de 2014).

<sup>236</sup> GÓMEZ Jaramillo, Alejandro. Op. cit., pág. 121.

<sup>237</sup> *Ibidem*, pág. 122.

<sup>238</sup> FOLTER, Rolf y otros. Op. Cit. Pág., 69.

<sup>239</sup> MATHIESEN, Thomas. Diez razones para no construir más cárceles. Nueva doctrina penal, No. 1, Buenos Aires, 2005, pág. 3-20. En: <http://justiciaforense.com/material/2010-CRIMINALISTICA%20Y%20CRIMINOLOG%CDA/Diez%20Razones%20Para%20No%20Construir%20M%20E1s%20C%20E1rceles.pdf> (consultado el 12 de septiembre de 2014).

prevención general y especial, tanto positiva como negativa; en la idea de justicia, que no puede verse en términos de cuantificación del daño irrogado a quien comete un delito, ya que no existe un parámetro de medición para predeterminar que la duración de la sanción satisface el reclamo de justicia de la sociedad, o que a través de ésta se hace justicia, pues además de limitada, es inestable, como relativo el argumento, ya que cuando se comprueba, como suele suceder, que la tasa de delitos no ha disminuido o se ha incrementado, la respuesta inmediata es el aumento punitivo, subiendo de paso la expectativa de justicia y así sucesivamente en Estados donde la inflación legislativa, podría decirse, está de moda.

Continuando con sus ideas, asegura que, una vez construidas las cárceles éstas son irreversibles; insaciables, dado que siempre están al tope; inhumanas (incluso para los guardias); atentan contra los valores de la sociedad, lo que hiciera parecer una lucha frontal en contra del pobre, que no contra la pobreza; no son garantía del respeto de los derechos de las víctimas, quienes más bien podrían ver satisfechos sus derechos si se tumban todas las cárceles y el dinero utilizado en la construcción y sostenimiento se invierte en el restablecimiento de sus derechos; además de ser un contrasentido o un argumento contrafáctico intentar reducir o combatir la masificación de la población carcelaria construyendo más cárceles.

Estas razones son suficientes para apelar a la abolición del sistema carcelario o, por lo menos, para exigir una reducción sustancial de las penas de prisión.

### 1.3.3.3 Mauricio Martínez Sánchez

Este autor contradice las principales propuestas del abolicionismo a partir de la realidad latinoamericana, concluyendo que es inconveniente su aplicación en dicho contexto. Así mismo, su importancia radica en la relevancia que le da a la resocialización y la rehabilitación del delincuente, como obligación del Estado para con sus ciudadanos, antes que al abolicionismo como tal, con el objeto de que el prisionero no regrese al estado de marginación previo a la privación de la libertad<sup>240</sup>.

Con la realización de tal cometido, los sectores populares comprenderán que es posible y viable encarar a la sociedad que los relega<sup>241</sup>, lo que posibilitaría que *“la cárcel refleje el pluralismo y la democracia que los gobernantes predicán para la sociedad”*<sup>242</sup>.

### 1.3.3.4 Alejandro Gómez Jaramillo

Enseña que la cárcel no es el mecanismo idóneo y eficaz para prevenir el delito ni para corregir ni rehabilitar a los condenados<sup>243</sup>, sin embargo, sí reproduce formas de

---

<sup>240</sup> MARTÍNEZ Sánchez, Mauricio. Op. Cit., pág. 123.

<sup>241</sup> *Ibidem*, pág. 124.

<sup>242</sup> *Ibidem*.

dominación social. Las razones de tal argumento son, además de la justificación de la prisión como mecanismo adecuado para la prevención del delito, la marginalización de las investigaciones en el sentido contrario, por ejemplo, la criminología crítica, y la *estatificación* de la cárcel, es decir, pretender y presentarse como la única solución a los conflictos de la sociedad e institución inherente a la condición de humanos<sup>244</sup>.

Significativo resulta la afirmación que hace oponiéndose al argumento de la dominación a través del castigo institucionalizado, pues, en sus palabras, sólo basta con “*pensar y actuar de otro modo en materia de conflictos sociales (...) y debatir democráticamente políticas públicas distintas a la cárcel*”<sup>245</sup>, diferentes al suplicio físico y moral, por más sutil que sea, producido por el ejercicio de la dominación a través del poder<sup>246</sup>, pues “(e)l saber ilustrado le da justificación al castigo que no es más que la aplicación de una fuerza o un perdón”<sup>247</sup>. Tal entendimiento quiere decir, que “(l)as relaciones entre el poder y el discurso ilustrado generan el primer encubrimiento de la atrocidad de la práctica penal y edifican por primera vez la idea del sistema penal como aparato coherente (racional) de impartir el castigo”<sup>248</sup>, denominado por FOUCAULT: *la atenuación del arte sufrir*.

Señala del mismo modo que, los mecanismos de conversión del condenado, políticamente es un acercamiento más al capitalismo que al humanismo, pues buscan hacerlo útil para hacerlo productivo, delimitar lo que puede pensar para controlarlo, administrar y destinar su tiempo a los intereses de la sociedad, lo que se traduce en una encubierta dominación y materialización del sufrimiento<sup>249</sup>.

En su propuesta constantemente pregona sobre la coexistencia de saberes que justifican la prisión frente a los saberes que la critican, lo que le da para plantearse la pregunta: ¿cómo conviven en los códigos penales discursos disímiles y excluyentes entre sí, como una teoría penal humanista y una práctica penal de dominación?<sup>250</sup> Respondiendo a renglón seguido, que el fenómeno no es gratuito, erigiéndose como prueba de que la práctica del castigo se sirve de cualquier clase de disertación para justificarse y hacer uso de los tres niveles de relación del discurso con el poder de castigar. A saber: *el perfeccionamiento*, en la facultad de adaptarse a los cambios tecnológicos; *la justificación*, al otorgarle carácter racional y presentarlo como mal necesario; y *la crítica*,

---

<sup>243</sup> GÓMEZ Jaramillo, Alejandro. Op. cit. pág. 145.

<sup>244</sup> *Ibidem*. pág. 146.

<sup>245</sup> *Ibidem*. pág. 147.

<sup>246</sup> *Ibidem*. pág. 46-47.

<sup>247</sup> *Ibidem*. pág. 48.

<sup>248</sup> *Ibidem*.

<sup>249</sup> *Ibidem*. pág. 48-49.

<sup>250</sup> *Ibidem*. pág. 54.

en la facilidad con que se neutralizan o absorben las oposiciones por parte del poder de dominación<sup>251</sup>.

En su libro, cuyo sugestivo título, “*Un mundo sin cárceles es posible*”<sup>252</sup>, responde minuciosamente las principales objeciones hechas a la teoría abolicionista, “*mitos del sistema penal burgués*”, como son denominados por él, reproducidas por la opinión pública.

### a) Abolicionismo y utopía

La primera objeción gira en torno a que esta corriente del pensamiento crítico es utópica, dado que no se puede realizar, siendo contra-argumentada, en el sentido que muchos imposibles en determinados contextos temporo-espaciales permitieron el desarrollo social y humano de la actualidad, ejemplo de ello es la abolición de la esclavitud, en su momento impensable, es decir, utópico.

Nota característica de su aserción, es el vínculo político de dominación implícito en la citada objeción, dado que la cárcel, las instituciones y la propiedad privada son concebidas como necesarias para vivir en sociedad, entonces, negarlas o abolirlas sería tanto como negar la realidad, lo que para este autor significa una posición completamente conservadora<sup>253</sup> y quizás sesgada de lo que significa vivir en sociedad.

De dónde surge la cuestión, ¿será que toda aspiración que tienda hacia el desarrollo social o la consecución de una sociedad perfecta –por sí misma utópica– es un despropósito? Si contestamos de modo afirmativo, podríamos concluir sencillamente que el diseño de políticas públicas tendientes al mejoramiento de la sociedad también es un despropósito, reduciendo la lucha nacional e internacional por superar necesidades sociales y disminución de la desigualdad a un simple sueño.

Adicionalmente, si vivir sin Estado, instituciones y cárceles es algo irreal, cómo explicar la historia de la humanidad, pues recordemos que el Estado, como conglomerado social jurídica y políticamente organizado dentro de un territorio definido, es una creación humana reciente. Lo mismo puede decirse de la cárcel, como lo demuestran distintas investigaciones que van desde FOUCAULT hasta el compatriota estudiado, ya que “*existieron, en efecto, sociedades sin cárceles, y no hace mucho tiempo. La prisión en tanto que castigo, es una invención de comienzos del siglo XIX*”<sup>254</sup>.

Por eso, puede entenderse como una justificación más de la dominación a través del incompleto argumento de la experiencia, que en estricta lógica, si es incompleto es falaz.

<sup>251</sup> *Ibidem*. pág. 52-55.

<sup>252</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. *Un mundo sin cárceles es posible*. Ediciones Coyoacán, México, 2008.

<sup>253</sup> *Ibidem*. pág. 128.

<sup>254</sup> FOUCAULT, Michel. *Espacios diferentes*. En: *Obras esenciales*. III Estética, ética y hermenéutica. Barcelona, Paidós, 1999, pág. 166.

Acudiendo a la misma inteligencia, es factible afirmar que el castigo no es necesario porque la prevención o evitación de conductas sociales que alteran el orden constituido es algo utópico o no realizable, como lo es en palabras de muchos la resocialización, pues el ser humano siempre las ha cometido y las seguirá cometiendo. Súmese a lo expuesto, que los grandes fenómenos políticos que posibilitaron el desarrollo social actual tuvieron su génesis en actos que iban en contra del orden constituido en determinado contexto, y los ejemplos abundan, pensemos solamente en la independencia Norteamericana, la Revolución Francesa de 1789 o nuestro acto de independencia el 20 de julio de 1810.

Por tanto, acudiendo nuevamente a FOUCAULT, dice que cuando las utopías son realizables, dejan de serlo para convertirse en heterotopías<sup>255</sup>, en tal entendido, “(u)n mundo sin cárceles no es una utopía, es una heterotopía, lo cual significa que un mundo sin cárceles es posible en un espacio diferente, un otro lugar realizable”, esto es, que la sociedad puede funcionar sin cárceles, como lo demuestran la historia (heterocronías<sup>256</sup>) y culturas (espacios localizables) diferentes a la nuestra –heredada de occidente–.

### **b) Transformación estructural de las sociedades**

La segunda objeción abordada, se basa en la transformación estructural de nuestras sociedades, como etapa previa a la instauración del abolicionismo. Ésta es la respuesta a la oposición de MARTÍNEZ, quien indica que la realidad latinoamericana no está preparada para este cambio de fondo o supresión del derecho penal para que la jurisdicción civil se encargue de resolver las *situaciones problemáticas*, apoyada por el ilustre BUSTOS RAMÍREZ<sup>257</sup>, proponiendo, por el contrario, enfrentar las formas de dominación propias del capitalismo que reproducen las desigualdades sociales y las agravan, y a su vez, son el insumo de conductas que contravienen el orden establecido.

En pocas palabras, significa que no se puede pensar en abolicionismo hasta tanto no se supere y suprima el capitalismo y cambiemos nuestra sociedad por una sociedad mejor como con contundencia indica BARATTA<sup>258</sup>.

Empero y no obstante la importancia del sustrato de dicho razonamiento, se enfilan las respuestas críticas a partir de sociedades que abolieron el sistema capitalista, implantaron el socialista, pero no la dominación, la desigualdad y la brutalidad ejercida por el derecho penal, permitiéndole afirmar, que la objeción no es de avanzada sino conservadora, debido a que aplaza las transformaciones sociales<sup>259</sup>. Por eso, la aspiración de transformación social no debe esperar o aplazarse hasta que se suprima el modelo socioeconómico capitalista o estemos en una sociedad mejor, sino que debe

---

<sup>255</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op. Cit. pág. 133.

<sup>256</sup> No de espacio o lugar, como lo es la heterotopía, sino de tiempo.

<sup>257</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Prólogo. En: MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. Op cit. pág. VIII.

<sup>258</sup> BARATTA, Alessandro. Op. Cit., pág. 221.

<sup>259</sup> GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Op. Cit., pág. 136-137.

surgir a partir de luchas individuales a favor del anhelado cambio, algo así como: actuemos porque la transformación no llega sola.

Por lo expuesto, es necesario abolir el castigo porque es la forma como el Estado capitalista materializa los intereses de las clases dominantes y perpetúa la dominación.

### **c) Abolicionismo y garantismo**

Esta tercera objeción surge de la fuerte oposición hecha por el sistema garantista, cuando afirma que el abolicionismo confunde la justificación de la pena en general, con la justificación específica de la pena de prisión, siendo dicha crítica desatinada para el autor, por cuanto para el modelo garantista es irrelevante tal diferenciación, en razón a que el nivel carcelario es el nivel más profundo y el centro cuantitativo y cualitativo de la cuestión criminal, por lo que no puede desatenderse, soslayarse ni olvidarse como lo hace el garantismo penal, es por eso que para los abolicionistas “(l)a pena es en esencia la pena de prisión”<sup>260</sup> y si ésta es abolida, el sistema penal automáticamente desaparecerá porque su fundamento también habrá desaparecido; lo mismo sucederá con los mecanismos por medio de los cuales se ejerce la dominación, en virtud de que el principio sobre el que se cimentan, dejará de existir.

Tal entendimiento del garantismo hace que los abolicionistas consideren el sistema garantista como un saber dominante que legitima y fortalece la prisión, en tanto parte del consenso social (contrato) para superar las atrocidades de la época arcaica (pre-moderna), lo que trae como consecuencia, la institucionalización del castigo, supuestamente humanizado y racional (aspecto utópico para el abolicionismo, porque para ellos la cárcel reemplazó el suplicio del castigo físico y ésta por sí misma es inhumana), negando de tajo, e incluso ridiculizando, la posibilidad de que los afectados por las *situaciones problemáticas* resuelvan directamente sus controversias, al considerarla una práctica arcaica (¿cómo responder el adagio, según el cual, el grado de civilización y desarrollo cultural se mide por la drasticidad de las sanciones de tipo penal, afirmado por FERRAJOLI?), haciéndose necesario la intromisión de un tercero que ostenta el poder de dominación y roba el problema. Así mismo, es saber dominante, porque el garantismo eleva a algo connatural el sistema penal.

Sin embargo y siendo consecuentes con los razonamientos por medio de los cuales responde a la segunda objeción, el abolicionismo considera que lo anterior no es óbice para emprender su lucha a partir de la búsqueda de la minimización del derecho penal, como instrumento para llegar a su objetivo final (respuesta al interrogante del párrafo antecedente).

---

<sup>260</sup> *Ibidem*, pág. 139.

#### d) Impunidad de los delitos de lesa humanidad

La cuarta objeción es propuesta a partir de la impunidad que se puede gestar para los delitos de lesa humanidad. Inicia la refutación de esta negación, aseverando que los saberes dominantes manipulan el sentimiento colectivo a través de la figura del delito graves y menos graves. Prueba de ello es la reproducción en los medios de comunicación de delitos sensacionalistas que afectan subjetivamente el conglomerado social y los hace sentirse desprotegidos, logrando una reacción no sólo de rechazo, sino de castigo ejemplar y drástico ante la persona del delincuente, que por el único hecho de serlo, es peligroso.

Esta satanización del infractor es evidente en delitos de alto impacto social –como arbitrariamente han sido calificados por los detentadores del poder–, sobre todo cuando la víctima es un menor de edad. La utilidad de la maniobra distractora estriba en desviar la atención de delitos de mayor trascendencia –en términos de daño al tejido social–, como los de lesa humanidad, cometidos por las clases dominantes, por ciertos regímenes o grupos que actúan en connivencia con el aparato de poder, concentrando los reclamos de justicia en el delincuente serial, que taimadamente es visto más peligroso que el genocida, el perpetrador de masacres y desplazamientos forzados, y el financiador y promotor de estos actos. La consecuencia es clara, sensación de desprotección si no hay cárcel, y paradójica, si se tiene en cuenta el contexto latinoamericano donde las agresiones hechas por regímenes dictatoriales, por militares y paramilitares, son elevadas frente a la eventualidad del delincuente serial<sup>261</sup>.

La manipulación es aún peor cuando se trata de activistas de derechos humanos que consideran que la mejor y única forma de proteger los derechos fundamentales de la sociedad, es el fortalecimiento del sistema penal y la punición de delitos de lesa humanidad.

Frente a este aspecto, propone el abolicionismo, concientizar a los movimientos sociales que el derecho penal no reivindica los derechos de los marginados ni de las víctimas, solamente concentra esfuerzos en el castigo y aplaza los cambios sociales y políticos necesarios para evitar este tipo de situaciones, sin contar que anula los reclamos de los activistas, pues desvía la atención de una verdadera confrontación estructural del conflicto y la problemática de los delitos de lesa humanidad que ofrezca soluciones de fondo y no simplistas<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> *Ibidem*, pág. 141-143.

<sup>262</sup> *Ibidem*, pág. 143.



