

La cárcel a la luz de los derechos humanos: Análisis de límites al poder punitivo estatal legítimo

Prison in the light of human rights: Analysis of limits to legitimate state punitive power

A CÁRCEL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DE LIMITES AO PODER PUNITIVO ESTATAL LEGÍTIMO

Sahiet S. Meza García *

Resumen

En Colombia la cárcel es hoy día la respuesta por antonomasia del sistema penal, como también es el escenario donde mejor se grafica la ilegitimidad de la pena de prisión valorada según los principios internos del ordenamiento jurídico. Este escenario da cuenta de la falta de legitimación externa del Derecho penal, evaluado por las demás ciencias sociales y según la función de "última ratio", uno de los elementos de la esencia de este sistema de control social. Las críticas que se sostienen desde la prohibición de excesos o principio de proporcionalidad conducen a que en el ámbito colombiano el sistema penal no sea consecuente con el objetivo de mantener el modelo de Estado que establece la Constitución Política en el artículo primero, fundamentando la estructura pública en el respeto a la dignidad humana.

Demuestro en este artículo que es cierto que el exceso de pena privativa de libertad se contrapone con el modelo de Estado. Por ende la cárcel, institución hoy por hoy anacrónica, debe limitarse para delitos graves, haciendo énfasis en las alternativas a la delincuencia y a la propia cárcel.

Palabras clave: Derecho penal, pena de prisión, alternativas a la pena privativa de libertad, fines de la pena, sistema penal, política criminal

Abstract

Imprisonments in Colombia are the main outcome of criminal procedures. It is also the scenery that best illustrates the illegitimacy of the prison punishments in the legal system, taking into account the principles of the legal order. Currently there is, indeed, a lack of external legitimation of Criminal Law, which has been provided with the "function of última ratio" in the social sciences. That is, a fundamental element of social control. As important as it is, the delegitimization of imprisonment due to its excessive use in Colombia presents many flaws if we consider the principle of proportionality. Therefore, in the Colombian context, the legal system is not oriented towards its goal of sustaining the model of State that is

Fecha recibido: Febrero 23 de 2014

Fecha de aceptación: Agosto 27 de 2014

DOI: <http://dx.doi.org/10.22335/rictv6i1.139>

* Sahiet S. Meza García. revistalogos@policia.edu.co <http://orcid.org/0000-0002-8988-1048>

established in the Political Constitution in the first article, which claims that the latter is based on the respect for human dignity. In this paper I state that the excessive use of imprisonment as the main punishment in Colombia's legal system contrasts the model of State proclaimed in the constitution. This, prison, currently an anachronistic institution, must be limited only to serious crimes. Several alternatives to jail are presented, making an emphasis on the importance to provide as well alternatives to delinquency.

Resumo

Em Colômbia a pena é hoje a resposta por antonomasia do sistema penal, como também é o lugar onde melhor se grafica a ilegitimidade da pena de prisioneiros valorada conforme os princípios internos do ordenamento jurídico. Este cenário da contagem da falta da legitimação externa do direito penal, avaliado para as outras ciências sociais e como a função de "última relação", um dos elementos da essência deste sistema de controle social. As críticas que se mantêm desde a proibição e óbito da proibição e proporcionalidade conduzem a que no âmbito colombiano o sistema penal nenhum mar consecutivo com o objetivo de manter o modelo do Estado que estabeleceu a Constituição Política no artigo primeiro, fundando a estrutura pública no Respeto a la dignidad humana. Demembro é um artigo que é certo que o excesso de pena privativa de liberdade se contraponha com o modelo de Estado. Por ende la cárcel, institución hoy por hoy anacrónica, deve limitarse para delitos sepulcros, fazer ênfasis en las alternativas a la delincuencia y a la propia cárcel.

Palavras-chave: Direito penal, pena de prisão, pena privativa de liberdade, multa da pena, sistema penal, política criminal

Introducción

Desde una perspectiva garantista abordo el estudio de límites al desarrollo y ejecución del poder punitivo estatal legítimo. Dirijo la investigación analizando la pena de prisión y su incidencia en la legitimación externa del Derecho penal, de cara a las demás ciencias sociales y

según la función que el Derecho penal está llamado a cumplir dentro del universo social¹.

En la primera sección estudio la política criminal actual del Estado colombiano, conforme al fenómeno criminal vigente que pretende intervenir, es la cárcel el objeto de exposición en el que me referencio para plantear el debate sobre la legitimidad del Derecho penal y legitimidad de la propia cárcel dentro del Derecho penal. Los juicios respecto de la legitimidad, los llevo a cabo partiendo del concepto de garantismo que maneja Ferrajoli², conforme al cual indico las primeras reflexiones criminológicas de mi estudio, en sentido de ¿por qué castigar? y ¿qué conductas prohibir?

Según desarrollo la sección primera, argumento la conveniencia del Derecho penal mínimo por encima de la tendencia expansiva que presenta el conocimiento penal en América y Europa continental. Así mismo introduzco el tema de la crisis de la pena privativa de libertad, a través de los fenómenos de la democratización del Derecho penal, la falta de coordinación con el Derecho administrativo³ y la nefasta figura de la prisión sin condena, exponiendo estos eventos como las representaciones más dicientes de la crisis de la pena privativa de libertad y la crisis del Derecho penal. Mis argumentos esenciales se basan en que la cárcel no previene delitos, ni evita la avalancha de castigos inhumanos⁴ sobre quien ha delinquido, dos temas fundamentales y que justificaron en su momento las virtudes humanitarias de la cárcel por sobre los castigos corporales y la pena capital.⁵

En esta ocasión, escribo para el legislador y me ubico en un momento anterior a la dogmática, en el momento en que se habilita poder punitivo y se definen los límites, importantes en última instancia para prevenir las masacres, pues como lo enseña la historia, estas han sido cometidas por los Estados⁶, a través de poder punitivo descontrolado. A su vez unos límites razonables evitan el naufragio del Estado de Derecho.

En el debate sobre los límites al poder punitivo, participo de la idea de tener un poder jurídico fuerte dentro de un Estado no muy autoritario. En

el momento de la producción legislativa se definen temas esenciales del sistema punitivo, como el hecho de establecer los fines de la pena desde la Constitución Política y se justifica el máximo rango normativo debido a la directa relación del tema de fines de la pena con los derechos humanos. Es por ello que debe ser definido desde el nivel constitucional, principalmente por las mayores garantías que la norma superior ofrece. Para el caso de nuestro país, es el Código penal la compilación que trata el tema de fines de la pena en un artículo simple, en el que expone siete (7) fines que ha de cumplir la pena⁷, sin referirse a la manera como operan unos sobre otros en los distintos momentos, para superar los problemas de las antinomias penales⁸.

Por otra parte, referente a fenómenos que traumatizan el desarrollo del proyecto penal legítimo estatal, está la prisión sin condena. Esta institución que debería ser excepcional, en la práctica constituye una manera sistemática en que el Estado priva de la libertad a individuos cuya presunción de inocencia aún se encuentra incólume, basándose en los amplios criterios de la "inferencia razonable" del artículo 308 del CPP.

Lo cierto es que en Colombia la realidad jurídica se compone por exceso de cárcel en la norma sustancial y favorecimiento de exceso de cárcel en la norma procesal, (de 355 delitos en el Código penal, 319 se castigan con cárcel), ello es una manifestación de la represión propia del Estado de policía.⁹ Se trata sin duda de uno de los puntos clave donde se deslegitima el Estado colombiano, principalmente por la falta de reflexión respecto de la necesidad de ir superando, así sea de manera paulatina, la cárcel como castigo legítimo por antonomasia, más aun cuando se predica o se cree en la "función agnóstica" de la pena o sea que no se verifica en ella ninguno de los fines que ostenta, excepto la inocuización en algunos casos¹⁰.

En el artículo hago un análisis exhaustivo de la realidad normativa y fáctica colombiana de la pena privativa de libertad a través de los fenómenos sociológicos de incidencia penal y a la luz del poder punitivo habilitado por el legislador. Parto de la norma y de la realidad para exponer mi visión crítica y reflexiva en torno al estado actual

de la cuestión del sistema penal estatal, con el fin de demostrar que el Derecho penal actual y el de un futuro inmediato están diseñados con estructuras que no tienen las características esenciales del Derecho penal del Estado democrático; fundamentado en la idea del ser humano como eje central de la actuación estatal y respetuoso de los principios de lesividad, proporcionalidad y mínima intervención represiva.

Acredito la deslegitimación del discurso resocializador por afectar de manera antijurídica derechos fundamentales en el proceso de criminalización primaria, secundaria y terciaria. A ello llego una vez que demuestro la desvinculación de la política criminal con la criminología, lo que me permite afirmar la ilegitimidad del Derecho penal.

En este orden metódico demuestro la imposibilidad formal y material de dar cumplimiento a los fines que la normatividad colombiana contempla para la pena y demuestro que por el contrario, el sistema punitivo colombiano produce sistemáticamente afectaciones antijurídicas que se pudieran evitar si no fuera por la escasa inversión en prevención de criminalización primaria.

De manera general, mis conclusiones respecto a la criminalidad como fenómeno social giran en torno a dos grandes aspectos; el primero conduce a demostrar que son los derechos fundamentales el conjunto de criterios con los cuales establecer las prohibiciones y sus formas de represión y el segundo grupo de conclusiones se enfoca en considerar al "sujeto desviado" como un miembro de la propia estructura social, que en un momento determinado encaja dentro de los elementos de una calificación, "mereciendo ser llamado desviado" de manera temporal, pero el sujeto nunca deja de ser un " *intraneus*" de la sociedad, necesitado de protección ante el Estado que lo criminaliza por intermedio de su herramienta más poderosa, el Derecho penal.

Por otra parte, el propósito de este texto apunta a resaltar lo esencial de la inversión en prevención de criminalización primaria como medio eficaz de evolución social. Mientras haya que mantener la

cárcel como respuesta penal por excelencia, habrá que invertir en cárceles y sistemas de cárceles para evitar el distanciamiento del ser con el deber ser.

De esta manera, el sistema represor también debe ser estudiado como factor criminógeno, cuyas manifestaciones delictivas no deben quedar legitimadas por la omisión¹¹ si no que deben ser calificadas y tratadas como factor criminógeno fuerte.

¹ Legitimación externa del Derecho penal frente a la complejidad del sistema social, y legitimidad interna de la pena de cara al significado del Derecho penal, propio de las constituciones modernas, representa el marco de discusión que entro a exponer.

² El profesor FERRAJOLI, desarrolla en diferentes obras el concepto de garantismo. A lo largo del estudio, referencio tres de ellas: *Derecho y Razón, Garantismo, democracia y garantismo*.

³ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid 2000, cuarta edición, Pg 410.

⁴ La historia de las penas legítimas ha evidenciado la creatividad humana en función del dolor de la víctima.

⁵ MEZA GARCIA SAHIET, Política criminal y fines de la pena. Estudio crítico en Colombia, Trabajo fin de máster, Universidad de Salamanca, Máster en Derecho penal, 2013.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos*, Ediar, Buenos Aires, 2011, Pg 447.

⁷ El artículo 4 de la ley 599 de 2000, establece que la pena cumple las funciones de prevención general, prevención especial, retribución justa, protección al condenado y resocialización.

⁸ SANZ MULAS Nieves, *Alternativas a la pena privativa de Libertad*, Colex Madrid 2000, Pg 63.

⁹ ZAFFARONI, La palabra..., Op cit, Pg 475

¹⁰ RICO José, *Crimen y Justicia*, Siglo veintiuno, Madrid 1977,

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palab...* Op cit, Pg 171

I. El sistema de penas en Colombia y la prisión preventiva

El artículo cuarto del Código Penal colombiano establece que la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. El criterio es de rango legal, cuando la importancia del tema sugiere que sea la constitución el órgano que establezca el fin de los castigos penales. De esta manera la utilidad del castigo queda respaldada por mayor seguridad

jurídica-un aspecto que ciertamente merece tal tratamiento.

Los beneficios materiales de establecer los criterios que fundamentan la pena por medio de la Constitución, comienzan por la mayor complejidad requerida para el tema de modificaciones por parte del poder de turno. Incluso en abstracto se justifica el rango constitucional de la materia, por tratarse de un tema que interviene de fondo los derechos fundamentales.

Con respecto del tipo de penas, señala el Código Penal en el artículo 35 que la pena privativa de libertad y la pecuniaria de multa, son las penas principales, estableciendo a su vez el artículo 35 que las penas privativas de otros derechos también serán consideradas penas principales. Sin embargo, no existe algún tipo en la parte especial que sancione únicamente con privación de derecho distinto a la libertad, o intervención del patrimonio. Las penas sustitutivas son, según el código: la prisión domiciliaria para sustituir la prisión, y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido como sustitutivo de la multa. Hoy por hoy es posible concluir que las penas privativas de otros derechos son siempre accesorias, pues acompañan a la cárcel o a la multa, a pesar de que el código establezca la posibilidad de que sean penas autónomas.

En el Código Penal colombiano, solo seis delitos se castigan con multa más privación de algún derecho¹. Las especificaciones y sugerencias de utilización como pena autónoma, las desarrollo en la sección III. Sin embargo, seis delitos, de un universo total de 355, representa una cifra insignificante, lo cual no quiere decir algo distinto a que en la realidad, la pena de multa es un agravante para la pena privativa de libertad, ello aun cuando la pena pecuniaria tiene la capacidad y los elementos esenciales, para ser respuesta penal frente al delito. Además de la eficiencia preventiva, las ventajas que presenta la multa sobre la cárcel son evidentes, como por ejemplo el hecho de que no desocializa al individuo, permitiéndole conservar la "normalidad" psicológica².

Además de la prisión y la multa, la legislación colombiana establece como penas privativas de otros derechos las siguientes restricciones:

- La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
- La pérdida del empleo o cargo público.
- La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.
- La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría.
- La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.
- La privación del derecho a la tenencia y porte de arma.
- La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.
- La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas.
- La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.

El escenario colombiano desde la perspectiva de la cárcel, representa la repetitiva escena latinoamericana de exceso de prisión por parte de los jueces y exceso de habilitación por parte del legislador para implementar la prisión.

Vista a través del Código Penal, la realidad carcelera se muestra consecuente con las pretensiones del código en su afán de excesiva punición³ y escasa destinación de recursos al sector penitenciario, aun conociendo la utilización excesiva que se hace de la figura.

Los datos que relacionan infraestructura con población reclusa son alarmantes, aunque predecibles, evidentemente. Según estadísticas oficiales del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) en mayo 31 de 2013, la población total de internos e internas, era de 117 528 reclusos, en cárceles con capacidad real para albergar 75 726 internos.

1.1 La pena de prisión

Según el conjunto de conductas prohibidas por el Código Penal colombiano vigente, de 355 delitos, 319 de ellos tienen a la cárcel como respuesta penal. La pena máxima en Colombia son 60 años de prisión efectiva.⁴

A pesar de que la normatividad mencione que en Colombia la pena cumple todas las funciones que los Estados modernos suelen darle a la pena⁵, la búsqueda de prevención general negativa y prevención especial negativa constituyen el afán del Estado colombiano de la última década. La tendencia al alza en cuanto a severidad de penas sin mediar el respectivo fundamento criminológico en Colombia representa la normalidad actual.

Hoy día el Código Penal es particularmente severo debido a que en 2004, la ley 890, sin establecer ningún esbozo de fundamento teórico, aumentó todas las penas de la parte especial. Así mismo, el legislador permite al juez penal colombiano fundamentar su sentencia de manera muy cómoda, pues a pesar de establecer siete fines para la pena, como ya mencioné⁶, no establece prioridades o momentos de aplicación, como podían haber sido elementos de la teoría dialéctica de Roxin⁷.