## 2. Función de la pena de prisión en Colombia

Al abordar el estudio de la función de la pena de prisión en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario acudir a su regulación interna para determinar dentro de las teorías que le asignan diferentes funciones, cuál o cuáles fueron institucionalizadas por el legislador. No obstante lo preciso que puede resultar tal cometido, éste quedaría estéril si no lo analizamos a la luz del contenido ético-político de la Constitución Política de 1991 y las normas de carácter internacional sobre derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, como la CADH y el PIDCP, así como de la jurisprudencia de los Tribunales de cierre en el orden interno y en el marco de los señalados tratados internacionales, como a continuación haremos.

### 2.1 Normatividad

La normatividad objeto de análisis, como es obvio, será la Carta Política y desde luego el Código Penal de 2000 que contiene las funciones que debe cumplir la pena de prisión en nuestro orden interno, aspecto que nos lleva a afirmar, desde ahora, que el legislador no tomó partido por una sola de las teorías sobre la función de la pena ni las consideró de manera aislada, pues en conjunto destacó lo relevante de las teorías retributiva y preventivas, elaborando una amalgama de funciones y los momentos en que cada una cumple su fin.

#### 2.1.1 Constitución Política de Colombia y legislación interna

Ontológicamente, Colombia **es** un Estado social –y democrático– de derecho, fundado en el respeto de los principios de dignidad humana, trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general, como a voces lo reconoce el artículo 1 de la Constitución Política, los cuales tienen que **ser** observados y protegidos<sup>263</sup> para alcanzar los valores constitucionales previstos en el Preámbulo y en los fines del Estado<sup>264</sup>. Es decir, además de ser una forma de organización política adoptada por el constituyente, el Estado social de derecho **es** un principio esencial de nuestro andamiaje jurídico.

---

<sup>263</sup> De acuerdo con Robert Alexy los principios son *mandatos de optimización* que tienen que ser realizados en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y reales existentes en la sociedad. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1983, pág. 86.

<sup>264</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-406 de 1992.

Así mismo, valores constitucionales como la convivencia, la justicia, la paz, la igualdad, la libertad y la efectividad de los principios, derechos y deberes de todos los asociados, incluyendo los que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (niños, ancianos, madres cabeza de familia, indigentes, personas privadas de la libertad, etcétera –artículo 13–<sup>265</sup>), aspiran realizarse a través de la función legislativa, por cuanto estos mandatos generales<sup>266</sup> y obligatorios miran hacia el futuro y van dirigidos al legislador<sup>267</sup>, quienes los deben tener en cuenta en la producción de las reglas que regirán los diferentes aspectos de la vida en sociedad, lo que tratándose del derecho penal, constituyen verdaderas barreras o límites infranqueables al ejercicio del *ius puniendi*, tanto en la predeterminación de las conductas sociales destinatarias de esta rama del derecho, como en las sanciones a imponer y las funciones asignadas. Esto presupone la incompatibilidad de las teorías de la autonomía absoluta del legislativo con el modelo de Estado constitucional<sup>268</sup>. Por consiguiente, la normatividad vigente y la futura deben observar los mandatos superiores y los principios que inspiran y sistematizan el ordenamiento jurídico, caso contrario, esto es, cuando busca fines particulares o egoístas, debe ser retirada del orden interno.

Ahora bien, de los principios que sirven de cimiento al Estado social de derecho y por la importancia de este trabajo, sobre todo en el ámbito de la pena de prisión y las funciones que se quieren consumir, se destacan el de prevalencia del interés general y el de dignidad humana.

### **2.1.1.1 Principio de prevalencia del interés general y principio de dignidad humana**

El primero, entendido no como la añeja y arbitraria sentencia de que el derecho de las mayorías prima sobre el de las minorías (el interés general prevalece sobre el particular) sino como mandato imperativo que ordena respetar las diferencias y garantizar los derechos fundamentales de todos los habitantes sin distinción ni diferencia alguna, pues

---

<sup>265</sup> Constitución Política de Colombia.

<sup>266</sup> En teoría constitucional es palmario aceptar que cuando una norma gana generalidad pierde concreción y viceversa. Es decir, en estricto sentido y frente al primer supuesto no se utiliza para resolver casos concretos. No obstante, cuando gana en generalidad sirve de fundamento, cláusula hermenéutica y regla sistematizadora o integradora del ordenamiento jurídico. Las citadas tres funciones básicas son propias de los principios constitucionales. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-858 de 2005 y CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, radicado 11001032600020030001401 (24.715).

<sup>267</sup> “(E)l principio de Estado social de derecho es un mandato dirigido al legislador que lo obliga a tender la justicia y la dignidad en la toma de decisiones”. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1064 de 2001.

<sup>268</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-070 de 1996 y sentencia C-939 de 2002.

precisamente éstos son límites a los intereses de las mayorías<sup>269</sup>, potenciando su protección por **ser** mandato positivo, prevalente y general.

El segundo, considerado base axiológica del ordenamiento jurídico y principio de principios del cual derivan todos los demás<sup>270</sup>, incluso la vida, como es aceptado casi por unanimidad por los teóricos del derecho constitucional y lo reflejan pacíficamente las decisiones de la Corte Constitucional<sup>271</sup>, por cuanto el derecho fundamental a la vida sería un concepto vacío sino se ejerce y garantiza en condiciones de dignidad –su negación, sería tanto como negar los demás derechos fundamentales, lo que conspira a favor de su carácter absoluto<sup>272</sup>–, se erige importante en la medida que impide la instrumentalización del ser humano, incluso por el propio Estado, quien tiene el mandato incondicional de proteger y garantizar la efectividad de los principios y derechos previstos en la Carta, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo<sup>273</sup>, y esto resulta de vital importancia si se piensa que con el establecimiento de sanciones inhumanas, crueles o irredimibles o a través de las funciones asignadas a la pena, se puede cosificar al hombre.

Conforme estos principios el Estado no puede establecer cualquier sanción, menos penas inhumanas, irracionales y primitivas, por más apoyo que tenga de las mayorías, pues “*la calidad y la cantidad de las penas no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática*”<sup>274</sup>. Es más, en ejercicio de su función de predeterminación legal debe siempre consultar el principio de dignidad humana para evitar convertir al ser humano en objeto de explícitos intereses y ponderar la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de las penas de cara a la gravedad del delito, los bienes jurídicos involucrados y la primacía de los derechos inalienables<sup>275</sup>, con el fin de asegurar un orden social justo.

### 2.1.1.2 Prohibición de prisión perpetua

Es incuestionable la jerarquía de los señalados principios para el diseño legal de la normatividad penal (delitos y sanciones –funciones–), como lo es que para el desarrollo constitucional los valores y principios tienen que integrarse con todo el contenido de la Carta, más aún cuando ésta considera aspectos específicos del orden interno que inobjetablemente se deben acatar, tal como sucede con la expresa prohibición de la pena

---

<sup>269</sup> Ver, QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano. Doctrina y ley, Cuarta Edición, Bogotá, 2010, pág. 62-63.

<sup>270</sup> Recordemos que la dignidad humana ostenta una triple categoría, porque es valor, principio y derecho fundamental.

<sup>271</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-414 de 1992.

<sup>272</sup> Su sustento es el segundo imperativo categórico de Kant, como hemos afirmado a lo largo de este trabajo.

<sup>273</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 2.

<sup>274</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-070 de 1996.

<sup>275</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 5.

de prisión perpetua o sanción irredimible, prevista en el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia<sup>276</sup>, misma que debe examinarse en conjunto y armónicamente con la también pública prohibición constitucional de penas crueles, inhumanas y degradantes, prevista en el artículo 12 *ibídem*<sup>277</sup>.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico además de contener la contundente proscripción de la denominada *cadena perpetua* en la norma de normas<sup>278</sup>, robusteció esta cláusula constitucional con la proscripción institucionalizada en el artículo 12, pues a todas luces la sanción irredimible es considerada humillante, inhumana, irracional, anti-garantista, cruel y degradante para el ser humano y para la misma sociedad, en fin, un rezago de épocas pre-modernas que confundían derecho con moral y delito con pecado (teorías oscurantistas, sustancialistas, etcétera), que desdican y niegan el fundamental aporte de la ilustración, tras ingentes esfuerzos humanos y altos costos de vida y sangre.

Por eso cualquier intento reformador de esta muerte civil o moderna forma de Barbarie, como la denomina FERRAJOLI<sup>279</sup>, debe pasar no solo por el tamiz del artículo 34 constitucional, sino por el del artículo 12 que prohíbe penas crueles, inhumanas y degradantes. Y si lo anterior fuera poco, debe respetar o estar acorde con el catálogo de principios constitucionales, como el de dignidad humana, prevalencia del interés general, libertad, igualdad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, así como con la cláusula de Estado social de derecho y los valores de convivencia, paz, justicia.

Es decir, que en rigor constitucional no basta simplemente con reformar el artículo 34 constitucional para implementar esta arbitraria sanción, sino que sería indispensable modificar al artículo 12<sup>280</sup> (en términos prácticos, sería tanto como que la sociedad soslayara la inhumanidad, crueldad profunda y conculcación de la dignidad humana y demás derechos subjetivos de la persona condenada, es decir, una grosera instrumentalización del hombre por parte de algunos representantes del Estado que no persiguen fines altruistas sino proselitistas), el principio de Estado social de derecho y todos los valores y principios que lo informan, que en teoría constitucional se conoce como *sustitución* o *cambio* de la Constitución, prohibida en nuestro ordenamiento, pues una cosa es la *sustitución* o *cambio* y otra completamente distinta la reforma.

---

<sup>276</sup> Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

<sup>277</sup> Artículo 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

<sup>278</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales.

<sup>279</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 412.

<sup>280</sup> “*Se opone a este canon constitucional el desbordamiento del límite máximo de la pena privativa de la libertad, que se constituya, en la práctica de una cadena perpetua*”, también “(l)a duración indefinida de cualquier pena -principal o accesoria-”. PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Constitución Política de Colombia esquemática. Lecce, Edición Conmemorativa 1991-2011, Bogotá, 2011, pág. 19.

Sin lugar a equívocos, “(t)oda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario”<sup>281</sup>, este concepto en términos constitucionales y reales significa que la Carta Política “(...) debe conservar su identidad en conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva constitución”<sup>282</sup>. Y en términos prácticos, haciendo eco de lo explicado en el párrafo anterior, sería tanto como cambiar el modelo de Estado social –y democrático– de derecho.

### 2.1.1.3 Funciones de la pena de prisión

En el devenir histórico la pena como reacción social frente a la criminalidad ha tenido diversas concepciones que han hecho curso a través de diferentes teorías sobre la función que debe asignársele, cuyas relaciones no han sido pacíficas ni exentas de críticas, por cuanto la finalidad perseguida para algunas de éstas no representa utilidad alguna o porque no cuentan con parámetros ciertos que permitan cuantificar su medida ni tampoco cuándo efectivamente cumplen su cometido. Estas diferencias y puntos de vista diversos se condensan en las teorías más representativas y que son protagonistas en la actualidad, a saber: la retributiva, la preventiva especial y la preventiva general, la primera, conocida como absoluta, es entendida como un simple castigo por el delito cometido y tiene proyección hacia el pasado; y las segundas, también denominadas relativas porque se desarrollan a partir de la imperfección de la realidad que pretende cambiar o combatir<sup>283</sup>, tienen proyección hacia el futuro dado que buscan evitar la comisión de delitos.

Diversos Estados y contextos han aceptado alguna de las anteriores concepciones, empero, otros han asumido una posición ecléctica o intermedia frente a las funciones que debe cumplir la pena de prisión, por eso, de manera somera trataremos de destacar las principales características y críticas de cada una ellas para ambientar y entender nuestro contexto y modelo.

#### a) Teoría retributiva

Destacada como teoría de la expiación o de la justicia (aspecto relativo porque depende de la idea que se tenga de ésta), es más conocida como *ley del talión*, pues precisa infligir al delincuente el mismo o equivalente mal al que él causó, como forma de compensación por el sufrimiento ocasionado con el hecho cometido, es decir, retribuir la

---

<sup>281</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-551 de 2003.

<sup>282</sup> *Ibidem*.

<sup>283</sup> HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. pág. 166.

ofensa de manera proporcional con el fin de que el autor expíe su culpabilidad, se restablezca el orden y se haga justicia.

En un principio fue entendida como venganza privada y “justa” de la víctima o su familia dirigida al ofensor y/o su familia. Posteriormente se abandonó esta idea, entregando la facultad vindicativa a un tercero imparcial detentador del poder público, denominado Estado, representante de la sociedad y la víctima e interesado en cobrar justicia para el restablecimiento de la paz.

Su desarrollo y existencia hasta nuestros días no se debe, según ROXIN, a su dignidad sino a su fundamentación filosófica a partir del idealismo alemán de KANT y HEGEL<sup>284</sup>, siendo el segundo quien interpretó el delito como negación del derecho y la pena como negación de esa negación o anulación del delito para el restablecimiento del derecho<sup>285</sup>, mientras que el primero consideró que si perecía la justicia no tenía sentido que los hombres vivieran sobre la tierra, al punto que si la sociedad se disolvía, sería indispensable eliminar hasta el último asesino, para que cada uno sufriera su merecido y la sangre no repercutiera sobre el pueblo que no exigió el justo castigo<sup>286</sup>.

Idealismo retomado por instituciones que representan determinadas concepciones morales o religiosas que lo cosecharon y multiplicaron hasta convertirlo en dogma de fe, donde el delito es pecado y el castigo justo porque es mandato de Dios. Empero, con el mismo razonamiento utilizado por KANT, como crítica podría afirmarse que, la sociedad actual no debería existir porque está manchada por la sangre que injustamente derramó Abel a manos de Caín, de quien todos somos herederos, no sólo los delincuentes sino también los representantes de las más ilustres y respetadas concepciones de vida.

Sin apartarse de la justificación de la pena retributiva por parte de algunas corrientes ideológicas, debe decirse que *“(l)a idea de que se pueda compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo”*<sup>287</sup>; tampoco es aceptable desde la óptica de la expiación, pues para ello es necesaria la voluntad de la persona (arrepentimiento), y esto forma parte del fuero interno de cada ser humano y no puede ser impuesto por nada ni por nadie.

No obstante la fuerte crítica y contrario a lo que se puede pensar frente al establecimiento del castigo justo, este podría “calcularse” a partir de la gravedad del daño ocasionado, sin embargo, resulta problemático cuando se acude a la culpabilidad o grado de intención del agente, dado que un hecho ocasionado bajo culpa leve no puede recibir

---

<sup>284</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general. Civitas, tomo I, Primera Edición española, Madrid, 2010, pág. 82.

<sup>285</sup> *Ibidem*, pág. 83.

<sup>286</sup> *Ibidem*, pág. 82-83.

<sup>287</sup> *Ibidem*, pág. 84.

un castigo drástico o proporcional al mal causado si se entiende que éste y la culpa fueron graves.

Acúdase a la concepción actual del derecho penal, como rama encargada de proteger los bienes jurídicos de los asociados, para exponer otra objeción a la teoría. En efecto, el derecho se vería menoscabado y perdería su fundamento al ser el propio garante de la protección de éstos quien bajo una idea retributiva tuviera que sacrificarlos. Por eso, una mera concepción de esta teoría es incompatible con el Estado Constitucional y los principios que lo informan, por cuanto éstos se erigen como límites materiales y formales del mismo.

Otras críticas se solventan contundentemente en la nula utilidad social que la llana idea de retribución representaría, siendo más un retroceso en materia de derechos que un logro específico, sin contar con las consecuencias indeseables a nivel social y político al ser imposible la reparación del daño ocasionado, como lo reconoce el precitado maestro Alemán<sup>288</sup>.

Pese a las críticas, la retribución es una idea y pretensión interiorizada, arraigada y fuertemente deseada por la sociedad, ávida de venganza. Entendimiento difícilmente superable sino se cambia la forma de pensar, ver el mundo y sus conflictos, y se comprende que devolver mal con mal o asestar un golpe con ese objetivo, no va a retrotraer lo acaecido a su estado anterior; también, que argumentos de este tipo son generadores de más violencia y no permiten que las heridas sanen, por el contrario, abren otras y más profundas, forjan nuevos odios y no ofrecen respuestas eficaces al fenómeno criminal, contrariando la máxima dictada por SÉNECA en el siglo I antes de nuestra era, según la cual, la pena no debe imponerse por el pecado cometido sino para evitar que se cometan.

#### **b) Teoría de la prevención especial**

Contrariando la finalidad de la teoría retributiva, la preventiva especial busca la evitación individual de conductas punibles, por lo que de entrada puede afirmarse honra la máxima de SÉNECA, contradicha por la retributiva<sup>289</sup>. Ahora bien, el desarrollo de esta teoría se debe a la ilustración, como forma de superación de finalidades absolutas ancladas en el pasado y que exaltaban la venganza, considerando que las personas que trasgreden el orden constituido pueden ser tratadas a fin de ser nuevamente aptas para vivir en sociedad<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> *Ibidem*.