La realidad demuestra que la excesiva punición poco está respaldada por saberes criminológicos. La sobrepoblación carcelaria, antijurídica por naturaleza, no tiene cabida dentro del Estado moderno de Derecho. La carga antijurídica a la que se somete el procesado y la excesiva cantidad de pena, no pueden sostenerse desde ópticas resocializadoras. Ejemplo de esta situación, es el caso de los 60 años que establece la normatividad colombiana como límite para concursos de delitos graves⁸. Es evidente que en la práctica se traducen 60 años en el resto de tiempo vital de un individuo, este es el evento más demostrativo de las contradicciones de esta naturaleza que presenta el Código Penal, pues predica la resocialización. Evidentemente 60 años de prisión es un eufemismo de cadena perpetua.

La presencia de eufemismos en la normatividad, además de deslegitimar el discurso estatal, deslegitiman el Derecho penal frente a las demás

ciencias sociales, puesto que generan contradicciones internas en el sistema (entre artículos que exponen la resocialización como fin de la pena y al mismo tiempo la prevención especial negativa, sin desarrollar prioridades, ni criterios de aplicación).

Esta realidad hace de la pena de prisión una institución violenta y perversa, inmersa en una coyuntura que aun a pesar de su “modernidad” no ha sido capaz de responder al delito con una institución más inteligente que la cárcel⁹.

El escenario de la pena de prisión en Colombia, es necesario apreciarlo como un reflejo del Estado colombiano, donde la falta de recursos y elementos son el fundamento estatal para justificar la incapacidad de garantizar los derechos humanos de quienes se encuentran privados de la libertad. De esta manera, el fin resocializador del artículo 4 del Código Penal es inalcanzable en la práctica. La insuficiencia de recursos se traduce en hacinamiento y condiciones de salubridad que conllevan, además del incumplimiento de los fines de la pena, a la destrucción integral del ser humano, puesto que las condiciones indignas en nada favorecen su derecho a un tratamiento que le brinde elementos para reintegrarse a la comunidad¹⁰.

La estancia en prisión, como lo ha reconocido la Corte Constitucional¹¹, constituye mucho más que la privación del derecho a la locomoción. La pena privativa de libertad únicamente debería privar de la libertad, y no servir de escenario para el quebrantamiento de otros derechos, aunque en la práctica muchos derechos se ven excesivamente restringidos, menoscabo que no debería tener lugar. La propia dignidad humana, la salud, la familia de las personas privadas de la libertad, efectivamente se ven afectadas de manera antijurídica en los penales colombianos.

La Tabla 1 denota la presencia excesiva de la cárcel en 319 de los 355 tipos penales colombianos.

Castigo	Nº de delitos con esa pena
Solo cárcel	91
Solo multa	30
Solo privación de otros derechos	0
Cárcel + Multa	170
Cárcel + Privación de otros derechos	16
Multa + Privación otros derechos	6
Cárcel + Multa + Privación de otros derechos	42

Tabla 1. Presencia de cárcel en 319 de 355 de los delitos penales colombianos

Colombia se configura como un escenario con un Derecho penal en crisis, productor de sentencias que imponen pena de prisión de manera excesivamente común, generalmente acompañada de inhabilitaciones o de una multa o de ambas. Esta excesiva punición termina por acorralar al condenado, quien es sometido a una realidad donde no hay cabida para debatir la existencia de la resocialización en el sentido que el código plantea, la razón principal es que el status que adquiere el sujeto después de ser sancionado penalmente le impide el desenvolvimiento social, producto de la etiqueta que deberá cargar luego de purgar la pena. Es lógico que la adaptación social no resulte favorecida debido a lo lesionado que el sujeto queda luego de padecer, si sobrevive, los efectos de la prisión y sus consecuencias.

I.II La prisión preventiva en Colombia

Al estudiar la prisión en Colombia a la luz de las cifras, salta a la vista que el fenómeno de la prisión preventiva es uno de los males de magnitud descomunal para el sistema y para el ser humano. No se discute que la prisión preventiva “*per se*”, sea inconstitucional, puesto que en teoría, esta constituye una excepción de la regla. La inconstitucionalidad nace cuando la excepción se convierte en la regla general. El protagonista de este flagelo siempre es una persona no condenada, mantenida bajo las condiciones de los considerados culpables. Sostengo que no existe argumento que legitime su condición desde el principio de proporcionalidad y bajo la realidad

que promueve el Código de Procedimiento penal, principio que además de incidir en la individualización judicial de la pena, es necesario en sede de prohibición legislativa y procedimental.

La naturaleza del ambiente colombiano en los tribunales ve como normal la prisión preventiva. La erradicación de este fenómeno contribuiría favorablemente en gran medida con la situación de derechos humanos en los penales del país, en primera medida porque el deber ser es mantener privados de la libertad a quienes sean considerados culpables y dejar en libertad a quienes se presuman inocentes. Lo contrario son excepciones que deben limitarse al máximo para no desnaturalizar el deber ser.

La prisión preventiva es una medida tan gravosa, que debería restringirse únicamente para aquellos casos donde sea la única manera de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, cuando sea la única manera en que no ponga en peligro la comunidad, o para evitar que no obstruya el proceso¹². Sin duda alguna en Colombia el imperativo del Código Penal no se compadece con la realidad, donde, como ya mencioné antes, se utiliza la medida cautelar de manera irracional, resultando perjudicado el procesado y su familia. La detención preventiva de una persona atropella la presunción de inocencia y con ella la vida digna del procesado y sus personas cercanas. Más aun cuando el sitio efectivo de detención es compartido con los condenados. Está de más argumentar en favor del tratamiento diferenciado entre los condenados y los inocentes.

Sin mencionar los costos económicos que implica mantener una persona en la cárcel.

El escenario que denuncio es nefasto, no solo por la intensidad de utilización de la medida, sino por la duración excesiva que presenta esta desproporcional práctica, al igual que como toda utilización irracional del poder punitivo, debería causar repudio a la sociedad. Este carácter la convierte en contraproducente para la prevención general, además que genera desconfianza de los asociados en el sistema punitivo legítimo.

En Colombia, la discusión jurídica respecto de la viabilidad de la medida, gira en torno a la

discusión sobre qué se entiende por "inferencia razonable, puesto que el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, expresa como requisito de procedibilidad de la medida que: *"cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga"*¹³. Debiendo ser para prevenir la obstrucción de la justicia, para asegurar la comparecencia al proceso y para evitar un peligro a la sociedad. Como resulta evidente ante la lectura del artículo, el rango de amplitud es considerable. Está claro que la inferencia razonable no ofrece criterios de distinción suficiente para perjudicar la presunción de inocencia.

Considero pertinente la argumentación que trae Norberto de la Mata respecto al juicio de proporcionalidad de las prohibiciones¹⁴, válido también para la sede procesal, escenario donde se dictamina la peligrosa medida preventiva privativa de libertad. Señalo el juicio de proporcionalidad, ya que la correcta aplicación de este principio debería impedir la viabilidad de esta medida en un gran universo de situaciones producto de un estado de miedo en la sociedad; estado de pánico necesario para que las agencias de control ejerzan medidas típicas de Estado de policía, como el estado de prisión excesiva frente al fenómeno criminal. El resultado indeseado del fenómeno se refleja en la prisión de hoy¹⁵, prisiones ocupadas por personas cobijadas aún por la presunción de inocencia, lo que indica que no son delincuentes de manera estricta, ni siquiera bajo los parámetros del riguroso Código Penal colombiano. Este escenario reafirma el fenómeno de la crisis de la pena privativa de libertad y crisis del Derecho penal en la escena colombiana. Puede decirse que ambas instituciones se ven catalogadas como ilegítimas desde la perspectiva de las demás ciencias sociales, desde la óptica externa de la legitimación. En síntesis, ello se explica porque el exceso de cárcel no es el fin que el Derecho penal presenta ante el conjunto de ciencias sociales en un Estado Democrático y de Derecho y Social como fin de su función.

¹ La cuantía se determina, teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.

² No me refiero al uso psiquiátrico del término, simplemente quiero resaltar en que el desequilibrio mental que la cárcel representa, del cual no participa quien no entra en ella.

³

http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/SeccionInpecc/omoinstitucion/Consolidado_estadistico Revisado 8/11/2013.

⁴ Ley 890 de 2004. Artículo 1. Establece que ninguna pena por concurso, podrá exceder de 60 años de prisión. Y Ley 599 de 2000 (código penal), artículo 37. "La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso."

⁵ Mencioné al comienzo del capítulo, que el artículo cuarto del código penal colombiano establece que la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

⁶ El artículo cuarto del Código Penal colombiano establece que la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Digo 7, ya que la prevención especial se divide en dos, al igual que la prevención general.

⁷ El profesor ROXIN establece que la pena cumplirá diferentes funciones según el momento en el que se trate, o el momento que se aprecie. En el capítulo II. Sobre fines de la pena desarrollo la teoría Dialéctica del profesor ROXIN.

⁸ Art 1. Ley 890 de 2004.

⁹ ROBESPIERRE Maximilien, *Discurso sobre la trascendencia y la personalidad de las penas*, Ediar, Buenos Aires Argentina, 2011, Pg 40.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-261 de 1.996: "La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental de la dignidad, sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana. La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo."

¹¹ Mediante sentencia T - 153 de 1998, la H. Corte constitucional, previa declaración de estado de cosas inconstitucional, ordena al gobierno central adoptar medidas tendientes a posibilitar los fines de la pena.

¹² Así se expresa el artículo 308 del código de procedimiento penal. Ley 906 de 2004.

¹³ Artículo 308 código de procedimiento penal. Ley 906 de 2004.

¹⁴ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, Pg 89.

¹⁵ BENITO DURA Mauricio, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, Pg 265. "En Colombia, para 1999, el costo en Dólares por persona presa mensualmente es de 224,5".

II. Consideraciones acerca de los fines de la pena en Colombia

Zaffaroni expresa que el verdadero poder punitivo lo ejercen las agencias de policía¹, ya sean aduaneras, de inteligencia, bancarias y demás. Indica que las agencias judiciales limitan o impulsan el poder punitivo pero no son quienes realmente aplican poder punitivo. Tiene mucha razón el profesor argentino, más aún cuando opera el fenómeno de la selectividad en el sistema represor estatal. Las agencias de policía operan basadas en estereotipos que se conforman por los conceptos impresos en la sociedad, grupos mayoritariamente conformado por pobres, y por sujetos no muy inteligentes². Los Estados no suelen tener sus cárceles llenas de poderosos ni de genios maléficos.

En este sentido el juez tiene un poder jurídico para decidir la suerte de lo que previamente se ha filtrado, es así como funciona la aplicación de poder punitivo y no a la inversa como se suele creer³.

Al abordar el estudio de los fines de la pena, la importancia del tema es tal, que es la única parte del saber penal que no puede faltar para que se represente la corriente del conocimiento con el que sustentar un caso jurídico concreto o una idea académica.⁴ Se trata de la "espinas dorsal" del Derecho penal práctico y teórico.

Ahora bien, resulta necesario distinguir entre "determinación legal de la pena e individualización judicial de la sanción penal"⁵ ambas instituciones coexisten con distinto sentido de funcionalidad. Por una parte, los fines de la pena se entienden como el punto de referencia acerca de la legitimación externa del Derecho penal y, por otra parte, los criterios para individualizar judicialmente la sanción penal de un individuo en particular, son aquellos que justifican esa pena en concreto

conforme a los parámetros internos del Derecho penal.

Según la función de la ciencia penal completa dentro del universo social, el Derecho penal tiene su razón de ser en la pena. El Derecho penal entendido como potestad punitiva del Estado⁶, se representa en el fin de la pena que maneje el Estado que sanciona. En la pena se fijan las demás ciencias sociales para legitimar o deslegitimar el Derecho penal, pues además de la ley positiva como objeto jurídico, la pena es la representación en la realidad de ese objeto.

La legitimación externa del Derecho penal se justifica en la coherencia necesaria para funcionar en armonía con la maquinaria social. El Derecho penal deberá actuar según la función de la pena que se maneje a nivel constitucional (en torno a la protección de bienes jurídicos) para que responda coherentemente ante las demás ciencias. Es así como hay que partir de que

*" el Derecho penal se entiende, pues, modernamente, como un medio ineludiblemente necesario para garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos, que posibilita la vida en comunidad, y que no se pone al servicio de una determinada concepción ética"*⁷

Estudiar los fines de la pena es entender bien qué pretende y qué es el Derecho penal⁸. A partir de allí es factible razonar qué función cumple en la sociedad y, entonces, es posible inferir la forma eficiente para utilizar el sistema penal-condicionado y limitado por el modelo de sociedad y modelo de Estado donde existirán materialmente las penas⁹.

Partiendo de esta comprensión, solamente los fundamentos que legitiman el Derecho penal, conforman el abanico de posibilidades que facultan al juez para fundamentar la determinación de la sanción penal para poder determinar el "quantum" de pena en el caso concreto, momento en el que las diferentes teorías sobre los fines de la pena se evalúan a la luz de los postulados del Estado social de Derecho.

El artículo 4 del Código Penal expresa que la pena cumplirá las funciones de prevención general, prevención especial, reinserción social, protección al condenado y la anacrónica retribución justa. Desde este momento es conveniente manifestar que el concepto de protección al condenado induce a alejar la realidad del significado de la pena, por lo que esta es un mal que hay que limitar y el único sentido que le encuentro a la protección al condenado, se relaciona con la protección a este de la venganza privada.

El artículo 4 del código penal necesita ser interpretado para resolver los problemas conocidos en la dogmática como las **antinomias penales**, denominación mediante la cual se conoce un problema inherente a las teorías sobre los fines de la pena.

Las **antinomias penales** surgen debido a que cada teoría tiene distintos antecedentes, la naturaleza de cada cual difiere de las demás. No es posible un escenario donde todas las teorías converjan al mismo tiempo y con la misma intensidad, puesto que tienden a excluirse unas con otras. Es por este razonamiento que las teorías unificadoras fracasan en puntos de colisión de prevención general con prevención especial y con exigencias de culpabilidad¹⁰.

En este escenario Roxin expone la teoría dialéctica como evolución sobre las teorías inmóviles unificadoras.

Podría pensarse en la prelación de la prevención especial sobre la prevención general, en la idea del ser humano como objeto central del Derecho penal y de toda la actividad estatal, aunque por el contrario puede sostenerse que debe primar la prevención general sobre la especial, por la máxima de la primacía de lo general sobre lo particular. La prevención general, propenderá por el aumento de penas y por proteger a la sociedad, mientras que la prevención especial (positiva) hace hincapié en penas cortas que sean capaces de resocializar. No es factible dar prelación a intereses generales violentando a un individuo, los Derechos Humanos y el Estado de Derecho lo impiden. Debido a este fenómeno han surgido las teorías

mixtas con intención de dar solución al planteamiento que señalo.

Teorías mixtas: tradicionalmente se divide el estudio de este grupo de teorías, en aditivas y dialécticas. En las primeras, **aditivas**, se suman todos los fines de la pena sin establecer una prelación entre las teorías. Es por esto que se califica como una teoría estática¹¹.

Las teorías aditivas no logran superar los defectos que las antinomias penales señalan. Estas teorías adicionan fines de la pena de manera general, con los vicios y virtudes propios de cada teoría.

La corriente **dialéctica** es el concepto donde el profesor Roxin fundamenta su teoría del delito frente a la problemática de las **antinomias**. Pretende el profesor establecer prelación respecto de los fines de la pena entre sí, de acuerdo con los distintos momentos, (legislativo, ejecución judicial, y ejecución de la pena), por lo que es una teoría de carácter dinámico.