<sup>289</sup> *Ibidem*, pág. 85.

<sup>290</sup> En este sentido ver: BECCARIA, Cesare. Op. Cit.; FERRAJOLI, Luigi. Op Cit., pág. 227; ROXIN, Claus. Derecho penal. Op. Cit., pág. 84; y CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-144 de 1997 y C-806 de 2002.

Esta pretensión se logra a través de dos formas, razón por la cual esta teoría tiene igual número de concepciones: una positiva que pretende la resocialización del infractor (corrección) con el fin de reintegrarlo a la sociedad y otra negativa que busca la neutralización o exclusión del delincuente (inocuidación).

En ese sentido, existen críticas importantes al concepto mismo de resocialización, propia de la teoría preventiva especial en su variante positiva, como la que sostiene que al derecho penal en realidad no le interesa que el delincuente se cure, es decir, no reincida en conductas punibles, tampoco las causas que llevaron a una persona a infringir la normatividad penal, lo que da fuerza al planteamiento de la criminología crítica frente a que la pena de prisión y el derecho penal son herramientas instrumentalizadas para mantener la dominación social por parte de los detentadores del poder. Se puede tomar, igualmente, como política taimada por parte de los legisladores que sólo buscan solucionar el problema actual de la criminalidad de manera eficientista y populista –lo más fácil–, y no atenderlo de raíz para solucionar las verdaderas causas que lo generan y que muchas veces tiene que ver con la situación de marginalidad en que viven los asociados (disimular carencias sociales<sup>291</sup>).

Súmese a lo expuesto, el grave problema social respecto de las condiciones en que viven los actualmente privados de la libertad, muchos inocentes, porque no han sido condenados por un juez, luego, el principio de presunción de inocencia aún los cobija, que contradice con creces el anhelado fin resocializador y desmiente el interés de los gobernantes. Peor aun cuando los privados de la libertad inocentes son absueltos por la Judicatura, pues se activa automáticamente el derecho de repetir contra el Estado inoperante e irresponsable que los encerró injustamente por un prolongado tiempo sin investigaciones serías, con cargo al patrimonio público, del que somos todos titulares, y que se pudo invertir en la superación de necesidades sociales apremiantes que bien pudieron ser en la realidad el detonante de la criminalidad.

Otra razón que deja en evidencia la inoperancia y desinterés de los legisladores, y en concreto del derecho penal, por la resocialización y las causas criminógenas, es el hecho de dictar sobre la marcha normas que relajan los requisitos para acceder a los mecanismo sustitutos de la prisión, en aras de descongestionar las cárceles, con el fin de hacerle frente al desbordado caos –hacinamiento y sus consecuencias de insalubridad, ausencia de intimidad, deficiencias alimentarias y de sanidad, ausencia de programas dirigidos a la efectiva resocialización, etcétera– irresponsablemente forjado por los mismos legisladores oportunistas y los representantes de las instituciones encargados de diseñar la política criminal del Estado y que años atrás promovieron penalizar cualquier conducta reprochable y endurecer las penas de las ya existentes.

---

<sup>291</sup> MORRILLAS CUEVA, Lorenzo. La función de la pena de prisión en el Estado social y democrático de derecho. Revista internacional de doctrina y jurisprudencia. Universidad de Almería, Almería, 2013, pág. 4. En: [http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos\\_discurso-investigadora.pdf](http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investigadora.pdf) (consultado 5 de septiembre de 2014).

Es sugestivo, por decir lo menos, que los partidarios de la resocialización insistan en la reducción de las penas privativas de la libertad como forma de reeducación del infractor, de una parte, porque no se puede educar para la libertad a partir de la privación de la misma, y de otra, porque es patente que largos periodos de reclusión institucionalizan<sup>292</sup> al destinatario del proceso resocializador y en vez de ser preparado para su vida por fuera del penal, adopta costumbres, modelos de vida y de conducta propios de la penitenciaría –desocialización–, a todas luces contraria a una vida en libertad y sin cometer delitos. En el mismo sentido, la realidad penitenciaria muestra que su principal preocupación es el aseguramiento y la disciplina, siendo poco importante, por no decir nulo, el tratamiento y la resocialización, lo que conspira a favor de la prevención especial negativa, como forma de neutralización, inocuización o eliminación del infractor.

Esta función, puede interpretarse como la deshumanización y el alejamiento de la razón del derecho penal, tan pregonado en los catálogos y tratados internacionales sobre derechos humanos que nutren el Estado social de derecho, así como la negativa de la dignidad humana, principio, valor y derecho fundamental, incluso del delincuente, a la que con frecuencia y estratégicamente se acude (paradójicamente se fundamentan las penas deshumanizantes como la capital y la perpetua, así como el aumento de las ya establecidas y la negativa de cualquier beneficio a los reincidentes y perpetradores de cierta clase de delitos graves, a partir de la defensa de los DDHH). También puede interpretarse como un reconocimiento tácito del fracaso institucional, de las políticas públicas y las coercitivas medidas adoptadas –fuertemente promocionadas en su momento, por los réditos electorales que producen– por el aparato de poder con el fin de hacerle frente al fenómeno criminal y defender la sociedad, no quedando alternativa distinta que la eliminación del incorregible –juego de palabras que esconde nuevamente su inoperancia y pretensión de dominio para el mantenimiento del modelo socioeconómico capitalista–, sin que haya existido la más mínima intención de enfrentar las situaciones problemáticas desde su raíz (sociedades incluyentes que propicien la participación en la prosperidad general, la seguridad frente a los riesgos, la igualdad de oportunidades y la compensación y distribución de cargas<sup>293</sup>).

A propósito de la prevención especial como función de la pena de prisión, resulta dicente el pronunciamiento de HASSEMER y MUÑOZ CONDE respecto del inhumano castigo que es la cadena perpetua, en efecto,

*“(l)a demagogia punitiva, a veces azuzada por medios de comunicación irresponsables o con una clara orientación conservadora y reaccionaria, pretende por esta y otras vías similares dar la sensación de que el endurecimiento del sistema punitivo es la única solución a los problemas de*

---

<sup>292</sup> El penitenciarista norteamericano Clemmer denomina a este fenómeno *prisonización* y el sociólogo Goffman, compatriota del anterior, *enculturación*. Cfr. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. pág. 174.

<sup>293</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Op. Cit., pág. 56-57.

*diversa índole que aquejan a cualquier país, sobre todo si este se encuentra en una difícil coyuntura económica y social*<sup>294</sup>.

Es evidente que la pena de prisión perpetua constituye una muerte en vida del ciudadano condenado y puede incluso producir mayor aflicción que la pena de muerte; además, ofrece dificultades frente a la adaptación al caso concreto, dado que la mayoría de las veces sólo se pretende su aplicación a unos pocos delitos graves, de los muchos tipificados en los ordenamientos jurídicos, rechazando de tajo la posibilidad de adaptar la pena a las circunstancias de cada condenado. Siendo su principal inconveniente, como ya se advirtió, precisamente la función asignada a la pena, a saber: la resocialización, porque niega automáticamente cualquier intervención del Estado en el tratamiento, convirtiéndose solamente en asilamiento social, y lo que es más grave, dando por sentado que las personas (condenadas por cualquier delito) no pueden manifestar arrepentimiento, modificar su conducta y su sistema de valores a través de la relaciones sociales, porque tienen la esperanza de que algún día las cosas pueden cambiar<sup>295</sup>. En pocas palabras, se niegan sus derechos, dándole tratamiento de cosa (dato estadístico), que en términos sencillos es el vaciamiento de la carta de derechos y principios fundamentales previstos y reconocidos por los Estados que se precian de ser democráticos, que tienden a ampliarse en el contexto internacional conforme con el principio de progresividad, al punto que países que la tienen prevista, estudian y hacen ingentes<sup>296</sup> esfuerzos por desmontarla, como sucede en Alemania y Argentina<sup>297</sup>. De hecho en Francia está contemplada, sin embargo, expresamente se dice que no puede durar más de 30 años, lo que convierte la pena en temporal<sup>298</sup>.

Lo anterior significa, que en los países donde se contempla la prisión perpetua, ésta realmente no es perpetua, y el ordenamiento jurídico permite y contribuye para que el condenado se “reinserte” y logre su liberación, luego, su nombre es simplemente simbólico, porque en la práctica no se da; como sí sucede en nuestro ordenamiento jurídico –y no de forma simbólica– con penas que pueden alcanzar 50 años<sup>299</sup>, incluso, 60 años por un concurso de conductas punibles<sup>300</sup>, que ya son penas indefinidas o perpetuas, así el condenado acabe de cumplir la mayoría de edad (60 años (pena) + 18 años (edad) = 78 años). Téngase en cuenta, además, que nuestro contexto prohíbe la

---

<sup>294</sup> HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. pág. 188.

<sup>295</sup> *Ibidem*.

<sup>296</sup> Ingentes porque en 1977 el Tribunal Constitucional consideró que la prisión perpetua era constitucional, a pesar de los esfuerzos de organizaciones sociales por abolirla. Cabe destacar que en Alemania nadie lleva más de 30 años en sus prisiones, ni siquiera los perpetradores de grandes atentados terroristas en contra de la humanidad en los años setentas, como los miembros del ejército rojo de la República Federal Alemana. Lo mismo sucede en Italia con las brigadas rojas. *Ibidem*. Pág. 188-189.

<sup>297</sup> Para un estudio detallada al respecto consultar JULIANO, Mario Alberto y AVILA, Fernando. *Contra la prisión perpetua*. Op. Cit.

<sup>298</sup> HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. pág. 188-189.

<sup>299</sup> Código Penal. Artículo 37.

<sup>300</sup> Código Penal. Artículo 31.

aplicación de beneficios respecto de ciertas conductas graves, como las que atentan contra determinados bienes jurídicos de los menores de edad<sup>301</sup>, o la libertad individual o seguridad pública –terrorismo–<sup>302</sup>.

Ahora bien, también podemos decir que la pena de prisión perpetua introduce un tratamiento desigual o discriminatorio, dado que causa mayor aflicción a las personas jóvenes que a las que cuentan con más edad y esto no satisface la idea de justicia; como tampoco la satisface, que se incrementen penas y no disminuya la criminalidad, por el contrario, aumente, como aumenta el hacinamiento en las cárceles, lugar de encierro que no brinda el escenario o contexto adecuado para la resocialización y, por ende, no satisface los postulados de la prevención especial<sup>303</sup>.

Se finaliza indicando que, la teoría de la prevención especial no tiene claro qué sanción aplicar a las personas que no necesitan tratamiento penitenciario porque no son peligrosas y simplemente cometieron un delito imprudente; tampoco un método que permita determinar con certeza cuándo una persona no requiere más tratamiento porque se resocializó anticipadamente, o lo requiere, porque a pesar de haber cumplido la pena impuesta no se reeducó.

### **c) Teoría de la prevención general**

Esta teoría parte de la idea de prevención del delito, sin embargo, no enfoca sus esfuerzos en la prevención a partir de la resocialización del delincuente, como sucede con la preventiva especial, sino que los dirige a la sociedad como mensaje amenazante (teoría de la coacción psicológica, de acuerdo con FEUERBACH<sup>304</sup>) remitido a los eventuales criminales y, en general, a la población, con el fin de disminuir los ánimos frente a la comisión de ilícitos para robustecer la confianza de los ciudadanos frente al Estado y el derecho; es por eso que frente a esta teoría también puede hablarse de variables negativa y positiva<sup>305</sup>.

Si bien esta teoría finca sus esfuerzos en la amenaza de un mal futuro si se cede al impulso de cometer el ilícito, su eficacia deriva no tanto de la intimidación en forma de ley sino de la imposición y ejecución de la pena, pues sólo de esta forma sirve de ejemplo a la comunidad para que sosiegue sus deseos<sup>306</sup>.

La virtud político social de la prevención general estriba en que, a diferencia de la teoría retributiva, más que causación de un mal por la comisión de un hecho antijurídico, busca precisamente la evitación del mismo para generar confianza en el orden jurídico, es decir,

---

<sup>301</sup> Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2006). Artículo 199.

<sup>302</sup> Ley 1121 de 2006. Artículo 26.

<sup>303</sup> Reconocido por el mismo Lombroso, como vimos en el primer capítulo.

<sup>304</sup> Cfr. ROXIN, Claus. Op. Cit., pág. 89-90, citas 20, 21, 22 y 23.

<sup>305</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 276.

<sup>306</sup> *Ibidem*, pág. 412.

persigue finalidades utilitaristas; y se distingue de la prevención especial, porque no limita su esfera de acción al autor que materializó lo que precisamente se quiere evitar. Quiere decir, que una de las diferencias sustanciales de las teorías preventivas, es que la prevención especial necesita que se cometa un injusto para que a través del tratamiento el sujeto activo sea educado con miras a evitar en el futuro la perpetración de nuevos atentados en contra de bienes jurídicos; mientras que la prevención general no necesita que se cometan ilícitos, su finalidad precisamente es prevenirlos rotundamente, pero si se realizan, es necesario reprimirlos para que sirva de ejemplo amenazante a la sociedad, de lo contrario se le incitaría a la imitación (efecto contrario).

Después de la descripción de sus rasgos más representativos, surgen interrogantes del siguiente tipo: ¿se abstiene la mayoría de la sociedad de cometer delitos porque existen leyes que amenazan con imponer una pena de prisión a quien los cometa?, es decir, ¿realmente los motivos que tiene una persona para incurrir o no incurrir en una conducta punible están relacionados con las conminaciones penales? Éstos necesariamente deben ser abordados.

Si la respuesta es afirmativa, podría decirse que la pena ejerce coacción psicológica en las personas para que no realicen conductas punibles, tan efectiva que hace posible la vida en sociedad y soluciona el problema de la criminalidad, legitimando la facultad del Estado de imponer sanciones, como lo aseguraba FEUERBACH<sup>307</sup>.

No obstante la sencillez del planteamiento, éste queda en entredicho cuando se interroga: ¿la existencia de normas penales en la teoría garantiza que no se cometan conductas punibles en la realidad? o ¿la criminalidad es inversamente proporcional al aumento las sanciones? Dado que la realidad parece demostrar lo contrario de los planteamientos teóricos.

Puede constituir un reparo adicional, la poca o casi nula contribución de esta teoría al sistema penitenciario, por cuanto solamente le importa el ejemplo que aparentemente trae aparejado la sanción para la prevención de futuros delitos en el seno de una sociedad reglada, lo que en cierto modo es una comprensión de la pena de prisión como mal devuelto legítimamente al infractor, al estilo de las teorías retributivas.

Peligroso además resulta que no refiera o le dé la importancia que se merece a los principios de proporcionalidad y culpabilidad, inherentes al derecho penal, como baremo para la determinación de la pena, lo que abona un terreno extenso para cometer arbitrariedades.

Las críticas continúan, pues la prevención general da por cierto que toda la sociedad conoce las normas penales que regulan ciertos comportamientos y los castigos asignados, no obstante, conforme se ha visto, no siempre ocurre así, en razón a que el conocimiento de las pautas de convivencia no proviene todas las veces ni son las del

---

<sup>307</sup> HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., pág. 205.

derecho, dado que en ocasiones son aprendidas a través de costumbres sociales, repetidas e interiorizadas mediante relaciones y prácticas de sociedades específicas o subculturas, como la familia, la escuela, el trabajo, la comuna, el barrio o la pandilla, incluso, por los medios televisivos que hacen apología de muchos delitos, por ejemplo, la subcultura mafiosa, por lo rentable que resulta desde diferentes perspectivas.

En ese contexto y para explicar mejor lo anterior, algunas conductas el derecho penal las presupone conocidas y les asigna el mismo valor –en términos de entendimiento de la gravedad o lesividad del acto y consecuencia jurídica–, sin embargo, esa situación es desmentida por las teorías de la socialización deficiente, pues las subculturas cumplen un papel preponderante en el entendimiento y grado de aceptación, como sucede con el *hurto*<sup>308</sup>, las lesiones personales, la ofensas, el tráfico de drogas, por citar unas pocas, ya que, por ejemplo, causar lesiones en una pelea entre pandillas es aceptado y exigido en determinadas subculturas, pero intolerable para el derecho, y así sucesivamente. Esto sirve para destacar que las normas no rigen, tampoco condicionan equitativamente ni intimidan (coacción psicológica) a todas las personas por igual, y que la presunción del conocimiento por parte de sus destinatarios, no es tal.