Roxin, busca la manera de limitar los defectos de cada una de las teorías, al pretender "*establecer conexiones*"¹² entre ellas, permitiendo que operen en distintos momentos los fines de la pena.

En este orden de ideas, la pena ha de cumplir un fin distinto de acuerdo a la fase de que se trate, así en una (1) primera fase de elaboración legislativa es la PREVENCIÓN GENERAL el fin de la pena llamado a surtir efectos. En una (2) segunda etapa de imposición y medida de pena, la PREVENCIÓN ESPECIAL y PREVENCIÓN GENERAL son las funciones que operan, puesto que ya no se trata de un ser innominado, sino como afirma Muñoz Conde; "*de un sujeto de carne y hueso, con todas sus virtudes y defectos*"¹³. Además de que con el cumplimiento de la sanción se verifica la prevención general. En la (3) etapa de la ejecución de la pena, solo puede justificarse el contenido RESOCIALIZADOR¹⁴ puesto que cualquier fin preventivo general "buscado" por intermedio del condenado, sería quebrantar su dignidad pues se estaría utilizando al sujeto como medio para comunicar a otros y no como fin en sí mismo.

Sin duda alguna, la certeza de la imposición es el detonante que hace nacer los efectos preventivos generales en la generalidad. Así la amenaza contemple una pena no muy elevada. Los fines preventivos generales y preventivo especiales pueden perseguirse de manera simultánea, si la condena impuesta es acertada en cuanto a culpabilidad y mientras que ambos fines exijan un "*quantum*" de pena similar.¹⁵

El choque entre prevención general y prevención especial se presenta cuando el procesado requiere diferente cantidad de pena en un sentido y en el otro. Roxin resuelve el conflicto ponderando necesidades según el caso concreto, resaltando que la prelación la tiene la prevención especial, puesto que la resocialización debe llevarse a cabo donde sea posible y una preferencia de prevención especial no elimina la prevención general-a lo sumo la menoscaba-mientras que la prevención general si tiene capacidad para opacar los intereses preventivo especiales¹⁶.

Enseña el maestro Roxin que el Derecho solo puede crear la conciencia social que le interesa si preserva la individualidad de quien está procesando, de esta manera el Derecho penal debe salvaguardar la personalidad individual por medio de la culpabilidad¹⁷. Es así como se obtiene el fin preventivo general especial, puesto que las penas desproporcionadas repugnan a la sociedad.

II. I TEORIAS DE LA PENA DE MANERA MUY SUPERFLUA

Teorías abolicionistas

La ideología abolicionista es radical. Su premisa principal es que la cárcel como castigo estatal legítimo debe ser abolida completamente y ser remplazada por un sistema distinto, debido al evidente fracaso de la cárcel como institución útil a la sociedad de nuestro siglo, en el marco del Estado Social de Derecho.

Actualmente no contamos con el desarrollo necesario por parte de los abolicionistas para implementar un sistema distinto a la crítica cárcel.

Teorías justificacionistas

Representan el concepto base de que la pena, aun siendo un mal, es necesaria y debe mantenerse vigente como reacción estatal legítima ante el fenómeno delictivo. Hoy día, el contenido de las especies de teorías justificacionistas (absolutas y relativas) se muestran cada una en su esencia, pero con particularidades o rasgos de la otra. Esto es, que las teorías preventivas en algunos casos justifican la pena con argumentos retribucionistas (como el caso de los psicópatas; personajes que no son motivados por la norma y, al no serlo, la prevención sencillamente no opera).

Las teorías absolutas a su vez pueden mostrar rasgos preventivos.¹⁸

Teorías absolutas

Las teorías absolutas justificativas de pena la consideran aislada de cualquier utilidad social¹⁹. La funcionalidad de la pena es plenamente retributiva por el hecho cometido, de manera simple se proponen equilibrar con la imposición de la pena, el mal causado por el delincuente, en una metafórica balanza.²⁰

Teorías relativas, preventivas o utilitarias.

Estas teorías consideran la pena como un medio para obtener un fin; la prevención de futuros delitos que se obtiene producto de la articulación coordinada entre la pena y el sistema social al cual pertenece. De esta manera la pena es útil socialmente²¹, debido a que pretende prevenir delitos.

Las teorías relativas se manifiestan a través de la prevención general y la prevención especial. Las cuales a su vez cuentan cada una con una vertiente positiva y otra negativa.

La prevención especial

La esencia de la prevención especial radica en pretender que la persona que ha delinquido se abstenga de comportarse contrario al derecho en un futuro. Esta es la primera gran diferencia respecto de las teorías absolutas. La pena se dirige al sujeto individualmente considerado y propende por prevenir la reincidencia.

Prevención especial negativa o inoquizadora.

A través de la inoquización, busca el Estado evitar que el sujeto que ha delinquido vuelva a delinquir. Esta vertiente se beneficia de métodos que pueden ir desde el encierro, la desaparición o la muerte del inoquizado.²²

Prevención especial positiva o resocializadora.

La prevención especial positiva desarrolla su objeto en la educación para la libertad del delincuente primario condenado a pena de prisión. La resocialización pretende educar a un sujeto "desviado," para ser apto para la convivencia en sociedad.

La prevención general

En parte debido al fracaso de la resocialización, Demetrio Crespo recuerda que por razones de tipo práctico, ubicadas en la extraña manera de educar para la libertad privando de esta y por razones de tipo teóricas puede cuestionarse la intromisión del Estado en la psiquis de un sujeto con el fin de que este adapte su sistema de valores según lo que el Estado considera²³. En este orden de ideas, la prevención general es el límite que requiere la resocialización para la legitimación de la intervención penal, pues por sí solas ninguna de las teorías puras está en capacidad para justificar el castigo penal. Solamente la relación armónica y coordinada entre la protección de bienes jurídicos y la prevención especial, tiene la aptitud para prevenir delitos conforme al Estado Social de Derecho.

Prevención general negativa

La teoría de la prevención general negativa, encuentra sus orígenes en la "teoría de la coacción psicológica de Feuerbach²⁴, donde se cree en un individuo receptor de la norma con clara capacidad para ponderar el mal que representa la pena frente al bien que eventualmente el delito le pueda generar. La prevención general negativa, pretende influir en la sociedad mediante la amenaza penal. Es una teoría de amenaza e imposición, pues de esta depende la intimidación.²⁵

Prevención general positiva

También llamada de integración, es la teoría que busca socializar al individuo por medio de la interiorización de preceptos sociales. Feuerbach consideraba que el individuo lucha internamente para decidir si delinque o se resiste a ello. Ante tal escenario, el Estado debe incidir en la psiquis de los sujetos para ayudar con la deliberación.²⁶ Roxin recuerda que el ámbito positivo de la prevención general "comúnmente se busca en el refuerzo y la conservación de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico"²⁷. Ante esta visión, la pena debe ser cierta, pues solo así demuestra a la comunidad general que debe confiarse en ella.

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palabra...*, Op cit, Pg 504

² *Ibidem*, Pg 505

³ *Ibidem* Pg 519

⁴ DE RIVACOBA Y RIBACOVA Manuel, *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires 1993, Pg 8.

⁵ DEMETRIO CRESPO Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 1999, Pg 41.

⁶ El Derecho penal se entiende como potestad punitiva del Estado, como literatura científica, o sea contenido doctrinal, y conjunto de normas penales.

⁷ DEMETRIO CRESPO Eduardo, *Prevención general*.Op cit, .Pg 52.

⁸ *Ibidem*, Pg 51.

⁹ *Ibidem*, Pg 51

¹⁰ *Ibidem*, Pg 82

¹¹ *Ibidem*, Pg 80.

¹² *Ibidem*, Pg 83.

¹³ ROXIN Claus, *Derecho penal Parte General Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Traducción al español de la segunda edición alemana, Thomson Civitas, Madrid 2010, Pg 97

¹⁴ *Ibidem*, Pg 97.