Lo expuesto también se puede predicar de sus efectos motivadores para respetar el orden establecido por miedo a la sanción. Esto es, no siempre la consecuencia jurídica es la razón que disuade a las personas para que se abstengan de cometer conductas criminales, debido a que muchas veces lo que la cultura dominante considera irracional respecto a los móviles de los crímenes –pasión, avaricia, despreocupación, ideología, etcétera–, para el actor son plenamente racionales, por lo que la sanción no lo persuade de evitar el comportamiento. En esta medida, se afirma sin equívocos, no existe un sólo estudio empírico que demuestre que el conocimiento de la norma jurídica y la consecuencia siempre disuade a los asociados de no cometer infracciones, como lo sostiene la prevención general, tanto así, que la mayoría de las veces dichos modelos de conducta no son aprendidos por éstas sino por medio de otros actores determinantes en el control social, como la familia, para destacar uno solo; y que los móviles de acción pueden ser de diverso tipo, verbo y gracia, la posibilidad de no ser descubierto, el enriquecimiento fácil y rápido, las ya planeadas estrategias de truncar cualquier proceso

---

<sup>308</sup> Para entender un poco mejor, pensemos en el popular personaje Robin Hood, quien robaba a los ricos de Nottingham y al príncipe Juan sin Tierra para repartir la riqueza entre los pobres, dado que, si bien cometía *hurto* y *concierto para delinquir*, y dichas conductas eran delitos sancionables con gravísimas penas de acuerdo con las normas jurídicas de Nottingham, para la subcultura y normas sociales del Bosque Sherwood –barrio marginal, según la teoría de la socialización deficiente–, a la que pertenecía Hood y sus carismáticos secuaces, no eran tales; al punto que al final de la historia la subcultura patrocinada por el célebre “bandido” termina triunfando e imponiendo su voluntad, convirtiendo la conducta criminal en un acto heroico y a la subcultura del Bosque marginal en los buenos de la historia. Otro ejemplo lo podemos extraer de Jean Valjean, personaje principal de Los miserables, sublime obra del escritor francés Víctor Hugo, y la subcultura creada con la complicidad del lector.

desde el inicio, coadyuvada por muchos profesionales del derecho, la personalidad del agente y la oportunidad (algunos dicen, la ocasión hace al delincuente).

Hasta acá puede aseverarse que la prevención general no es sólo amenaza con miras a evitar la comisión de conductas punibles, pues también tiende hacia la afirmación, estabilización y aseguramiento del sistema jurídico, es decir, que los asociados se reconozcan y confíen en el ordenamiento, como lo sostiene la variante preventiva general y positiva, pero cuando es aceptada por las demás formas de control social y no impuesta arbitrariamente, porque puede desencadenar conflictos, negando su razón de ser.

En este orden de ideas, la pregunta a esta altura sería: ¿qué formas de control social debe aceptar el orden jurídico establecido, dado que no todas encuadran dentro del concepto de democracia, racionalidad, humanismo y civilidad? Expliquémoslo con ejemplos, como lo hacen HASSEMER y MUÑOZ CONDE<sup>309</sup>: ciertas culturas hacen control social a través de mecanismo que escandalizan, como la lapidación de la mujer adúltera; algunas religiones hacen lo mismo a través de atentados terroristas en contra sociedades con determinados sistemas de valores que no comparten; y finalmente, incluso en sociedades democráticas –lo que podría calificarse como contrasentido–, la venganza privada es el mecanismo por el que se resuelven conflictos y se hace control social.

Ante lo cual, la respuesta, también ofrecida por los destacados doctrinantes, es “*la prevención especial positiva es asumible siempre que el sistema penal confirme y asegure los otros sistemas de control social y coincida sustancialmente con ellos*”<sup>310</sup>, permitiendo motivar positivamente a los asociados y a los que pertenecen a sistemas distintos.

#### 2.1.1.4 ¿Qué teoría impera en nuestro orden interno?

Conforme lo expresa el Código Penal de 2000, “(l)a pena cumplirá las funciones de *prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado*”, significa que nuestro ordenamiento jurídico institucionalizó una teoría de la unión<sup>311</sup> de los aspectos más relevantes de la retribución, la prevención especial y la prevención general, en la que el aporte de cada una de éstas es de igual rango<sup>312</sup>.

Puede decirse por tanto, que el legislador buscó defender los valores elementales y bienes jurídicos trascendentales de nuestra sociedad, rastreables en la Constitución

---

<sup>309</sup> HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. pág. 221.

<sup>310</sup> *Ibidem*. pág. 220.

<sup>311</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de septiembre de 2002, radicado 8.099 (aclaración de voto del Magistrado Fernando Arboleda Ripoll).

<sup>312</sup> Esto demuestra un fuerte influjo de la dogmática alemana en este sentido. Cfr. ROXIN, Claus. Op. Cit., pág. 94.

Política, previniendo su atentado e imponiendo una “justa” sanción por el hecho punible cometido, tomando como referencia cuantificadora su gravedad y grado de culpabilidad del autor, con una finalidad resocializadora para reintegrar al delincuente al seno de la sociedad.

A pesar de su sencilla presentación, como toda teoría adolece de críticas insoslayables, como la propinada por ROXIN al aconsejar la supresión o anulación de toda finalidad retributiva de la pena, pues el castigo del infractor se refleja en el reproche ético-social<sup>313</sup>, centrando su planteamiento en la evitación del delito a partir de la unión entre la prevención especial y la prevención general, dado que las normas penales se justifican por la protección de la libertad individual y el orden social que está a su servicio<sup>314</sup> y no al contrario. Entretanto, ante un eventual conflicto, por ejemplo, frente a la pena aconsejable desde el prisma de las dos teorías, debe privilegiarse siempre la finalidad preventiva especial<sup>315</sup>, sobre todo cuando la pena es más benigna, en la medida que es sumamente importante, además de constitucional, potenciar los derechos fundamentales de los procesados. Esta prevalencia, sin embargo, no es problemática ni desdice de la prevención general, dado que lo relevante del efecto preventivo general es el cumplimiento de la sanción, que no puede ser reducida hasta un límite insignificante porque perdería su poder de disuasión y contribuiría a la imitación negativa de la sociedad. A cambio, la teoría preventivo general prevalece respecto a las conminaciones penales y justifica la pena ante la carencia de fines preventivo especiales<sup>316</sup>, empero, el abandono del objeto retributivo, jamás puede significar la negación del principio de culpabilidad, necesario para la imposición y medida de la sanción.

Esta discusión teórica hay que darla aunque en nuestro contexto carezca de valor la dicotomía de la prevalencia entre prevención especial prevención general, debido a que las penas están plenamente determinadas por la ley y, se supone, son presupuesto de sus fines en las distintas fases –predeterminación, determinación y post-determinación–, siendo el grado de culpabilidad un criterio para individualizar la pena, conforme lo ordena el artículo 61 de la norma penal sustantiva y los principios orientadores de la imposición de la sanción del artículo 3 *ibídem*, a saber: razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. Empero, lo realmente problemático es el cariz retributivo de la sanción que desborda el objeto del derecho penal y conduce a terrenos áridos, odiosos, desocializadores, involutivos<sup>317</sup>, propios de la venganza, que en un ordenamiento constitucional le resta legitimidad a la función preventiva y de reconciliación social, no vindicativa del derecho penal moderno.

---

<sup>313</sup> *Ibídem*, pág. 99.

<sup>314</sup> *Ibídem*, pág. 95.

<sup>315</sup> *Ibídem*, pág. 96-98.

<sup>316</sup> *Ibídem*, pág. 98.

<sup>317</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-319 de 1996 (salvamento de voto de los Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

## 2.1.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Brevemente se expondrán los argumentos bacilares esgrimidos por este instrumento internacional frente a la función que la pena de prisión, vinculantes para los Estados partes, entre ellos Colombia, en tanto obligación internacional de acatamiento, interpretación armónica, sistemática amplia y no restrictiva<sup>318</sup> con las normas internas por formar parte del bloque de constitucionalidad<sup>319</sup>, esto es, integrar la Constitución Política<sup>320</sup> en virtud de los artículos 93 sobre prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, 94 que contiene la cláusula de derechos innominados y 214 que prohíbe la suspensión de los derechos humanos y libertades fundamentales durante los estados de excepción<sup>321</sup>.

En este orden de ideas, desde el preámbulo la Convención reafirma su propósito de consolidar un régimen de libertad personal y justicia social “*fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*”, en tanto persona humana, con el fin de realizar “*el ideal del ser humano libre, exento de temor y miseria*”; permitiendo a **cada persona** gozar de sus derechos civiles, políticos, sociales<sup>322</sup>, económicos y culturales; comprometiéndose a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, sin distinción de ninguna índole<sup>323</sup>, por ejemplo, estar sometido a un proceso penal o una pena de prisión; y obligándose a adoptar las disposiciones inherentes, si el libre ejercicio de estas garantías no estuvieren ya dispuestas en la normatividad interna<sup>324</sup>.

---

<sup>318</sup> Ver cita 295.

<sup>319</sup> Sobre bloque de constitucionalidad ver, UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. En: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf> (consultado mayo de 2014). En este documento el maestro Rodrigo Uprimny hace un brillante y diáfano análisis del más reciente Código de Procedimiento Penal de cara al bloque de constitucionalidad, iniciando por entender qué es y en qué consiste este concepto, expresión de la constitucionalización del derecho procesal penal; continuando con un preciso y detallado estudio sobre su evolución normativa y jurisprudencial y su sistematización doctrinaria.

<sup>320</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-010 de 2001, T-1303 de 2001 y T-1319 de 2002.

<sup>321</sup> La doctrina especializada sobre derechos humanos en la actualidad refiere al *bloque de convencionalidad* como obligación de los Estados parte de adecuar su normatividad interna al contenido axiológico, garantista y protector de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tal postura, sin perjuicio del mandato de preferir siempre la protección más amplia frente a los derechos humanos que, en ocasiones, se puede encontrar en la Carta Política más que en la misma Convención (principio de progresividad y *pro homine*). Sobre el bloque de convencionalidad ver, QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional No. 12, México, 2009, pág. 163-190.

<sup>322</sup> También son derechos fundamentales. Sobre derechos sociales fundamentales ver, ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Legis, Bogotá, 2005.

<sup>323</sup> CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo 1.

<sup>324</sup> CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo 2.

Dentro del amplio catálogo de derechos garantizados, sobresale el previsto en el artículo 5. Éste establece que **todas las personas** tienen derecho al respeto de su integridad física, psíquica y moral (5.1); en consecuencia, no pueden ser sometidas a tortura, tratos, crueles inhumanos o degradantes, esta norma cobija a quienes se encuentran privadas de la libertad (5.2), ante lo cual, claramente establece que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad la readaptación social de los condenados (5.6). Es decir, de acuerdo con la Convención la pena de prisión cumple una función preventivo especial, lo que evidencia una abierta incompatibilidad con funciones retributivas y con la pena de prisión perpetua por la aflicción inhumana, cruel, degradante, irracional y desproporcionada que ocasiona a los condenados, además de nugaría de su recuperación.

Por la misma senda, el artículo 29 contiene una cláusula hermenéutica que ordena una amplia interpretación, no restrictiva, del plexo de garantías y libertades previstas (literal a.), o en las normas internas (literal b.), así mismo, prohíbe excluir cualquier otro derecho inherente al ser humano o que se derive de la forma democrática representativa de gobierno (literal c.), por ejemplo, el Estado social de derecho como forma de organización jurídica y política –caso Colombia– y excluir los efectos limitativos que puedan producir otros instrumentos de carácter internacional (literal d.). Esto significa, que potencia al máximo la esfera de garantía de los derechos y libertades y no los limita al núcleo por ella previsto, exhortando a preferir disposiciones más amplias y garantistas en el contexto interno e internacional, de cara al desarrollo de los principios *pro homine* y de progresividad de los derechos humanos, que repercute positivamente en el principio de dignidad.

### **2.1.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

Este instrumento desde su preámbulo realiza el alcance de la dignidad humana y el protagonismo para alcanzar los valores de libertad, justicia y paz para el mundo, con el fin de que **cada persona** goce de sus derechos, al margen del temor y la miseria, lo que se hace aún más evidente con el artículo 2 cuando establece que no se pueden limitar estas prerrogativas por ninguna condición diferenciadora de los seres humanos (2.1 en armonía con los artículos 3 y 26) y el compromiso de cada Estado de producir la legislación necesaria para asegurar el efectivo reconocimiento y defensa del haz de derechos fundamentales previstos en el Pacto, siempre y cuando no estuvieren ya previstos internamente (2.2).

En relación con la esfera de protección de los derechos humanos, el artículo 5 condiciona que ninguna disposición del Pacto puede entenderse como una autorización para destruir los derechos y libertades previstos o limitarlos en mayor medida de lo dispuesto en su contenido con el pretexto de que el instrumento no los reconoce, o lo hace en menor grado. Esta disposición debe verse en armonía con la prohibición de tortura o penas y tratos, crueles, inhumanos, degradantes, así como con el artículo 10, relativo al trato humano y con el respeto debido a la dignidad del privado de la libertad (10.1) y la

finalidad asignada a la pena de prisión, que es netamente preventiva y especial con miras a reformar y readaptar al penado, lo que, al igual que la Convención, significa una tácita prohibición de la pena indeterminada o perpetua por las razones ampliamente debatidas, incongruentes con esta función.

Finalmente, frente a la interpretación o amplitud del Pacto (artículos 46 y 47), cabe la misma precisión hecha frente a la CADH y la regla hermenéutica prevista en el artículo 29 (*supra* 2.1.2).

## 2.2 Jurisprudencia

Vista la normatividad nacional e internacional sobre la función de la pena de prisión, es procedente analizar desde una mirada crítica la interpretación que los órganos más autorizados en los distintos ámbitos de aplicación han hecho, esto es, la CC y la CSJSCP, en lo nacional, y la CIDH y el CDH, en el internacional.

### 2.2.1 Corte Constitucional

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es prolija y ampliamente garantista frente a la función de la pena y los límites que debe observar el legislador. No podría ser de otro modo, pues si aun existiendo este importante control se cometen abusos, la ausencia de dicho filtro tornaría el ejercicio de la función legislativa abiertamente arbitrario, como etéreo el judicial.

Nada novedoso contiene respecto a las funciones de la pena, más allá de lo anotado párrafos arriba, respecto a que *“la pena es un recurso jurídico-político encaminado a la protección del grupo social por medio de la disuasión del ciudadano frente a la conducta delictuosa y del castigo de los delincuentes”*<sup>325</sup>, verdaderamente importante porque representó un cambio del suplicio público por el aislamiento social moderno.

Cabe destacar que frente al dolor o sufrimiento, propio de la teoría de la retribución, la Corte afirmó que es violencia institucional ejercida mediante penas crueles, inhumanas y degradantes que no conducen a ninguna utilidad preventiva, por eso y por afectar notoriamente derechos humanos, debe considerarse detenidamente esta finalidad, conforme se hará en *infra* 2.2.2. En el mismo sentido, estableció que *“sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital”*<sup>326</sup>, y se agrega, la pena de prisión perpetua.

---

<sup>325</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-596 de 1992.

<sup>326</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-144 de 1997. Reiterado en sentencia C-806 de 2002.

Es decir, la jurisprudencia es reiterada y siempre encaminada al logro y satisfacción de los derechos humanos desde una visión amplia y protectora, eso permite afirmar la ambigüedad de la función retributiva<sup>327</sup> frente a la argumentación del legislador y de la propia Corte<sup>328</sup>, además, con certeza señalar que, penas crueles e inhumanas, como la perpetua, es un contrasentido cuando se repara en la gran valía que la normatividad penal y el desarrollo jurisprudencial le otorga a la prevención especial, como recuperación del sujeto que delinquiró, que la engrandece y puede ser nuevamente útil a la sociedad (principios humanistas). Esto demuestra que el Estado constitucional dentro de la órbita de protección de la sociedad –prevención general– debe tener siempre presente y potenciar la dignidad humana<sup>329</sup> en todos los ámbitos de la vida, incluyendo el derecho sancionatorio, punto en el que se articula la prevención general con la especial, en tanto, eliminación de penas caras a los derechos fundamentales y ofrecimiento de alternativas al comportamiento desviado que propugnen por la resocialización.

Desde esta perspectiva, es de resaltar que este Tribunal considera que a través de la tipificación de los comportamientos base del derecho penal y las sanciones, el Estado impone un límite al ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas<sup>330</sup>, perceptibles desde la conminación hasta la ejecución, sin embargo, estas fronteras al ejercicio libre de los derechos y a la facultad coercitiva deben respetar al infractor y estar guiadas en todo momento por el precitado principio de principios, así como por los de libertad<sup>331</sup>, igualdad, razonabilidad<sup>332</sup>, proporcionalidad<sup>333</sup>, necesidad y culpabilidad como expresión del respeto constante, vivificador, amplio y progresista de los derechos humanos. En este sentido, al Estado, en concreto a la función legisferante

---

<sup>327</sup> Ver, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-144 de 1997. En esta decisión la Corte hizo un análisis de la pena de muerte en el Estado social de derecho, al revisar el “Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de Diciembre de 1989 y de la Ley 297 del 17 de julio de 1996 por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo.