¹⁵ *Ibidem* Pg 95.

¹⁶ *Ibidem*, Pg 96

¹⁷ *Ibidem*, Pg 83.

¹⁸ *Ibidem*, Pg.38.

¹⁹ *Ibidem*, Pg 81.

²⁰ SANZ MULAS Nieves, *Alternativas...* Op cit, Pg 39.

²¹ *Ibidem*, Pg 49.

²² SANZ MULAS Nieves, *Alternativas...* Op cit, Pg 74.

²³ DEMETRIO CRESPO Eduardo, *Prevención general...*, Op cit, Pg 98

²⁴ *Ibidem*, Pg 101.

²⁵ ROXIN Claus, *Derecho penal Parte General Tomo*, Op cit, Pg 91

²⁶ *Ibidem*, Pg 91

¹⁹ *Ibidem*, Pg 91.

III. La decadencia de la pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad hoy día es una institución al servicio de un Derecho penal expansivo, acostumbrado a distribuir gran cantidad de pena de prisión, además la ejecuta en condiciones deplorables desde la óptica de los derechos fundamentales.

La pena privativa de libertad está pasando por el estado obsoleto en el que se encontraba la pena de muerte¹ cuando la pena privativa de libertad apareció como un sustituto humanitariamente superior, sin embargo hoy día la pena privativa de libertad no funciona según los objetos para los que fue creada, no previene la comisión de los delitos ni tampoco previene la venganza privada²

La cárcel es un escenario de contagio criminal, donde las penas largas son perniciosas y destruyen al ser humano mientras que las penas cortas son insuficientes para resocializar, pero suficientes para el contagio criminal³.

La resocialización se puede esperar de sujetos privados de la libertad hasta por 10 años⁴, cifra ampliamente superada por los modelos penales latinoamericanos, los cuales además de privar de libertad de locomoción, someten a los detenidos a un sin número de afectaciones a Derechos de igual importancia que la dignidad humana, haciendo de la pena privativa de libertad una institución

generadora de hechos antijurídicos, algunas veces más reprochables que aquellos que dieron lugar a la aplicación de la pena de prisión.

Desde la política criminal, las alternativas a la pena privativa de libertad demuestran alta eficiencia y al ser evaluadas bajo los parámetros actuales sobre fines de la pena⁵ en la normatividad colombiana, se concluye viable que figuras como la privación de otros derechos o la multa, sean meritorios de ser sanciones penales autónomas hoy por hoy, por ser respetuosas de las exigencias de la prevención y de acuerdo con la teoría dialéctica de Roxin. Las alternativas a la cárcel, además, se encuentran en armonía con el modelo de Estado fundado en la dignidad humana que la Constitución Política desarrolla desde el artículo primero, en sentido de que todo aquello que excede lo necesario para lograr los fines de la pena, es desproporcional y no tiene cabida bajo el Estado Social de Derecho.

La prohibición de exceso y el principio de lesividad son figuras estructurales del Derecho penal actual y el significado de cada uno de estos criterios es determinante para la distribución del castigo penal, ambas limitan directamente el ejercicio del poder punitivo, por lo tanto cualquier discusión en torno a la vigencia y operatividad de estos pilares, significa un debate de mayor entidad y relevancia actual puesto que está en juego el modelo de Estado que desde la constitución se defiende⁶.

El exceso de cárcel a su vez se advierte desde el "quantum" de pena, el Código Penal colombiano establece una pena máxima de 60 años de cárcel como límite para el concurso de delitos⁷. Este límite extenso de pena es un reflejo de la tendencia político criminal colombiana, acostumbrada a distribuir penas de alta cantidad punitiva. Es evidente que el fin perseguido no va por el camino de la resocialización.

La normativa colombiana todavía establece la retribución como fin de la pena, además de la protección al condenado, la prevención general y la prevención especial. El ambiente no es nada claro desde los fines establecidos a través del Derecho positivo, pero la amplitud intensiva y extensiva orienta el fundamento hacia la retribución o hacia la vertiente negativa de la

prevención especial y a la negativa de la prevención general.

El exceso en la cantidad de pena es un defecto del sistema penal colombiano que se explica desde los diferentes fenómenos perjudiciales que he denunciado en el estudio. La permeabilidad del Derecho penal por la opinión pública genera la sensación de que el juez es quien ejerce la venganza que la sociedad solicita. En este orden, las leyes que permiten distribuir elevadas cantidades de pena confirman esta conclusión.

La rigurosidad punitiva como fenómeno social, responde a factores que se ubican fuera del Derecho penal, me refiero a que la memoria histórica colombiana⁸ le permite al poder punitivo cosechar sentimientos de represión hacia algún chivo expiatorio, valiéndose el Estado de los antecedentes recientes de violencia en el país⁹. Nuestros compatriotas han sido educados bajo la violencia y nuestra cultura es históricamente una cultura de la violencia,¹⁰ lo que se refleja en la búsqueda de venganza, o de maneras de canalizar la venganza¹¹. El Código penal favorece esta viciosa práctica consagrando la retribución como uno de los fines de la pena.

Desde el punto de vista externo, el exceso de pena de prisión es ilegítimo a la luz de los principios penales de mínima intervención, *última ratio*, proporcionalidad, lesividad y fragmentariedad, pues la coyuntura colombiana a la luz de estos principios, requiere intervención en Políticas Sociales para intervenir a fondo problemas de esta naturaleza, más que cárceles y punición.

Desde el punto de vista interno, la falta de legitimación empírica significa lo indemostrable de la prevención de delitos producto de la intimidación por las altas penas^{1 2}, lo que contribuye a formar el concepto de la ilegitimidad de la tendencia expansiva intensiva del Derecho penal.

III.1 La criminalización secundaria en Colombia.

Las estadísticas oficiales de junio de 2013, señalan que en el país hay un total de 15.065 internos reincidentes¹³, sobre una población total de 117.528.

La criminalización en Colombia, sobre todo la secundaria, la conforman personas que generalmente provienen de los estratos marginados y no cuentan con educación formal¹⁴. Los cuadros estadístico que maneja el INPEC, sobre nivel de educación de los reclusos¹⁵, muestran que solo 1.660 reclusos de un total de 118,201 tienen educación profesional. De este grupo, únicamente 120 hombres y 26 mujeres tienen estudios de posgrado¹⁶. El propio documento oficial considera excepcional que los reclusos tengan educación universitaria¹⁷. Con fundamento en estos indicativos, de alguna manera se deduce el perfil del ciudadano que el Estado colombiano pretende criminalizar.

La falta de organización en políticas sociales básicas¹⁸, hace menos legítima la intervención represiva estatal, considero que la desviación secundaria no resulta siendo generalmente la elección del infractor libre, como suele indicarse¹⁹, sino en muchos eventos representa la denominación utilizada para evidenciar el fracaso del Estado en políticas sociales.

A la criminología le son familiares los estudios respecto de la desviación secundaria y su existencia producto de la respuesta, tipo medio de defensa, como manera de un individuo adaptarse a los problemas causados por la rotulación, etiquetamiento o desviación primaria generadora de nueva ubicación del individuo frente al entorno social.²⁰

El tipo de delitos por los que más se judicializa en Colombia es otro indicador²¹ acerca de la problemática social del país. El alto número de delitos patrimoniales evidencian el elevado fracaso que menciono, sentimiento generador de frustraciones personales manifestadas en comportamiento desviado que eleva las cifras de criminalidad²².

La tabla que presento a continuación relaciona los delitos que producen mayor número de condenas y los delitos por los cuales hay mayor número de imputados.