<sup>328</sup> En efecto, adujo la Corte Constitucional en la sentencia C-144 de 1997: “(e)n ese orden de ideas, si bien se conserva la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, pues debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, lo cierto es que **el derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena.** (...) Por ello se concluye que, tal y como esta Corte lo ha señalado en diversas ocasiones, la definición legislativa de las penas en un Estado de derecho no está orientada por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general, esto es, debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende “que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones” (negrita y subrayado fuera de texto original).

<sup>329</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-806 de 2002.

<sup>330</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-647 de 2001.

<sup>331</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-578 de 2002. Sobre principio de proporcionalidad y penas excesivas, ver, BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 132-138.

<sup>332</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-093 de 1993, C-301 de 1993, C-565 de 1993 y C-430 de 1996.

<sup>333</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-565 de 1993, C-118 de 1996 y C-148 de 1998.

*“le está vedado, por voluntad expresa del constituyente, establecer la pena de muerte (CP art. 11), destierro, **prisión perpetua** o confiscación (CP. Art. 34), así como **someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes** (CP. art. 12). Por otra parte, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo** (CP. Art. 2)”<sup>334</sup>.*

Argumento que en realidad puede verse como la síntesis de lo anotado en *supra* 2.1.1.

Desafortunadamente la CC no ha analizado con el mismo rigor la normatividad que de manera desafortunada y recurrente incrementa las sanciones sin justificaciones sólidas, pues la exposición de motivos siempre es la misma utilizada al tipificar la conducta punible que espera ser agravada, y el escudo de constitucionalidad, la libertad de configuración legislativa<sup>335</sup> (inconsulta de los valores y principios constitucionales varias veces referidos), creando un círculo vicioso de aumentos punitivos bajo los mismos supuestos, que no solucionan la problemática social de la criminalidad ni cumplen su fin preventivo o disuasorio, dado que constantemente se acude a este “remedio” y a la eliminación de beneficios, que sumen al sistema carcelario en un hacinamiento perpetuo, empeoran la evidente crisis y hacen imposible la superación del Estado de cosas inconstitucional declarado en el siglo pasado (1998).

Tales situaciones más que evolución del Estado, pareciera la involución del mismo, con desafortunadas consecuencias para el derecho penal al asumir responsabilidades que no le corresponden, lo que evidentemente lo alejan de su finalidad protectora de bienes jurídicos de la sociedad dentro de un marco de respeto de los derechos fundamentales, con resultados de ineficacia frente a responsabilidades ajenas. *“A la justicia no le corresponde hacer la “Guerra”; ni contra la corrupción, ni contra otros fenómenos desestabilizadores. Trasladar al aparato judicial semejante responsabilidad, entraña el riesgo de distorsionarlo y desnaturalizarlo”<sup>336</sup>.*

Es de importancia suma para explicar lo señalado, en tanto delegación de funciones frente al fenómeno criminal que no le competen exclusivamente al derecho penal, por cuanto éste se activa la mayoría de veces después de cometido el atentado en contra de bienes jurídicos, la posición del Estado y sus instituciones al desconocer las

---

<sup>334</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-070 de 1996 (negrita y subrayado fuera de texto original).

<sup>335</sup> Sobre libertad de configuración del legislativo, ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-549 de 1992, C-026 de 1995, C-319 de 1996 y C-430 de 1996,

<sup>336</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-319 de 1996 (salvamento de voto de los Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

funciones impuestas por la Carta Política frente al respeto de derechos fundamentales desde todas las aristas (diseño y promoción de políticas públicas) y en todos los contextos posibles, que se traduce en salidas facilistas y más económicas que la verdadera lucha para la solución o prevención del problema de la criminalidad y las carencias sociales, desviando la atención como verdadero titular de obligaciones responsabilizantes, para de manera taimada entregarlas al poder judicial y al derecho penal, al mejor estilo “*conejillo de indias*”, lo que contribuye en gran medida al desprestigio y desnaturalización de la Judicatura, agravado por la, ahí sí, asidua y vehemente crítica del verdadero y principal protagonista, dueño del diseño de las políticas públicas y sociales de disminución de la desigualdad social y evitación del crimen, que funge, a la vez, como administrador del presupuesto (en estricto rigor es una autocrítica); ataques coadyuvados por el órgano que hace leyes inconsultas, eficientistas y calculadas en clave proselitista, que no solucionan ninguna situación problemática, sino que las agravan.

Por eso, resulta significativo destacar el salvamento de voto hecho a la sentencia C-319 de 1996 por los Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, en el sentido que

*“(l)as diversas demandas de "justicia", que son legítimas dentro del orden social, las diversas formas de una justicia social, etc., son siempre mayores a las respuestas que el sistema del derecho puede ofrecer; la justicia del derecho es siempre limitada frente a esas grandes demandas de justicia. Por ello, exigir al sistema del derecho y, más aún, exigirlo del sistema del derecho penal, una respuesta radical de justicia general, no sólo entraña el riesgo de la ineficacia, sino que entraña por ello mismo el riesgo de la decepción, que será tanto más grave para el propio aparato de justicia, cuanto mayor sea la carga simbólica ilusoria con la cual se haya manejado su pretendida respuesta*

*Prendemos por ello, llamar la atención sobre los límites en la capacidad de respuesta del sistema penal y no contribuir con la falsa ilusión de soluciones que no le son posibles y que les corresponden a otras agencias estatales o que pasan por dinámicas de control político-social, de participación política, de organización de la sociedad civil, etc; dinámicas ligadas concretamente al fenómeno de la corrupción y en todo caso extrañas por principio a la actividad del derecho penal: éste no puede suplir deficiencias estructurales situadas en otros ámbitos sociales”.*

Considerando explicado lo que se quiere transmitir, se continuará con los aspectos más importantes en torno a las funciones de la pena de prisión rastreados en la jurisprudencia de la CSJSCP y se retomará lo expuesto en los últimos párrafos precedentes, en la sección dedicada a la política criminal.

## 2.2.2 Corte Suprema de Justicia

La línea jurisprudencial de esta Corporación en torno a las funciones de la pena, ha sido desarrollada desde las finalidades estudiadas en precedencia y articuladas a los casos concretos sin variaciones sustanciales, convirtiéndose en precedente obligatorio para los jueces de inferior jerarquía<sup>337</sup>. Esto permite afirmar y reconocer que en nuestro ordenamiento jurídico se institucionalizó una vertiente de las teorías de la unión<sup>338</sup> (ver *supra* 2.1.1.4), la que reconoce funcionalidad a la retribución y la prevención especial y general.

Tal claridad conceptual no impide analizar aspectos propios de los anteriores postulados a partir de la jurisprudencia de este Alto Tribunal.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria, la Constitución Política tiene previsto un programa penal cuya finalidad está orientada a la protección de bienes jurídicos de forma modulada con el Estado social y democrático de derecho<sup>339</sup>. Es decir, explicado desde la comprensión de la función de la pena, implica la prevención de delitos como deber del Estado y manifestación de la efectiva realización y protección de los derechos y libertades de todos los habitantes<sup>340</sup>, concepto amplio que incluye a los destinatarios de la sanción y se realiza a través de la proscripción de excesos punitivos, bajo la égida de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad<sup>341</sup>.

No obstante la notoria influencia de la constitucionalización del derecho penal, aún observamos rezagos abiertamente incompatibles con este desarrollo en las decisiones de este cuerpo colegiado, cuando afirma que la función preventiva debe entenderse como “*una apropiada conjugación*”<sup>342</sup> con su carácter retributivo (vengativo para ser exactos<sup>343</sup>), que no explica, pero fundamenta en doctrina<sup>344</sup> y

---

<sup>337</sup> Ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencias de 29 de agosto de 2002, radicado 15.728; 27 de septiembre de 2002, radicado 8.099; 29 de mayo de 2003, radicado 20.309; y 8 de julio de 2003, radicado 18.583; 21 de abril de 2004, radicado 19.930. Y autos de 23 de octubre de 2000, radicado 16.997 y 11 de febrero de 2003, radicado 17.392.

<sup>338</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de septiembre de 2002, radicado 8.099 (aclaración de voto del Magistrado Fernando Arboleda Ripoll)

<sup>339</sup> Consecuencia de la constitucionalización del derecho penal en lo sustantivo y lo procedimental. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-038 de 1995, C-176 de 1994, C-609 de 1996 y C-646 de 2001.

<sup>340</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de febrero de 2013, radicado 33.254.

<sup>341</sup> Código Penal. Artículo 3.

<sup>342</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de febrero de 2013, radicado 33.254.

<sup>343</sup> La retribución “*tiene su origen, como bien se sabe, en la **expiación** del hecho contrario a la ley por parte de su autor y en la impresión psicológica-social que la pena pueda producir y obedecer en general al rigor propio de tener que soportar las consecuencias derivadas del ataque al derecho ajeno cometido a la manera de una proporcionada compensación por el grado de culpabilidad*” (negrita y subrayado fuera de texto original). Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

jurisprudencia<sup>345</sup> abiertamente contradictoria con dicha posición, que tampoco atiende el fundamento de las teorías preventivas, que es precisamente prevenir la comisión de injustos típicos y no pagar mal con mal porque se deslegitima el derecho penal y el carácter democrático, inherente a un Estado social de derecho, al punto que no representa ninguna utilidad<sup>346</sup>, pues la retribución jamás persigue la evitación de atentados en contra de bienes jurídicos, es decir, resulta vacía<sup>347</sup>.

De acuerdo con esta concepción constitucional, el Estado tiene que respetar los límites materiales y formales del *ius puniendi*, ofrecidos por la base del ordenamiento democrático, y desechar las justificaciones absolutas de la pena que claramente deslegitiman<sup>348</sup> su facultad, al instrumentalizar al infractor, aislarlo y negar que es persona destinataria de protección, ya que la mera comisión de un delito no es razón suficiente para negar su posición jurídica de asociado y sujeto (no objeto) de derechos fundamentales inherentes e irrenunciables, así como de dueño de una parte del poder que la sociedad libremente le entregó al Estado.

La crítica también se sustenta en el deber de proteger a todos los habitantes en su vida, honra y garantías subjetivas, incluyendo los que se presumen están en situación de debilidad manifiesta<sup>349</sup>, esto es, las personas que se enfrentan al aparato represor del Estado, que no por ser represor deja de ser garantista.

---

Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de mayo de 2003, radicado 20.309. Resulta problemático porque para la expiación de los daños cometidos, es vital la voluntad de la persona arrepentida, lo que difícilmente se logra en un Estado laico, respetuoso de la pluralidad, que no concibe el delito como pecado. Perfectamente puede entenderse que quiere evitarse un mal con la perpetración de otro mal por parte de un tercero que se presume autorizado. Ésta es una contradicción difícilmente superable, así se acuda a posturas idealistas (Hegel) porque comporta acudir a conceptos metafísicos, que retroceden en la evolución del derecho y evidencian una marcada confusión con la moral; y se agrava con la nula utilidad social que las teorías absolutas comportan.

<sup>344</sup> Acude al derecho penal en un Estado social y democrático de derecho de Mir Puig, que se señala que el Estado tiene la obligación de “asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad”. MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 37.

<sup>345</sup> El derecho penal en un Estado social de derecho se sustenta en su carácter preventivo que, a su vez, tiende a defender y garantizar los derechos de todos los habitantes. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-565 de 1993.

<sup>346</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de septiembre de 2002, radicado 8.099 (aclaración de voto del Magistrado Fernando Arboleda Ripoll).

<sup>347</sup> ROXIN, Claus. La teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales. Tirant lo blanch, México, 2012, pág. 243.

<sup>348</sup> “(L)a pena, para tener legitimidad en un Estado democrático, además de ser definida por la ley, ha de ser necesariamente justa, lo que indica que, en ningún caso puede el Estado imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de febrero de 2013, radicado 33.254.

<sup>349</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-958 de 2002.

Frente a tal aserto, no debe olvidarse que la evolución de la teoría constitucional afortunadamente hace tiempo abandonó la arcaica creencia de que quien cometió delito incumplió el pacto social de fundación del Estado y tácitamente renunció al mismo, por lo que no puede reclamar la protección de derechos, concepción que sirvió para justificar penas inhumanas y degradantes como la capital y el destierro<sup>350</sup>.

Pese a la objeción, no todo es controvertible, por eso no debemos pasar por alto argumentos propios de un Estado constitucional plasmados por la Corte Suprema, como que “*sólo la utilización medida, justa y ponderada del ius puniendi, destinado a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento jurídico*”<sup>351</sup>, que cierra, por lo menos en la teoría, la posibilidad del establecimiento de penas desproporcionadas y caras a los valores y principios superiores; también la clara y recurrente invocación de los principios de proporcionalidad y necesidad (*última ratio*) del derecho penal, tan golpeado por nuestro legislativo, abusador recurrente de la potestad de configuración y punitiva<sup>352</sup>, que desdice del conocimiento de la Constitución, mandato obligatorio de esa función.

Tampoco puede desconocerse que la CSJSCP ha librado batallas en defensa del orden constitucional<sup>353</sup>, del cual evidentemente debe partir el ejercicio del derecho penal, sobre todo frente al aumento injustificado de las sanciones, la prohibición de beneficios y el respecto y efectiva protección de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, empañados por la incesante política mediática y facilista de punir toda conducta social que afecte bienes jurídicos, así se le pueda hacer frente con alternativas no penales. Sin embargo, los esfuerzos en este punto reclaman mayor contundencia y coherencia, que no complacencia o confabulación con el legislativo.

### 2.2.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos

La CIDH tiene establecido que las sanciones de índole penal son expresión del ejercicio libre de la potestad punitiva de cada Estado<sup>354</sup> que “*implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una*

---

<sup>350</sup> Sobre la exclusión del pacto social, ver CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-144 de 1997 y C-806 de 2002.

<sup>351</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de febrero de 2013, radicado 33.254., citando CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-070 de 1996.

<sup>352</sup> “(E)sa potestad no es absoluta pues encuentra límites en los principios, valores y demás normas constitucionales que está obligado a respetar”. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-501 de 2001, C-581 de 2001, C-737 de 2001, C-939 de 2002 y C-668 de 2004 (aclaración de voto del Magistrado Rodrigo Uprimny Yepes).

<sup>353</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencias de 5 de noviembre de 2008, radicado 29.053, 8 de octubre de 2008, radicado 29.310 y 28 de mayo de 2014, radicado SP6700-2014, 40.105; auto de 22 de agosto de 2008, radicado 30.280.

<sup>354</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 25 de noviembre de 2004, caso Lori Berenson Mejía contra Perú.

*conducta ilícita*<sup>355</sup>, no obstante, esa facultad del Estado no es absoluta ni ajena a los límites establecidos en la Convención, en la medida que toda forma de reclusión en donde las garantías mínimas de salud, alimentación, higiene, hacinamiento y trato digno no estén aseguradas y se produzca presión indebida o menoscabo en las condiciones físicas, psicológicas o morales, representa una flagrante violación al derecho a la integridad personal<sup>356</sup>, concretamente de los incisos 1 y 2 del artículo 5, que agravan la finalidad esencial de la pena de privación de la libertad establecida en el inciso 6 del mismo canon y gira en torno a la recuperación y resocialización de las personas condenadas<sup>357</sup> (función de prevención especial, ver *supra* 2.1.2), además de ser una clara afrenta al derecho de dignidad humana<sup>358</sup>.

Particularmente representativo frente a la función de la pena de prisión resulta la Observación General No. 21 al artículo 10 del PIDCP del 44° periodo de sesiones del CDH de las Naciones Unidas<sup>359</sup>, al aludir al principio de dignidad humana que obligatoriamente tiene que garantizarse a todas las personas que se encuentran en esta situación y al amparo del Pacto, esto significa, que no pueden ser sometidas a torturas, tratos crueles o inhumanos y deben precaverse todas las condiciones necesarias que dignifiquen su estadía –que no pueden depender de los recursos materiales a disposición del Estado– y mientras se ejecuta el tratamiento recuperador del penado, es decir, se verifica la función preventivo especial.

Esto, en resumidas cuentas, significa que el entendimiento de estos dos organismos de carácter internacional frente a la función de la pena de prisión, está orientado al respecto irrestricto de la dignidad humana, a fin de potenciar los derechos humanos y, en concreto, la función resocializadora de la pena. Como se ha insistido, excluye cualquier forma de retribución de las sanciones penales y la implementación del castigo a perpetuidad en los Estados parte que nunca han contemplado esta figura, en virtud del principio pro *homine* y de progresividad de los derechos fundamentales.

---

<sup>355</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 2 de febrero de 2001, caso Baena Ricardo y otros contra Panamá.

<sup>356</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 18 de agosto de 2000, caso Cantoral Benavides contra Perú.

<sup>357</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 25 de noviembre de 2004, caso Lori Berenson Mejía contra Perú.

<sup>358</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 7 de septiembre de 2004, caso Tibi contra Ecuador, y sentencia de 18 de septiembre de 2003, caso Bulacio contra Argentina.

<sup>359</sup> <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/Observacio n%20Gral.%20Art%2010%20PIDCP.html> Consultada el 3 de octubre de 2014.