Julio 31 de 2013						
Modalidad delictiva	Hombres		Mujeres		Total	Participación %
	Sindicados	Condenados	Sindicadas	Condenadas		
Hurto	7.506	21.733	451	1.187	30.877	17,78%
Homicidio	6.411	21.632	279	720	29.042	16,72%
Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones	7.422	17.068	281	421	25.192	14,50%
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	5.583	14.755	1.290	3.211	24.839	14,30%
Concierto para delinquir	4.386	5.904	416	424	11.130	6,41%
Extorsión	1.903	3.110	175	196	5.384	3,10%
Actos sexuales con menor de catorce años	2.053	3.133	24	25	5.235	3,01%
Acceso carnal abusivo con menor de catorce años	1.476	2.446	21	17	3.960	2,28%
Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas	1.248	2.392	63	92	3.795	2,18%
Secuestro extorsivo	580	2.256	65	194	3.095	1,78%
Acceso carnal violento	743	2.107	9	7	2.866	1,65%
Secuestro simple	676	1.817	36	106	2.635	1,52%
Lesiones personales	476	1.869	16	100	2.461	1,42%
Rebelión	710	1.121	118	139	2.088	1,20%
Otros delitos	7.790	11.427	728	1.145	21.090	12,14%
Total general	48.963	112.770	3.972	7.984	173.689	100,0%

Tabla 2. Delitos que producen mayor número de condenas

Para asegurar una coherencia entre el sistema penal y la coyuntura social, es necesario que el Derecho penal siempre goce de fundamento criminológico. Como dice Herrero Herrero respecto del Derecho penal y la criminología: "

*Ambas tienen por objeto la delincuencia, pero el Derecho penal no estudia el crimen ni sus causas. Simplemente, le define y extrae de su definición un conjunto de consecuencias jurídicas*²³. El poder político criminal encaminado dentro de la legitimidad debe servirse del conocimiento multidisciplinario de la criminología para abordar el fenómeno criminal.

Otra crítica que puedo esgrimir es que en todo momento el interés político resulta esencial para la previa reformulación del sistema penal²⁴, se trata de utilizar las herramientas del sistema de la manera en que presten mayor eficiencia, siendo eficaces al mismo tiempo y moviéndose dentro de la legitimidad.

Sin duda alguna, la normatividad colombiana se encuentra necesitada principalmente de dos mejoras importantes en materia de fines de la pena; en primera instancia, resulta fundamental establecer los fines de la pena estatal legítima mediante la Constitución Política y de manera seguida, establecerlos de manera coherente entre sí, de forma consecuente con el sistema penal y coherentes con el sistema social²⁵.

De la consecuencia de los fines de las penas entre sí y de la congruencia de estos con el sistema penal, dependerá la legitimación interna de la institución ante el ordenamiento jurídico, quien evaluará los fines establecidos por el legislador, con fundamento en la jerarquía de valores y criterios del ordenamiento interno. Por otra parte, de la incidencia del fin de la pena en el Derecho penal que la soporta, dependerá la legitimación externa del Derecho penal, puesto que el fin de la pena que el sistema penal ha aceptado frente a las demás Ciencias sociales lo define y lo condiciona ante el sistema social al que pertenece.

En vista de la particular situación del ámbito colombiano, resulta pertinente reducir el criterio de fines de la pena enunciados o incluso, establecer prevalencia a través de la teoría dialéctica, como indiqué anteriormente.

A lo largo del escrito he hecho énfasis en lo desaconsejable de la pena de prisión según distintos argumentos. Sin embargo existen situaciones en las cuales la teoría aconseja el uso de la cárcel por su eficiencia en el caso concreto. Expongo el caso de la relación de la multa con los delitos de cuello blanco, escenario donde producto de la particularidad *sui generis* de la relación especial, la criminología sugiere que para aquel empresario exitoso o delincuente de cuello blanco, en el sentido que expone Sutherland²⁶, resulta conveniente la pena de prisión, pues ante la incapacidad preventivo general y especial que presentan las penas pecuniarias frente a estos individuos, el espacio se muestra apropiado para la respuesta con cárcel, debido a que esta amenaza parece hacer desistir de la conducta desviada a estos personajes²⁷.

En beneficio de la relación armónica entre las ciencias penales y la coyuntura es necesario desarrollar la teoría criminológica mediante la parte general y parte especial según el estudio de crímenes de acuerdo a su presencia en la cultura, de manera semejante a como acostumbra a ser el modelo criminológico norteamericano²⁸. Esta práctica se traduce en eficiencia, pues los desarrollos teóricos se llevan a cabo inspirados en una realidad social determinada.

¹ La pena capital está vigente en diversos países hoy por hoy, algunos la mantienen en tiempo de guerra únicamente, mientras que en algunas latitudes es viable en tiempos de paz incluso.

² FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón*, Op cit, Pg 411.

³ SANZ MULAS Nieves, *Alternativas...* Op cit, Pg 174.

⁴ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón*, Op cit, Pg 412.

⁵ En Colombia los fines de la pena se establecen por vía del código penal, y sin mediar prelación (según teoría Dialéctica de Roxin), el artículo cuarto establece que la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Dentro de este marco legal, perfectamente puedo argumentar, ver capítulo 2, la viabilidad de las alternativas a la pena privativa de libertad.

⁶ Artículo primero Constitución política de Colombia: "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria..."

⁷ Art. 1 ley 890 de 2004 que modifica la ley 599 de 2000, código penal.

⁸ GARCÍA ACUÑA Yomaira, *Rutas por la memoria*, Ediciones Universidad Simón Bolívar, Barranquilla 2012, primera edición. La autora aborda con detalle el tema de reconstrucción de memorias de violencia, en los casos de las masacres de El Salado y Nueva Venecia".

⁹ TORRES VÁSQUEZ Henry, *Terrorismo de Estado y derecho penal*, Ibáñez, Bogotá, 2010. El Doctor TORRES trabaja el terrorismo de estado en el ámbito Colombiano, principalmente, y latinoamericano.

¹⁰ Ibidem, Sin embargo la violencia de las últimas dos décadas en Colombia es un hecho notorio

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palabra...*, Op cit, Pg 501

¹² Ver sección II la prevención general negativa.

http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_CONTENIDO/NOTICIAS%20Y%20NORMATIVIDAD/ESTADISTICA/POBLACION%20DE%20INTERNOS%20REINCIDENTES%20JUNIO%202013.pdf
Revisado 8/13/2013.

¹⁴ I.N.P.E.C, estadísticas oficiales en constante actualización siempre muestran un bajo nivel académico. Revisado 8/13/2013

¹⁵ I.N.P.E.C Página oficial Revisado 8/13/2013.

¹⁶ I.N.P.E.C Página oficial Revisado 8/13/2013.

¹⁷ El documento oficial del I.N.P.E.C, que refleja las estadísticas sobre nivel educativo, no discrimina correctamente el alto nivel educativo, como si se tratara de una categoría aislada. Llama de manera errada se refiere como "especialización" a los estudios de posgrado.

¹⁸ El estado que teniendo medios para ser más próximo al ideal de Estado Social Democrático de derecho que no presenta los recursos en procura de este fin, sin duda esta menos legitimado para castigar a ciudadanos que en medio del caos social, se han desviado.

¹⁹ TAYLOR Ian, WALTON, Paul, YOUNG, Jock, *La nueva criminología*, Amorrortu editores, Buenos Aires 1990, Pg, 167.

²⁰ *Ibidem*, Pg, 168. Sugieren los autores que los impulsos desviados son experimentados por muchos individuos además de los desviados secundariamente, es de resaltar que el etiquetamiento influye de manera determinante al adoptar decisiones de comportamiento.

²¹ Existen varios indicadores de problemas sociales. El escenario que planteo es uno de los indicativos.

²² BARTOL Curl R, *Criminal Behavior*, Prentice-Hall, New Jersey, 1986, Pg 90. Enfatiza el autor acerca del elevado número de delincuentes que derivan en antisociales llevados por sentimientos de frustración.

²³ HERRERO HERRERO Cesar, *Criminología*, Dykinson, Madrid 2007, Pg 90.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Política criminal Latinoamericana*,

Hammurabi, Buenos Aires, 1982, Pg 7,

²⁵ REYES ECHANDIA Alfonso, *Criminología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1982, sexta edición. El código penal de hoy, aún conserva las finalidades de la pena que manejaba en antaño el maestro Reyes Echandia.