## 2.3 Política criminal

Resulta inescindible la criminalidad de la política criminal, en tanto la segunda se entiende y erige como ciencia que “aconseja” las formas de reacción social frente a las conductas que alteran o ponen en riesgo el orden establecido a través de las normas de convivencia y analiza –valora– críticamente las medidas existentes en el orden jurídico estudiado<sup>360</sup>. Dicha reacción puede darse de diferentes formas y tener finalidades disímiles, dependiendo la cultura imperante, las necesidades sociales, la gravedad de las conductas y el grado de aceptación y protección efectiva de los derechos fundamentales de todos los miembros de la organización jurídica y política establecida en un territorio específico; así como de la normatividad dada, aceptada e impuesta en ejercicio de su poder soberano y a la luz de los tratados internacionales que forman parte del derecho interno –bloque de constitucionalidad–.

En efecto, existen sociedades y culturas que reaccionan al fenómeno criminal permitiendo que las partes involucradas en las situaciones problemáticas las arreglen y resuelvan ellos mismos, como vimos en *supra* 1.3.3.1 al referirnos a las culturas tribales en Papúa Nueva Guinea<sup>361</sup>, que también podemos identificar y reconocer en culturas protegidas por nuestro Estado social de derecho con base en los principios democrático, participativo y pluralista, como las comunidades indígenas –jurisdicción indígena–, sin desconocer que se erige como fin esencial en nuestro ordenamiento.

Sin embargo, la tendencia impuesta y reclamada por las culturas dominantes –u oficiales, en términos de la teoría de la socialización deficiente–, es reaccionar a través del castigo, en sus diferentes modalidades, lo que da paso al estudio de las teorías de la pena y la función asignada a cada una de ellas, desde la óptica de la retribución y/o la prevención, ya sea general o especial y, a su vez, positiva o negativa; en las que necesariamente se deben confrontar y ponderar los principios de libertad y seguridad, para llegar a un justo equilibrio, que en el contexto constitucional actual se traduce en la máxima: “*libertad toda la que sea posible, represión sólo la estrictamente necesaria*”<sup>362</sup>, con su consiguiente eficacia de acuerdo a la finalidad asignada a la pena y, se reitera, el marco constitucional que rige el ordenamiento jurídico, límite normativo a la reacción social por medio de la pena, lo que garantiza el respeto fidedigno de los valores, fines y principios previstos en la Carta Política, así como del catálogo de derechos, sus mecanismos de protección y el modelo de Estado.

No obstante lo anterior, algo que siempre ha llamado la atención es la concepción o limitación de la política criminal al ámbito netamente punitivo, cuando esta ciencia debe articularse necesaria y suficientemente con el ámbito político social que, como obligación

---

<sup>360</sup> Cfr. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. pág. 162 y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia 11 de febrero de 2004, radicado 20.945.

<sup>361</sup> Los *arapesch*, ver cita No. 215.

<sup>362</sup> HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. pág. 162.

del Estado, debe encaminarse a prevenir más que a reprimir, haciéndole frente al fenómeno criminal desde las causas sociales que lo originan y no disimular las carencias sociales<sup>363</sup> a través del aparato represor porque desnaturaliza su verdadera función, lo desacredita por ineficaz frente a riesgos que no le pertenecen<sup>364</sup>, oculta al verdadero responsable (ejecutivo –políticas públicas– y legislativo –leyes incluyentes que desarrollen los valores y principios constitucionales, así no sean productivas electoralmente–) y manda mensajes equivocados a la población.

### 2.3.1 De la defensa social

El criterio, sustentado en los párrafos que preceden, es que las teorías retributivas carecen de importancia en el diseño política criminal de cualquier Estado social y democrático de derecho, garante de los valores y principios que informan la Constitución, pues no tienen propuestas serias, más allá de la simple y arcaica venganza, lo que contraría los postulados del principio anotado y las garantías sustanciales y procesales del procesado.

Así, debe manifestarse que en nuestro contexto no han disminuido los delitos con la política criminal expansionista (aumento indiscriminado de delitos y penas) propia de los partidarios de la defensa social<sup>365</sup>, cuyos planteamientos no se soportan en estudios serios sino en el calor y efervescencia momentánea de una situación problemática, por ejemplo, los conductores alicorados que generan atentados en contra de bienes jurídicos, los atacantes con ácido, etcétera. Estas medidas expansionistas buscan generar sentimientos de angustia y temor deliberado de los ciudadanos, retrasando, bloqueando o retrotrayendo cualquier intento liberalizador de los asociados y humanizador del derecho penal<sup>366</sup>.

Se suma a lo anterior, que entre las teorías de la defensa social más representativas está la denomina: *tolerancia cero*, que busca el disciplinamiento de los sectores menos favorecidos y no una verdadera respuesta social a su problemática, transformando el Estado social de derecho en Estado policial o gendarme que pretende controlar la mano de obra no calificada que no puede absorber el mercado laboral<sup>367</sup>, además de negar las libertades civiles, en la medida que se orienta a combatir fenómenos criminales de baja intensidad y trascendencia o simplemente

---

<sup>363</sup> MORRILLAS CUEVA, Lorenzo. Op. Cit., pág. 4.

<sup>364</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-319 de 1996 (salvamento de voto de los Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

<sup>365</sup> Hecho notorio sustentado en la declaratoria de cosas inconstitucional (T-153 de 1998). Pese a que este trabajo es cualitativo y no se analizaron cifras, para mayor lustración acudir a Anuario Estadístico 2011 de la Fiscalía General de la Nación. <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2011/12/Anuario20111.pdf> Consultado 16 de octubre de 2014.

<sup>366</sup> HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., pág. 167.

<sup>367</sup> *Ibidem*. Pág. 168.

molestas en contextos específicos propios de las grandes urbes, como la indigencia, la prostitución, la cultura grafiti, la venta ambulante, entre muchas otras, lo que deja en evidencia su tendencia conservadora.

A pesar de la efectividad que reportan estas medidas por la drasticidad con que son sancionadas las infracciones, detrás de las mismas no hay intereses altruistas, como podría llegar a pensarse, sino electorales, dado que se dirigen principalmente a la clase media trabajadora y estable que alimenta las elecciones y, en mayor medida, se pueden ver inmersos o ser víctimas de este tipo de conductas, prácticas o molestias<sup>368</sup>, lo que, de un lado, deslegitima esta teoría y las medidas que la incentivan, y del otro, confirman argumentos sólidos que giran en torno al mantenimiento de la dominación social en pro del sistema socioeconómico capitalista actual.

Además, resulta problemática su aplicación, en términos de derechos fundamentales y límites materiales del derecho penal, como los principios de proporcionalidad e intervención mínima, también denominado necesidad, en tanto que el derecho penal debe ser siempre *ultima ratio* o medida final para combatir los fenómenos sociales de criminalidad<sup>369</sup>, así mismo, propugna por limitar lo menos posible los derechos y libertades, pues de acuerdo con el principio de progresividad, los mismos y su esfera de protección debe ampliarse.

Por la misma línea argumentativa, la *tolerancia cero* puede tener un efecto perverso y más grave que el que se pretende combatir o eliminar para prevenir futuros inconvenientes, debido a que mientras los esfuerzos y políticas se concentran en fenómenos criminales de baja intensidad, o simplemente molestos para la comunidad, se desatienden y desvían esfuerzos de lucha contra fenómenos más graves como el narcotráfico, la corrupción, delitos financieros y medioambientales, lavado de activos, trata de blancas, entre otros.

Igualmente, aunque en principio esta teoría pareciera exitosa (y lo es en términos electorales), estudios criminológicos indican que no son efectivos ni siquiera a corto plazo, ya que como no se tolera nada, el pie de fuerza policial y el gasto del mismo se incrementa notablemente (por no hablar de los abusos de la fuerza pública con el fin de conseguir incentivos), lo que de contera trae consigo la congestión judicial y el hacinamiento carcelario, que también significa aumento de los recursos invertidos por el Estado, que bien pueden utilizarse en políticas públicas o programas sociales incluyentes. Así, no obstante los esfuerzos, el fenómeno criminal no disminuye o simplemente se traslada a otros sectores. Esto demuestra que estructuralmente no cambia nada, que la desigualdad social y económica continúa, que se incentiva la

---

<sup>368</sup> *Ibidem*. Pág. 220-221.

<sup>369</sup> Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., pág.

discriminación y la marginalización –criminalización de la pobreza–, y que se aumenta la comisión conductas criminales más graves<sup>370</sup>.

Frente a lo cual, ilustrativo resulta lo asegurado por HASSEMER y MUÑOZ CONDE refiriéndose al contexto de España, “*este es un problema que no se va a solucionar con el aumento de la represión penal y policial, ni con la construcción de más cárceles, sino con una inteligencia política, social y económica, con una más justa redistribución de la riqueza, con mayor gasto en ayudas y obras sociales*”<sup>371</sup>, como forma de responder a la pregunta de si en Colombia la teoría de la defensa social es la más acertada y efectiva para combatir el fenómeno criminal, pues a pesar del aumento representativo y constante de las sanciones, los delitos no disminuyen, por el contrario, incrementan, como el hacinamiento carcelario, la violación de derechos fundamentales y la desigualdad social, con gastos elevadísimos de recursos públicos.

### 2.3.2 Del garantismo

Con argumentos racionales, humanistas y utilitaristas se ha dicho, desde BECCARIA hasta FERRAJOLI, que el mejor efecto preventivo de las normas penales deriva de la efectividad y certeza de la aplicación de éstas ante la eventual trasgresión del orden constituido, lo que abarca el proceso investigativo y de juzgamiento para el esclarecimiento de los acontecimientos y la sanción del responsable, garantizando los derechos fundamentales de todos los involucrados en el conflicto, incluyendo los condenados, y con adecuados tratamientos al interior del penal, en la medida que esto inculca respeto por la norma jurídica, recupera y fortalece la confianza en el sistema penal<sup>372</sup>.

Es decir, la política criminal del garantismo propugna por el desarrollo integral de los postulados del derecho penal mínimo, recogidos en extenso en *supra* 1.3.2, por eso, no se extenderá en su explicación.

### 2.3.3 Política criminal y medios de comunicación

Para nadie es un misterio la influencia de los medios de comunicación en el diseño de la política criminal del Estado, por el influjo en la conciencia de los asociados o manipulación del sentimiento social que esa herramienta puede generar. Luego su interés es meramente mediático y comercial, más allá de filantrópico, al punto que si un hecho social no genera *rating*<sup>373</sup> o afecta al grupo de poder dominante (dueño de los medios de comunicación o económicamente poderoso), sencillamente no trasciende y pasa desapercibido aun si es importante.

---

<sup>370</sup> Cfr. *Ibidem*. Pág. 222-225. En nuestro contexto, revisar el caso del grafitero.

<sup>371</sup> *Ibidem*. Pág. 225.

<sup>372</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-144 de 1997 y C-806 de 2002.

<sup>373</sup> Entre los ejemplos que se pueden citar encontramos el caso Garavito, el caso de Rosa Elvira, los ataques con ácido, los conductores alcohólicos que causan accidentes y el caso Colmenares, en contraste con los casos por falsos positivos.

He ahí su virtud y papel protagónico de cara a la precepción de la violencia, la seguridad y la amenaza, al dramatizarla fuertemente, lo que ilustra sobre su “grado de compromiso” y la propuesta de soluciones, que desafortunadamente se acercan más al Estado eficiente que no le importan las garantías vitales de los asociados, soslayando el carácter social de derecho, pero que, en todo caso, hacen fuerte eco en la comunidad y la política criminal, que se sirve de esa dramatización para fines particulares. En ese orden de ideas,

*“la amenaza –sea real o sólo supuesta– es un regulador mediante el cual puede ser regulada la política criminal (...); aquello que vale como un bien jurídico que requiere protección penal (...) se decide por medio de un acuerdo normativo social, para el cual, de nuevo, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población”<sup>374</sup>.*

Esto resulta provechoso a la hora de hacer política y peligroso cuando la política es la eliminación del delincuente (derecho penal del enemigo), que afectan notablemente los procesos de resocialización, por lo que se sostiene, en ocasiones genera más violencia focalizada e impide los procesos de reconciliación social. Como si esto fuera poco, cabe destacar que es abiertamente antigarantista y peligrosista, contribuyendo al odio y la venganza, a penas arbitrarias y extensas, limitando y parcializando el concepto de justicia, cuyo fin está destinado a causar aflicción estimulando la inflación punitiva, pues sólo de esta manera se puede concretar.

De este ejercicio y contribución a la opinión pública parcializada, siempre sale mal librado el derecho penal y casi que desapercibidos otros actores sociales de mayor calado a la hora de resolver los problemas de la sociedad, presentados como adalides porque contribuyen a la expansión del derecho penal, soslayando verdaderas carencias sociales porque son más onerosas para el erario público<sup>375</sup>, los cuales, posteriormente entran en escena y nuevamente son vistos como salvadores al tratar de solucionar los problemas graves por ellos mismos creados, a través de leyes que tienden a suavizar los requisitos para la concesión de subrogados penales, utilizando como bandera, la intolerante situación de hacinamiento (los réditos políticos son extraordinarios).

En este sentido, la política criminal influenciada por los medios de comunicación genera altos costos sociales y de negación de principios fundamentales, cuya ganancia es escasa<sup>376</sup>, no contribuyendo a los fines de justicia, paz, convivencia, libertad, igualdad, trabajo, solidaridad, etcétera, dentro de un marco democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto de los derechos y garantías de todos los ciudadanos, con el anhelo de llegar a establecerse, en un futuro no lejano, como una sociedad mejor.

---

<sup>374</sup> HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Op. Cit., pág. 47.

<sup>375</sup> Un interesante análisis del expansionismo del derecho penal como elusión de responsabilidades se puede ver en el salvamento de voto de los importantísimos académicos y exmagistrados de la Corte Constitucional Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero en la sentencia C-319 de 1996.

<sup>376</sup> HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Op. Cit., pág. 62.

### 3. La pena de prisión perpetua en Colombia

Retumban en las cabezas las palabras de FERRAJOLI en su intento por demostrarle al mundo la barbarie, irracionalidad e inhumanidad de muchos Estados al materializar su *ius puniendi* y la ceguera o sordera con que lo afrontan al no ver ni oír que la humanidad y su más digno representante, el **ser humano**, está ungido por derechos que le pertenecen por el sólo hecho de **ser**, algunos de los cuales no pueden limitarse de forma absoluta por más objetivo altruista o general que se persiga, precisamente, porque éste **es** el fundamento y fin último del derecho y del poder; retumban porque adquieren sentido y trascienden cuando se aborda la pena de prisión perpetua, porque (u)n Estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al mismo nivel de los propios delincuentes<sup>377</sup>, quienes por el hecho de **ser** humanos son sujetos de derecho y merecen un tratamiento acorde con la dignidad humana, valor supremo del Estado social –y democrático– de derecho, que no se pierde por cometer un delito, todo lo contrario, se activa en mayor medida por la situación de debilidad manifiesta en que quedan sumidos, como lo reconoce expresamente la Carta Política y el bloque de constitucionalidad.

La prisión perpetua en estricto sentido difiere de la pena de muerte<sup>378</sup>, sin embargo, en la realidad no dista mucho de ser igualmente capital por el horror y crueldad que significa para quien delinque y su familia, y por el vaciamiento total de derechos y garantías fundamentales, al segregarlo de la sociedad de la cual también forma parte, apoderándose y disponiendo de su vida por el resto de sus días, luego, se trata de “una pena de muerte encubierta, pero que el Estado veladamente enmascara bajo formas pretendidamente más benignas acudiendo a un evidente embuste de etiquetas”<sup>379</sup>.

Nada más dicente de lo anterior, que el pedido hecho en 2007 por trescientos presos condenados a prisión perpetua al presidente italiano:

---

<sup>377</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 383.

<sup>378</sup> La pena de muerte tiene fundamento y efecto en el derecho a la vida del condenado, mientras que la prisión perpetua lo tiene en la libertad.

<sup>379</sup> JULIANO, Mario Alberto y ÁVILA, Fernando. Op. Cit., pág. 4.

*“Señor presidente de la República, estamos cansados de morir un poco cada día. Hemos decidido morir de una sola vez y le pedimos que nuestra pena a cadena perpetua sea transformada en pena de muerte. La perpetuidad es la invención de un no Dios, de un salvajismo que supera toda imaginación. Es una muerte que se bebe a pequeños sorbos. Es una victoria sobre la muerte porque es más fuerte que la misma muerte”<sup>380</sup>.*

Desgarrador relato de quienes en cuerpo propio sufren la venganza institucionalizada, que se traduce en tortura y niega el valor civilidad del que se ufanan muchos Estados. Venganza que no por ser institucionalizada y reglada deja de ser venganza, más aún cuando se la arroga un tercero instituido para garantizar la efectividad de los derechos de todos y evitar la maldad, la crueldad y la instrumentalización del ser humano, y que se debe a éste en procura de alcanzar el ideal de sociedad.

Tal vez sea una tautología decir que esta sanción instrumentaliza al ser humano, lo envilece y lo lleva a nivel de simple objeto que sirve de pieza clave a los intereses de algunos que dicen representar la democracia, mayoría que pisotea los límites establecidos por el orden constitucional que enseña que todos las personas somos fines en sí mismos y, por ello, destinatarios de la protección del Estado, pero que es necesaria, por cuanto si se hila más fino se alcanza a entrever que tales mayorías son funcionalizadas de manera subrepticia por intereses particulares, generalmente de tipo económico, electoral e incluso de dominación. Es decir, la instrumentalización o cosificación del hombre por el hombre no se agota solamente en el establecimiento de este tipo de sanciones; así mismo, la instrumentalización no es solamente del sujeto de protección sino del derecho, al punto que la pretensión no es sólo de defensa de bienes jurídicos fundamentales de la sociedad sino de valores éticos<sup>381</sup>.

Se demuestra que la retribución evidentemente está vigente como función de la pena, lo que no debería ser así, porque es negarle cualquier asomo de legitimidad a la facultad sancionatoria del Estado, además de deleznable, pugnar con la función de prevención especial y no ofrecer ninguna utilidad social, más allá del simple regocijo con el dolor ajeno, que es ya caminar por senderos de lo sanguinario, que no le corresponde al Estado, por cuanto su órbita funcional está marcada por la Constitución. No se puede pasar por alto que el desarrollo del derecho, signado por la ilustración, cambió el suplicio público por el privado, tampoco obviar que la prisión perpetua es suplicio privado para el regocijo del público al saber del sufrimiento que afrontará de por vida el infractor, esto parafraseando a FERRAJOLI, es ponerse al nivel del delincuente y sirve para interrogar sobre ¿cuál es la justificación para causar daño a la dignidad humana desde la institucionalidad? Se responde, ninguna.

---

<sup>380</sup> En: *Ibidem*, pág. 1.

<sup>381</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit., pág. 44.

Sin duda alguna, esta forma tan violenta de punir está plagada de contradicciones, “*parece más una tragedia que una comedia*”<sup>382</sup>, y así se encubra bajo un manto de legitimidad o se haga parecer humana, “*estará ineludiblemente marcada por la contradicción moral y la ironía, como cuando se busca defender la libertad por medio de su privación, o condena la violencia privada utilizando la violencia autorizada por el público*”<sup>383</sup>, también cuando se educa para la libertad a través de la privación de ésta, a partir de lo cual se estructuran fuertes críticas a la prevención especial.

A propósito de las contradicciones y la prevención especial, partiendo del entendimiento de su importancia como función de la pena compatible con el Estado constitucional y dejando de lado las objeciones en torno a la misma, se advierte que la pena de prisión perpetua entra en abierta contradicción con ésta, ya que la sanción a perpetuidad presupone que el delincuente no se puede resocializar, reeducar ni ser útil a la sociedad, lo que también significa negación de uno de los baluartes de la moderna concepción de la pena: la utilidad. Así se conspira a favor de la neutralización o inocuización del indeseable (lo vuelve infame), no siendo más que una aberrante vulneración de la dignidad humana, valor que soporta la cláusula de Estado social de derecho. Dignidad que, como principio o derecho fundamental absoluto de raigambre constitucional y reforzamiento internacional, no se pierde ni siquiera por la comisión de un delito<sup>384</sup>.

Este método de castigo indefinido, imprescriptible o irredimible, pertenece más a la época pre-moderna de la represalia, la revancha, más que a lo política de la prevención, resocialización y la reconciliación que tanto se pregona desde las más altas curules del Estado, esto es llana y lisa adscripción a la seguridad jurídica y social, la prevención de todos los riesgos, propio de la ideología de la defensa social, seguridad que, se dirá, es importante para la evolución de la sociedad, no en vano desde los inicios el hombre buscó reglamentar su convivencia para vivir en armonía entregando parte de sus derechos a un “soberano” representado por el Estado, pero que en la actualidad no puede verse ni interpretarse aislada del derecho constitucional que impone límites infranqueables al ejercicio del poder público del “soberano” y en pro de las garantías fundamentales del ser humano, género al que pertenecemos todos los hombres y mujeres, libres y privados de la libertad, inocentes y condenados, negros, blancos o amarillos, máxime cuando reconocemos que es deber constitucional y convencional de los Estados la recuperación y resocialización del penado como sujeto que lo engrandece. Tal postura es evidente, incluso, en el reclamo de muchos sectores y contextos que han

---

<sup>382</sup> Aunque Garland se refiere al castigo, su argumento es plenamente aplicable a la pena de prisión perpetua por ser especie del género castigo. GARLAND, David. Op. Cit., pág. 337.

<sup>383</sup> *Ibidem*.

<sup>384</sup> Cfr. Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el tratamiento a las víctimas en el proceso penal C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-209 de 2007 y C-516 de 2007, en la que se hace un análisis e interpretación de cara a la Carta Política e instrumentos internacionales sobre derechos humanos; igualmente ver, QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano. Op. Cit., pág. 62-63.

permitido su morigeración, y en cierto sentido disminución, por medio de revisiones posteriores de las sanciones irredimibles dentro de cierto plazo, para conceder la libertad condicional bajo parámetros de buena conducta, tal como se advierte en Alemania, Francia, Italia y Argentina<sup>385</sup>.

Las contradicciones no paran ahí, pues se estima que la pena de prisión y de contera la vitalicia, relativiza la problemática social y sus soluciones, pues es la forma más económica –en términos dinerarios y de reacción a corto plazo–, eficientista, fácil e inmediata de enfrentarla, lo que se comprende como disimulación de carencias sociales que siempre van a estar presentes, pero bajo cortinas de humo o sesgos mediáticos, lo que impide el desarrollo y evolución de la comunidad, así como la disminución de diferencias sociales, la mayoría de veces generadoras de criminalidad. Entonces, el fenómeno criminal persistirá y aumentará como aumentan las brechas de bienestar.

Esto trae consigo un efecto dominó astutamente utilizado por sectores políticos, pues el incremento de las penas es incremento de la población carcelaria, momento propicio para promocionar, después de cierto tiempo, leyes que flexibilizan los requisitos para acceder a los sustitutos de la pena intramural y combatir el hacinamiento carcelario, por ellos mismos creado, pero que la sociedad hipnotizada ve como políticas a favor del desprotegido<sup>386</sup>.

Luego, ¿qué pasará con el fenómeno facilista, mediatista y proselitista de la prisión perpetua y cómo se enfrentará en unos años? Este argumento es importante, en términos de análisis económico del derecho<sup>387</sup>, que no puede responderse con un simple, absurdo y liviano contra-argumento: la construcción de más cárceles. Primero, porque no se han construido y no son la salida de los problemas sociales, como lo enseñan los programas públicos con esa orientación; y segundo, porque tienen un elevado costo, no sólo de construcción, también de mantenimiento. Así las cosas, la pregunta obligatoria es si antes de implementar la prisión perpetua no sería necesario superar el estado de cosas inconstitucional de las cárceles y penitenciarias del país, declarada por la CC en 1998, pues hasta el momento la situación problemática no ha variado.

---

<sup>385</sup> En Argentina este fenómeno ha sido debatido por ilustres académicos a partir del incremento del tiempo para pedir la liberación del condenado a perpetuidad, hecha con la ley 25.896 de 2004, como Zaffaroni, Alagia, Slokar, Juliano y Ávila. Esto, automáticamente evidencia que, si bien se aumentaron los requisitos de temporalidad, con costos altísimos para los derechos fundamentales, en La Argentina la prisión perpetua no es tal, porque transcurrido cierto tiempo, primero 20 años, ahora 35, el condenado a esta sanción puede solicitar la libertad condicional.

<sup>386</sup> La más reciente muestra en nuestro contexto es la ley 1453 de 2011, que endureció las penas, y la ley 1709 de 2014, que flexibilizó los requisitos para acceder a los sustitutos penales, entre muchas otras.

<sup>387</sup> Ver, COOTER Robert y ULEN Thomas. Op. Cit.

También y no menos importantes son los siguientes interrogantes: ¿con qué recursos se mantendría a la población carcelaria improductiva u ociosa que generaría elevados y perpetuos gastos?; ¿será que los promotores se han hecho esa pregunta?, ¿será que así como la sociedad les retribuye con votos, ellos contribuirían con impuestos?; ¿será que la clase trabajadora estaría dispuesta a contribuir indefinidamente? Las probables respuestas no serán analizadas en este trabajo, porque desbordaría la intención del mismo. Empero, no es óbice para hacer la siguiente reflexión, un poco más racional y menos pasional, más humana y menos cruel, más incluyente y menos excluyente, más productiva y menos costosa –en términos de sacrificio de derechos humanos–: acaso no sería mejor invertir esos esfuerzos y el presupuesto haciéndole frente a las carencias sociales, no desde las salidas fáciles de la punición y disimulación, sino a partir de retos difíciles, no inmediatos, pero a mediano y largo plazo más gratificantes, como la educación, la salud, la generación de empleo, el saneamiento básico, el acceso a servicios públicos, la niñez, la prosperidad general y la distribución de cargas.

También, a manera de reflexión se dirá: las penas bajas no incrementan el riesgo de que se produzcan delitos y las altas no los disminuyen, como se ha mostrado a lo largo de la historia y se recabó en los capítulos anteriores, entonces, será mejor, de manera coadyuvante con la propuesta del párrafo anterior, restablecer la confianza en el sistema jurídico con sanciones proporcionales, necesarias, racionales y certeras, como hace bastante lo anticipó BECCARIA y retomó FERRAJOLI.

Tras estos breves comentarios, reflexiones y propuestas, se pasará a las también breves consideraciones sobre por qué la pena de prisión perpetua en Colombia no es constitucional ni garantista.

### **3.1 A la luz de la Constitución Política**

Podría afirmarse de manera sencilla que la pena de prisión perpetua es inconstitucional porque existe expresa prohibición en el artículo 34 de la Carta Política de 1991. Sin embargo, sería una respuesta limitada y escueta que no serviría para responder académicamente a los partidarios de esta desproporcionada e inhumana sanción, quienes pregonan que con la modificación del citado canon basta para sus objetivos.

Para tal efecto y validar la hipótesis argumentativa, es preciso indicar que la Constitución Política es más que normas independientes plasmadas en un texto, en consideración a que todo el articulado tiene que interpretarse en conjunto, sistemáticamente y en armonía con los valores y principios fundantes de la norma de normas. Esto es de incalculable valía. Por lo mismo, cualquier intento reformador debe estar en consonancia con estos pilares.

De acuerdo con este razonamiento, si se pretende reformar el artículo 34 que expresamente prohíbe esta sanción en nuestra sociedad, debe cuidarse que ésta modificación consulte los valores que la Constitución aspira realizar, por ejemplo, la convivencia, la paz, la justicia<sup>388</sup> y la dignidad humana, que como valor fundante y principio fundamental no es pasible de limitación alguna y menos para servir a fines particulares. Igualmente, la pretensión reformadora debe estar conforme con el modelo de Estado adoptado por nuestro constituyente, erigido en social de derecho, precisamente porque axiológicamente depende de la dignidad, la prevalencia del interés general, la solidaridad y el trabajo<sup>389</sup>, lo que constituye un freno trascendental a la potestad configurativa o de punición del legislativo, en tanto sus funciones están vinculadas con el texto mismo que se las otorgó, así la iniciativa surja de un sector importante de los ciudadanos, donde refule sustancial la prevalencia del interés general, entendido como protección efectiva de los derechos fundamentales de todos y cada uno de los ciudadanos y no de un grupo mayoritario.

Dentro de la misma línea argumentativa, para implementar la pena de prisión perpetua sería necesario modificar el modelo de Estado social de derecho, lo que supondría, no una reforma sino una sustitución constitucional, cuya posibilidad de prosperidad es nula, como lo ha establecido la guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución en pacífica y reiterada jurisprudencia.

Si lo anterior fuera poco, adviértase que el artículo 12 constitucional proscribiera cualquier pena o tratamiento, cruel, inhumano y degradante, luego, siendo la cadena perpetua una sanción abiertamente degradadora, cruel, innecesaria, desproporcionada, inhumana, humillante, irracional y de rechazo total, por algunos más temida que la misma pena de muerte, en Colombia no sería posible su implementación.

No cabe duda que en las democracias constitucionales es mandato imperativo e inaplazable del Estado la resocialización y recuperación de sus ciudadanos para vivir libremente y engrandecer la sociedad<sup>390</sup>. Esto se sustenta en el principio infranqueable de dignidad humana, así como en el principio *pro libertate*, en armonía con el principio *pro homine*, suficientes para aseverar que la fuerza y obligatoriedad de los valores, los principios y el modelo de Estado hacen imposible la ejecución de la pena debatida.

---

<sup>388</sup> Constitución Política. Preámbulo.

<sup>389</sup> Constitución Política. Artículo 1

<sup>390</sup> "(...) *cuanto mayor sea la pena tanto más se consolidará la exclusión del condenado de la sociedad y se reforzará su identidad desviada*". FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pág. 406.

### 3.2 A la luz del bloque de constitucionalidad

Al integrarse en un solo cuerpo con la Carta Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro Estado, son parámetros de constitucionalidad de las normas y de cualquier intento reformativo de la Constitución. Quiere decir, que deben consultarse previo a cualquier trámite de este tipo, pues si no se hace, se puede anticipar con certeza las resultas del análisis de conformidad con la norma superior.

Teniendo en cuenta tal aclaración y de cara a la prisión perpetua, debe decirse que la CADH y el PIDCP, así como su contenido axiológico y potenciador de derechos humanos, son vinculantes en nuestro orden interno, lo que de entrada supone que cualquier confrontación de éstos con una norma de inferior jerarquía o proyecto de reforma constitucional, deberá siempre resolverse a favor de los primeros.

En tal virtud y comoquiera que los dos instrumentos internacionales contienen fines orientadores y mandatos semejantes, sobre todo en lo que se refiere a la interdicción de penas crueles, inhumanas y degradables, así como sobre el imperativo o finalidad resocializadora que deben observar, presupuesto de la dignidad humana, los hace incompatibles con la pena de prisión perpetua.

Súmese a lo anterior que sus cláusulas hermenéuticas coinciden en establecer que los derechos humanos están basados en el principio de progresividad, esto es, en la búsqueda de la mayor protección posible, amplificadora, vivificadora y mejorada del plexo de garantías, prefiriendo siempre la normativa e interpretación que en mayor medida los cobije, lo que nuevamente contribuye a la negativa de implementar sanciones de tipo perpetuo. Esto, de contera justifica su correlativo, es decir, el principio de prohibición de regresividad, que opera como límite al empeoramiento del alcance y esfera de protección de los derechos en una sociedad democrática, haciendo imposible su degradación o el retroceso en materia de garantías, lo que significa, que si el núcleo esencial está garantizado, el mismo sólo puede expandirse más no contraerse, hablando en términos de alcance, luego, si la prisión perpetua no está establecida, ya no se puede implementar porque sería una burda limitación de su ámbito de protección y violación de los principios señalados<sup>391</sup>.

Es así que con base en lo anterior, en el caso colombiano y en derecho tampoco sería aplicable la pena perpetua fijada en el artículo 77.b del Estatuto de Roma, por lo que no profundizaremos al respecto.

---

<sup>391</sup> En derechos humanos no se puede ir como los cangrejos.

### 3.3 A la luz del garantismo penal

Como bandera el garantismo penal formulado por FERRAJOLI busca la prevención de los delitos a través de la sanción, lo que encierra una tendencia utilitarista de la pena de prisión (mal necesario que evita la venganza privada), sin embargo, esta búsqueda privilegia la prevención general, en la medida que critica la especial desde el punto de vista de la imposición del poder a través de la reeducación que menoscaba el principio de libre desarrollo de la personalidad y de igualdad por promocionarla mediante el sistema de premios y castigos. Aquí radica otro de sus fundamentos, la limitación del poder para evitar la arbitrariedad, el abuso del derecho por medio de sanciones crueles, desproporcionadas, irracionales e inhumanas con el anhelo de conseguir la evitación de conductas punibles (mal necesario ante el cual debe reaccionar el Estado, pero que, en todo caso, debe limitarse).

Tal límite al desmedido ejercicio del poder soberano se logra con la garantía efectiva de los derechos sustanciales y procesales fundamentales de todas las partes involucradas en el conflicto, lo que significa ineludible reconocimiento de los valores que inspiran la organización política, jurídica y social, algo así, como aceptar que los valores y principios constitucionales irradian todo el entramado jurídico, lo que sirve para desarrollar el fundamento del sistema garantista, conforme lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en las múltiples sentencias citadas en el segundo capítulo.

Este sistema se denomina derecho penal mínimo, porque en desarrollo de la finalidad utilitarista de prevenir el delito y limitar el poder, aboga por la abolición de penas desmedidas, desproporcionadas y crueles, por lo que significa y ha significado en términos de afectación de prerrogativas ciudadanas, empero, lo mínimo no es prescindencia total de sanciones sino la imposición de penas ciertas y ejecutables que sirvan de verdadero ejemplo para que la sociedad se abstenga de cometer ilícitos, lo que en parte explica el recelo de su máximo exponente por los mecanismos sustitutos de las sanciones. Entonces, lo mínimo es la certeza de la aplicación de penas que no superen diez años, en casos que ameriten la activación del derecho penal como forma de control social, dependiendo de la afectación del bien jurídico, que necesariamente tiene que ser fundamental y esencial para la vida en sociedad, y el grado de culpabilidad del actor. Luego, el sistema garantista engrana cada uno de sus postulados a partir de los valores constitucionales, los principios de igualdad, proporcionalidad, razonabilidad y *ultima ratio* del derecho sancionatorio, y la limitación del poder.

Lo que en tratándose de la dogmática inspiradora de nuestro sistema penal, hacen inaplicable la pena de prisión perpetua y cualquier intento de modificación del ordenamiento jurídico para implementarla, porque sería tanto como abonar terreno para el derecho penal máximo, sustancialista, vulnerador de derechos fundamentales –no le interesan para sus propósitos–, que confunde derecho con moral, lo que inspira e inspiró en la historia coerción sin límite cuantitativo y cualitativo que buscan la satisfacción de

intereses de ciertos grupos dominantes, para quienes la frontera entre delito y pecado no existe, justificándose externamente y no internamente, es decir, en concepciones de vida más allá del derecho o metafísicas, que absurdamente promocionan sanciones crueles e inhumanas, baste para ello, echar una mirada al pasado reciente.



## 4. Conclusiones

El humanismo ilustrado sentó las bases racionales para la determinación de las conductas punibles y sus consecuencias jurídicas, es decir, las penas, remozadas por el sistema garantista que, apartándose de los criterios propios del positivismo criminológico que hace énfasis en el delincuente –nato o socialmente construido–, plantea la tipificación de delitos solamente frente a conductas vulneradoras de derechos fundamentales de la sociedad, los cuales, a su vez, tendrán establecida una sanción cierta, estricta y necesaria, centrada en la protección de los prerrogativas esenciales de la parte más débil en el proceso penal. Esto implicó un límite –material y formal– al ejercicio del poder del Estado, entendido como facultad regulatoria para la conservación de la convivencia pacífica, conforme lo sustentan las teorías contractualistas de las que se sirve el derecho penal mínimo; así mismo, de cara a la evolución del constitucionalismo, significó total e ineludible atención del detentador del poder a los principios fundantes del Estado a fin de desarrollarlos en todas sus políticas públicas, incluyendo la criminal, propugnando por la efectividad de los derechos y garantías de todos los ciudadanos.

Dicha intimidación tiene como función la prevención de conductas punibles a través del ejemplo, más que la simple retribución del mal causado, para evitar conculcar la esfera de protección de los derechos fundamentales de los asociados en Estados constitucionales, es por esto, que las penas deben tender hacia la causación de la menor aflicción posible, que en clave garantista, significa penas humanas, racionales y proporcionales, que no desmedidas ni que sobrepasen límites institucionalizados por las Cartas Políticas, como podría predicarse de las penas destinadas a limitar el derecho de libertad a perpetuidad. Empero, como las penas, y en concreto la de prisión, cumplen una función importante dentro de la sociedad, no pueden ser abolidas en su totalidad para evitar la desarticulación social.

Estos postulados teóricos han sido asumidos por nuestro Estado social de derecho en gran medida, al punto de erigirse en la dogmática mayormente aceptada frente al derecho y el proceso penal –incluso en la fase ejecutiva –, sufriendo adaptaciones para aplicarla en nuestro contexto, por ejemplo, frente a las funciones que la pena de prisión debe cumplir en la sociedad, pues desligándonos un poco del sistema garantista y la función preventivo general, hemos asumido una función mixta, denominada de la unión, acercándonos a la dogmática alemana, que aboga por la prevención especial y general, pero con una marcada influencia de retribución “justa”, que no compartimos, por

perseguir y alimentar odios y venganzas, ajenas a la reconstrucción del tejido social, el perdón y la convivencia pacífica, que acepta diferencias y reconoce en la infracción penal un motivo para potenciar los derechos fundamentales, propio de una sociedad civilizada que sabe enfrentar sus problemas.

Esta línea argumentativa, llevada a la práctica configura razones de notable peso, para sin rubor aseverar que la pena de prisión perpetua en Colombia es constitucionalmente inviable, no sólo por contravenir valores y principios constitucionales sino porque significaría cambiar el modelo de Estado social de derecho que inspira la Carta Política, así como los fundamentos que los sustentan, lo que supondría no una reforma sino una sustitución de la norma de normas, tajantemente prohibido. En efecto, flagrantemente atentaría contra el valor, principio y derecho fundamental de la dignidad humana que rige, inspira e irradia todo el ordenamiento jurídico, además de suponer la instrumentalización del ser humano –fin en sí mismo–, desde BECCARIA reconocida y ampliada por FERRAJOLI y su garantismo penal, para obtener finalidades egoístas, camufladas en ropajes altruistas y sustentados en la moral.

Por la misma senda, la sanción irredimible contraviene el bloque de constitucionalidad, concretamente la CADH y el PIDCP que integran nuestro ordenamiento jurídico y son parámetro de constitucionalidad y convencionalidad de toda reforma, sin importar la jerarquía normativa del mandato que se intenta modificar, máxime cuando estos instrumentos internacionales contienen cláusulas hermenéuticas que inspiran su interpretación, proyección y progresión. Súmese a lo anterior, que tampoco pueden ser vistos como meros enunciados retóricos sin eficacia práctica, sino como un compendio de obligaciones adquiridas por los Estados para la adecuación progresiva de su normatividad interna para la protección de los derechos humanos.

La sanción perpetua igualmente desquicia el sistema garantista que orienta nuestra dogmática jurídico penal, dado que significaría la implementación de sanciones desproporcionadas, innecesarias, irrazonables, inhumanas, carísimas a los derechos humanos, no quedando alternativa distinta a soportarla en argumentos externos (morales, religiosos, metafísicos), que de contera aparejaría el vaciamiento del plexo de garantías fundamentales, reconocidas por nuestra democracia, abriendo la peligrosa posibilidad del ejercicio arbitrario del detentador del poder, al cual se opone de frente el derecho penal mínimo.

En este contexto la política criminal que se implementaría sería la de la defensa social, que busca preservar la seguridad del Estado y sus instituciones a toda costa, sin importar sacrificios, lo que supondría considerar a este último como fin en sí mismo y no medio para proteger a los asociados y realizar sus garantías subjetivas (lo que realmente es); castigando arbitrariamente cualquier comportamiento en su contra y endureciendo penas, con el trasfondo político, social y económico que traería consigo, lo que en un contexto constitucional como el nuestro es irrealizable. Es así que la pena de prisión irredimible como reflejo de la política criminal de la seguridad o defensa social, nos retrotraería a

escuelas arcaicas o pre-modernas del derecho penal en las que la función de la pena era eminentemente retributiva (vindicativa), negando su función resocializadora.

La consecuencia sería el cierre de la posibilidad de desarrollar una política criminal democrática y garantista, como minimización de la intervención del derecho penal para hacer realidad la cláusula de Estado social de derecho que propugna por el establecimiento de un derecho penal de *última ratio*, en el que el mecanismo más eficaz para prevenir la comisión de delitos no es el endurecimiento de las penas sino la educación de la sociedad y el reforzamiento de valores. Argumentos de gran calado para considerar que la solución no es solamente jurídica y de disimulación de las carencias sociales, por cuanto ésta implica la asunción de responsabilidades en todos los niveles y funciones del Estado, sin importar que sea el camino menos corto, fácil y económico, y el que no represente tantos réditos políticos, como sí los representan las medidas populistas analizadas (búsqueda de fines particulares), que agravan problemas sociales intolerables, por ejemplo, el hacinamiento carcelario y el Estado de cosas inconstitucional que se sigue trenzando a su alrededor.

Finalmente, cabe destacar que el Estado colombiano no tiene los recursos para asumir los costos –económicos y sociales– que dicha sanción genera y que el sector productivo de la sociedad no está en capacidad de subsidiar ni asumir el mantenimiento de la población carcelaria condenada a perpetuidad, recursos que bien podría utilizarse en disminuir la desigualdad social.



# Bibliografía

Linotipia Bolívar y Cia. S en C. Bogotá, 1994.

ALTHUSSER, Louis. Ideología y aparatos ideológicos del Estado.

BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica al derecho penal. Siglo XXI, México, 1993.

BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Edición Latinoamericana. Universidad Externado de Colombia, colección textos fundamentales de derecho, Bogotá D.C., 1994.

BERGALLI, Roberto. Criminología en América latina. Editorial Pannedille. Buenos Aires, 1972.

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale*. En: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid, 1995.

CARRARA, Francesco. Derecho penal. Editorial HARLA.

CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Temis, Tomo I, Bogotá, 1978.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Observación General No. 21 al artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 44° periodo de sesiones.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, 1957, en apéndice a *La giustizia Studium*, Sexta Edición, Roma, 1959. En: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid, 1995.

FERRI, Enrique. Los hombres y las cárceles. 2ª edición, Barcelona, 344 Diputación.

FERRI, Enrico. Los delincuentes en el arte. Temis, Bogotá, 1990.

FOLTER, Rolf y otros. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. Argentina, Ediar, 1989.

FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Gedisa, Barcelona, 1995.

FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. Siglo XXI, México, 2009.

FOUCAULT, Michel. Espacios diferentes. En: Obras esenciales. III Estética, ética y hermenéutica. Barcelona, Paidós, 1999.

GARLAND, David. Castigo y sociedad moderna. Siglo XXI, México, 1993.

GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. Un mundo sin cárceles es posible. Ediciones Coyoacán. México, 2008.

HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2002.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y a la política criminal. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

HUERTAS DÍAZ, Omar. Aproximaciones a la antropología criminal desde la perspectiva de Lombroso. En: Revista Criminalidad. Volumen 53, No. 1, Dirección de Investigación Criminal (DIJIN), Bogotá, 2011.

HULSMAN, Louk. Sistema penal y seguridad ciudadana. Ariel. Barcelona, 1984.

JUALIANO, Mario Alberto y AVILA, Fernando. Contra la prisión perpetua. Del Puerto, Buenos Aires, 2012.

LOCKE, John. Ensayos sobre el gobierno civil. Orbis, Barcelona, 1983.

LOMBROSO, César. Los criminales. Editorial PRESA, Barcelona, 344 Diputación.

LOMBROSO, Cesare. *L'Uomo delinquente*. 1ª ed. 1876, 5ª ed. 1897. En: HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y a la política criminal. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

MARCHIORI, Hilda. Psicología criminal. Porrúa, México, 2011.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. La abolición del sistema penal. Temis. Bogotá, 1995.

MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario. Siglos (XVI-XIX). Siglo XXI, Quinta Edición, México, 2005.

MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Ariel, Barcelona, 1994.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de. El espíritu de las leyes. Universales, Bogotá.

- NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e instituciones políticas. Temis, Undécima edición, Bogotá, 2012.
- PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Constitución Política de Colombia esquemática. Lecce, Edición Conmemorativa 1991-2011, Bogotá, 2011.
- PARSONS, Talcott. El sistema social. En: HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y a la política criminal. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.
- PLATÓN. Diálogos. Critón o del deber. Panamericana, Quinta Edición, Bogotá, 1998.
- PONCE, Aníbal. De Erasmo a Romain Rolland. Liberia Editorial el Ateneo. Buenos Aires, 1939.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano. Doctrina y ley, Cuarta Edición, Bogotá, 2010.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional No. 12, México, 2009.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho penal. Temis, Undécima Edición, Bogotá, 1998.
- RIVERA Beiras, Iñaki. Política criminal y sistema penal. Anthropos Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona. Barcelona, 2005.
- ROSSI, Pellegrino. Tratado de derecho penal. Volumen I. En: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid, 1995.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. El contrato social. Altaya, Barcelona, 1993.
- ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general. Civitas, tomo I, Primera Edición española, Madrid, 2010.
- ROXIN, Claus. La teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales. Tirant lo blanch, México, 2012.
- TORRES REYES, Diego Mauricio. Inflación legislativa y excepción de inconstitucionalidad de oficio. Revista Derecho y Sociedad No.4. Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad Incca de Colombia, 2011.
- VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Cuarta Edición actualizada, Bogotá, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal, parte general. Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1980.

**BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA**

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1983.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Legis, Bogotá, 2005.

COOTER Robert y ULEN Thomas. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica. México, 1998. (Traducción de Suárez Eduardo).

GROLMAN, K. *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft, nebs einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Kriminalgesetze* [1978], reimp., Detlev Auvermann KG, Glashütten i. T., 1970. En: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid, 1995.

HEGEL, G. W. F. Filosofía del derecho. En: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid, 1995.

HOBBS, Thomas. Leviatán. Sarpe, Madrid, 1983.

KANT, Immanuel. La Metafísica de las Costumbres, Tecnos, Madrid, 1989. En: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid, 1995.

MAINE, H. J. S. *Ancient law, its connections with the early history of society and its relation to modern ideas*, Murray, Londres, 1861. En: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid, 1995.

POSNER Richard, Análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica. México, 2007. (Traducción de Suárez Eduardo).

RESKO, John. Prisión perpetua. Grijalbo, versión española de Luis F. Zepeda (título de la obra en inglés: *REPRIEVE, THE TESTAMENT OF JOHN RESKO*), México, 1958.

**WEB GRAFÍA**

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Anuario estadístico 2011. <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2011/12/Anuario20111.pdf>  
Consultado 16 de octubre de 2014.

GALVIS RUEDA, María Carolina. Sistema penitenciario y carcelario en Colombia: teoría y realidad. Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92.pdf> Consultada el 5 de septiembre de 2014.

HULSMAN, Louk. Abolicionismo penal y deslegitimación del sistema carcelario. Conferencia dictada en la Cárcel de Villa Devoto, Buenos Aires, el 12 de septiembre de 2007. <http://www.loukhulsmann.org/index.html?lang=ep> Consultado el 12 de septiembre de 2014.

MATHIESEN, Thomas. Diez razones para no construir más cárceles. Nueva doctrina penal, No. 1, Buenos Aires, 2005. <http://justiciaforense.com/material/2010-CRIMINALISTICA%20Y%20CRIMINOLOG%CDA/Diez%20Razones%20Para%20No%20Construir%20M%E1s%20C%E1rceles.pdf> Consultado el 12 de septiembre de 2014.

MORRILLAS CUEVA, Lorenzo. La función de la pena de prisión en el Estado social y democrático de derecho. Revista internacional de doctrina y jurisprudencia. Universidad de Almería, Almería, 2013. [http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos\\_discurso-investidura.pdf](http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investidura.pdf) Consultado 5 de septiembre de 2014.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf> Consultado mayo de 2014

### **NORMAS INTERNAS**

Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2006).

Código Penal (ley 599 de 2000).

Constitución Política de Colombia.

Ley 1121 de 2006.

Ley 1453 de 2011.

Ley 1709 de 2014.

### **INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

### **JURISPRUDENCIA NACIONAL**

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-406 de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-414 de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-549 de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-596 de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-093 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-301 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-565 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-176 de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-026 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-038 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-070 de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-118 de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-319 de 1996 (salvamento de voto de los Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-430 de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-609 de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-144 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-148 de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-153 de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-010 de 2001

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-501 de 2001

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-581 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-646 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-647 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-737 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1064 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1212 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-1303 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-578 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-806 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-939 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-958 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-1319 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-551 de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-668 de 2004 (aclaración de voto del Magistrado Rodrigo Uprimny Yepes).

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-858 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-397 de 2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, auto de 23 de octubre de 2000, radicado 16.997.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de agosto de 2002, radicado 15.728

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de septiembre de 2002, radicado 8.099 (aclaración de voto del Magistrado Fernando Arboleda Ripoll).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, auto de 11 de febrero de 2003, radicado 17.392.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de mayo de 2003, radicado 20.309.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de julio de 2003, radicado 18.583.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia 11 de febrero de 2004, radicado 20.945.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 21 de abril de 2004, radicado 19.930.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 5 de noviembre de 2008, radicado 29.053.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de octubre de 2008, radicado 29.310.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, auto de 22 de agosto de 2008, radicado 30.280.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de febrero de 2013, radicado 33.254.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 28 de mayo de 2014, radicado SP6700-2014, 40.105.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, radicado 11001032600020030001401 (24.715).

### **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 18 de agosto de 2000, caso Cantoral Benavides contra Perú.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 2 de febrero de 2001, caso Baena Ricardo y otros contra Panamá.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 18 de septiembre de 2003, caso Bulacio contra Argentina.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 7 de septiembre de 2004, caso Tibi contra Ecuador.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 25 de noviembre de 2004, caso Lori Berenson Mejía contra Perú.[aic/texto1html](#)).