²⁶ SUTHERLAND Edwin H, *White Collar Crime*, Yale Universitypress, London, 1983. SUTHERLAND desarrolla en su obra el concepto de criminalidad de cuello blanco, donde el protagonista es un sujeto con una posición social distinguida, generalmente empresario, admirado por su éxito, éxito mismo que comparte elementos con las conductas consideradas criminales formalmente, elementos de resultado dañoso a partir de un comportamiento, que puede no estar tipificado directamente, o puede burlar la estructura de los tipos penales.

²⁷ *Ibidem*, Pg 7 El desistimiento es producto de su temor a la certeza de ir a prisión, escenario excesivamente alejado de su realidad y sociedad.

²⁸ FERREL Jeff, *Crime and Culture*, Oxford University press, New York, 2005, Pg 139.

Conclusiones

La actual pena de prisión en Colombia no es una institución consecuente respecto a los principios internos del ordenamiento jurídico al que pertenece. Las múltiples manifestaciones de contrariedad de la pena de prisión con los principios internos del ordenamiento jurídico¹, me llevan a concluir que se trata de una institución ilegítima desde la referencia de valores y principios del propio ordenamiento jurídico. La prohibición de exceso o principio de proporcionalidad es uno de los puntos centrales donde la pena de prisión se entiende en crisis.

Es por causa de la utilización excesiva de la cárcel y de acuerdo a las condiciones denigrantes en las que se presenta la ejecución de la pena, por lo que esta adquiere capacidad para irradiar de ilegitimidad a su sistema generador, el Derecho penal. El cual, desde la óptica externa de las demás ciencias sociales², se vislumbra quebrantando el compromiso de desplegar la represión penal únicamente habiéndose superando las exigencias de *última ratio*. Razón por la que el Derecho penal colombiano, según el Código Penal de hoy, no es consecuente con el objetivo de mantener el modelo de Estado que establece la Constitución política en el artículo 1, fundamentando la estructura pública en el respeto a la dignidad humana.

Respecto del ejercicio del poder punitivo, desvaloro principalmente tres (3) fenómenos. Primero el insignificante rango legal por medio del cual el Estado fija los fines de la pena. En segundo momento recalco lo erróneo de establecer los fines de la pena sin coherencia sistémica entre sí, ni frente al sistema social. Y en tercer momento me refiero al fenómeno de la prisión sin condena y a la violación antijurídica a la presunción de inocencia.

La normatividad colombiana debería acudir al criterio de la teoría dialéctica de Roxin para

establecer los momentos de prevalencia y de anulación en los distintos fines de la pena que maneja como legítima. Debiendo distinguir los fines a perseguir en cada etapa del proceso de criminalización de un individuo en concreto. De esta manera, el sistema de penas legítimo se edifica formalmente de manera lógica y coherente. Así adquiere la entidad necesaria para indicar a la realidad la manera de funcionar y el camino a seguir.

Acerca de la legitimación del Derecho penal a la luz de criterios externos al sistema jurídico, el método interdisciplinario de la criminología³, sugiere una adecuada inversión en prevención primaria⁴ como medio imprescindible para la superación de la cárcel como dispositivo sancionador excluyente⁵, señalando hacia las políticas sociales como figuras políticas determinantes para la revolución penal hacia la legitimidad, así evita la democratización del Derecho penal⁶, la cual según el sentimiento ciudadano, siempre pedirá penas altas e inocuizadoras.

Al respecto de la prisión preventiva, la inferencia razonable es un concepto muy amplio para soportar la privación de la libertad. Es excesivamente amplio por estar muy alejado de la certeza. La exigencia del artículo 308 del código de Procedimiento Penal permite inferir razonablemente que muchos sujetos son autores o partícipes de determinados hechos, aunque estos no lo sean. El motivo es muy simple, una inferencia razonable está muy distanciada de la certeza y representa un filtro muy amplio.

Resalta a la vista la necesidad de exigir más al Estado en el desarrollo de medidas para la protección de los derechos de quienes están privados de la libertad, en esta instancia el Estado es garante de los presos.

Alternativas a la pena privativa de libertad

Las alternativas a la pena privativa de libertad tienen su razón de ser en la crisis por la que atraviesa la pena de prisión. En este orden de ideas, la multa y otras figuras, tienen la capacidad para intervenir el fenómeno delictivo conforme a las exigencias de la prevención como guía del

castigo penal y sin rebasar la culpabilidad del sujeto.

Ante la realidad de que la cárcel no desaparecerá en el futuro mediano, es imperativo que el Estado invierta en infraestructura para alcanzar de una vez por todas los estándares mínimos de derechos humanos. El problema de derechos humanos en las cárceles colombianas amenaza la legitimidad del Estado debido a que no existen argumentos para justificar un estado de cosas tan abiertamente contrario a la constitución⁷. Los fines de la pena se alcanzan a través de las políticas sociales, la pena como respuesta jurídica ante la conducta humana es una reacción cuya utilidad, cualquiera que esta sea, es discutida por la falta de legitimación empírica.

Sobre la duración de las penas, Ferrajoli recomienda 10 años como límite máximo para la pena privativa de libertad⁸, mi postura estriba en que por más de 20 años no debería prolongarse una pena privativa de esta naturaleza. Las penas cortas deben desaparecer y el Derecho penal recobrará gran parte de su esencialidad de *última ratio*. Las penas cortas generalmente se asocian con delitos imprudentes, o delitos de bagatela, por lo que las circunstancias son las precisas para la huida del Derecho penal.

¹ Me refiero a la crisis de la pena privativa de libertad, y todas las contradicciones a derechos humanos que desarrolle en los capítulos 1 y 3 sobre política criminal y sistema de penas en Colombia.

² FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón*, Op cit, Pg 353.

³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, Pg 230.

⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, Pg. 514

⁵ CABRERA CABRERA Pedro J, *Cárcel y exclusión*, Dialnet, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=253640>. Revisado 8/12/2013.

⁶ NEWBURN Tim, *Criminology*, Willan publishing, Oregon, 2007, Pg 86.

⁷ Sentencia T-153/98.

⁸ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón*, Op cit, Pg 416.

Referencias bibliográficas

- Bartol Curl, R. (1986). *Criminal Behavior*. New Jersey: Prentice-Hall.
- Benito Dura, M. (2009). *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- De la Mata Barranco, N. (2007). *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Rivacoba Y Ribacova, M. (1993). *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma.
- Demetrio Crespo, E. (1999). *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Ferrajoli, L. (2006). *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrel, J. (2005). *Crime and Culture*. New York: Oxford University Press.
- García Acuña, Y. (2012). *Rutas por la memoria*. Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- García- Pablos de Molina, A. (2007). *Criminología*. 6ta ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García- Pablos de Molina, A. (2003). *Tratado de Criminología*. 3era ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Herrero Herrero, C. (2007). *Criminología*. Madrid: Dykinson.
- Meza García, S. (2013). *Política criminal y fines de la pena. Estudio crítico en Colombia*. [Tesis de Maestría]. Universidad de Salamanca, Salamanca.
- Newburn, T. (2007). *Criminology*. Oregón: Willan Publishing.
- Reyes Echandia, A. (1982). *Criminología*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rico, J. (1977). *Crimen y Justicia*. Madrid: Siglo veintiuno editores.
- Robespierre, M. (2011). *Discurso sobre la trascendencia y la personalidad de las penas*. Buenos Aires: Ediar.
- Roxin, C. (2010). *Derecho penal. Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Thomson Civitas.
- Sanz Mulas, N. (2000). *Alternativas a la pena privativa de libertad*. Madrid: Colex.
- Taylor, I., Walton, P., Young, J. (1990). *La nueva criminología*. Buenos Aires: Amorrortu editores.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (1982). *Política criminal Latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi.