

## LA CARGA DE LA PENA: UN DIAGNÓSTICO DE LAS FALLAS EN LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA EN CUANTO A LOS FINES DE LA PENA.<sup>46</sup>

Diego Alejandro Palacios Parra<sup>47</sup>.

Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2017

Fecha de aceptación: 28 de septiembre de 2017

Referencia: PALACIOS PARRA, Diego Alejandro. *La Carga De La Pena: Un Diagnóstico De Las Fallas En La Política Criminal Colombiana En Cuanto A Los Fines De La Pena*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 5. Págs. 129 a 156. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**ABSTRACT:** Inevitably in Colombia criminal policy regarding the purposes of the penalty has failed, this is evident in the growing number of crimes committed, the prison overcrowding and the violation of the rights of people undergoing a process criminal in the country. The flaws of criminal policy in Colombia, have their roots in the disparity with which it is implemented in

<sup>46</sup> Artículo de reflexión.

<sup>47</sup> Abogado, egresado distinguido de la Universidad de Nariño. Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia. Ganador del concurso universitario en técnicas de juicio oral “Sistema Penal Acusatorio”, organizado por la USAID y ACOFADE. Conciliador en Derecho por la Universidad de Nariño. Coordinador del Centro de Conciliación “Eduardo Alvarado Hurtado” de la Universidad de Nariño. Capacitador en Derecho Penal y Conciliación de la Universidad de Nariño. Docente del Diplomado de Conciliación en Derecho de la Universidad de Nariño.

the scenarios where the penalty is applied, since The Constitution, through the constitutional block, clearly establishes what the end of the penalty and therefore the path that criminal policy should follow in this regard. Notwithstanding previous, legislative and judicial practice in Colombia contradict constitutional mandates by implementing prison and populist policies, which are also questionable regarding the results that they generate. This being the case, this study analyzes, in the first place, the duty to be the penalty according to the constitutional and doctrinal budgets in force; and, in the second instance, determines what is the actual practice of Colombian criminal policy in terms of the purposes of penalty, allowing the extraction of important conclusions on the subject.

**KEYWORDS:** Criminal policy, end of sentence, punishment, crime, prevention

**RESUMEN:** Ineludiblemente en Colombia la política criminal en cuanto a los fines de la pena ha fracasado, esto es evidente en el creciente número de delitos cometidos, el hacinamiento carcelario y la vulneración de derechos de las personas sometidas a un proceso penal en el país. Las fallas de la política criminal en Colombia, tienen sus raíces en la disparidad con la que la misma es implementada en los escenarios donde la pena es aplicada, toda vez que la Constitución, vía bloque de constitucionalidad, consagra claramente cuál debe ser el fin de la pena y por ende el camino que la política criminal debe seguir en ese sentido. No obstante a lo anterior, la práctica legislativa y judicial en Colombia contradicen los mandatos constitucionales al implementar políticas carcelarias y populistas, que además son cuestionables en cuanto a los resultados que éstas generan. Así las cosas, este estudio analiza, en primer lugar, el deber ser de la pena según los presupuestos constitucionales y doctrinales vigentes; y, en segunda instancia, determina cual es la práctica real de la política criminal colombiana en cuanto a los fines de la pena, posibilitando la extracción de importantes conclusiones sobre el particular.

**PALABRAS CLAVE:** Política criminal, fin de la pena, pena, delito, prevención.

## INTRODUCCIÓN

Desde 1991, con la expedición de la Constitución Política vigente en Colombia, se consagró la figura jurídica denominada bloque de constitucionalidad, que permitió integrar instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos a nuestra Constitución.

Así las cosas, dentro de ese cuerpo constitucional integrado por numerosos tratados de derechos humanos, se compilaron normas acerca del direccionamiento que debe tomar la política criminal en cuanto al fin de la pena, en el entendido que el *telos* primordial de ésta, debe ser la reintegración social del sentenciado, bajo un control social humanizado, respetando la carta de derechos humanos ofrecidas por el derecho positivo y el *ius cogens*.

En ese orden de ideas, en Colombia existe una regulación constitucional sobre el fin primordial de la pena, que en conjunto con el artículo 4 del Código Penal colombiano, los dilucida a partir de la superposición estructural de la reintegración social, en tanto a sus fases pragmáticas, al momento de la ejecución de la pena, en aras de maximizar los derechos de la persona condenada y respetar las cargas impuestas por el Estado como resultado de la comisión de un delito.

En un sentido similar, la doctrina penal centró su estudio, *ab initio*, alrededor de cuál es el fin de la pena más adecuado y cuál es su fundamento de legitimación, entendida ésta como la intervención penal invasiva a la libertad individual de los ciudadanos de un determinado Estado, al interior de la República colombiana.

Pese a los grandes esfuerzos doctrinales, jurisprudenciales y constitucionales, las normas jurídicas y la política criminal que se refiere a la ejecución de la pena producto de una condena penal, se invisten en su gran mayoría de orígenes populistas, sin ninguna base científica, que propugnan por endurecer las penas y beneficios de las personas sometidas a éstas, lo que contradice los presupuestos constitucionales expuestos y generan los consecuentes problemas de hacinamiento y violación sistemática de derechos humanos.

En ese entendido, es necesario investigar cuáles son las fallas en la política criminal relacionada con los fines de la pena en Colombia, toda

vez que el fracaso del sistema penal y del control social denominado pena, presume su adyacente nacimiento embarcado por tintes populistas, poco inclusivos a la teoría constitucional. Realizar un diagnóstico cuidadoso del problema político criminal, enfocado en la verificación de ciertas fallas, resultaría indispensables en un futuro, por el cual, se depararía propuestas en torno a la superación y deconstrucción de la política criminal, propugnando por la armonía social como fin del control social que ejerce el Estado a través del derecho penal.

A manera de colofón, en la presente investigación, caracterizada por la primacía de un enfoque cualitativo, con método Histórico-Analítico, se pretende distinguir la disparidad fáctica acometida por el Estado colombiano, en lo atinente a la pena y sus fines. La Constitución Política exhorta la aplicación de la reintegración social, en tanto que, los agentes estatales competentes, persiguen fines retributivos, exclusionistas o negativos en fases de prevención, alcanzando objetivos poco reflexivos con los derechos humanos.

## I. LOS FINES DE LA PENA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

La constitución política es aquella norma de carácter superior que consagra los pilares de un Estado, y por ende, una comunidad, en calidad de poder constituyente originario, estipula en ella lo que considera es preponderante e indispensable para alcanzar la paz social.

La comisión de un delito es una ofensa a los valores esenciales que las comunidades poseen para asegurar su coexistencia de manera armónica, en ese entendido, el fundamento y propósito de la reacción a esa ofensa es de suprema importancia y consecuentemente debe estar consagrada en la constitución política respectiva, contenida en una norma de carácter superior que guíe la acción del Estado frente a los temas de prevención del delito y su tratamiento. Adicional a lo anterior, de los postulados del profesor Claus Roxin se desprende que la dogmática jurídico penal se desarrollada de acuerdo con el marco impuesto por la constitución vigente en cada Estado, caracterizando una nueva corriente político criminal, prevalente en el respeto por los valores o derechos fundamentales en la integración y regulación estructural del derecho penal (como se citó en Bernal y Cortés, 2010, p. 27).

En ese orden de ideas, si observamos la Constitución Política de Colombia, notaremos la falta de consagración, *in extenso*, sobre el fin de la pena y su rol empírico-racional en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, si dirigimos la vista en las Constituciones de otros países, apreciaremos la regulación armónica entre sanción y fines de la pena, verbigracia España, consagrando constitucionalmente, en el numeral 2 del artículo 25, las penas privativas de la libertad, con enfoque orientador a la reeducación y reinserción social de los condenados. (España, Constitución Política, 1978).

En ese contexto comparado, y pese a su corta regulación constitucional, el ordenamiento colombiano no pierde la ilusión. El artículo 93 de la Constitución Política, instaura una figura jurídica denominada bloque de constitucionalidad, definida como aquella figura que amplía el contenido de la Constitución, integrando, entre otros, los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, en aras de ampliar las garantías de sus ciudadanos y efectivizar sus derechos. (Colombia, Constitución, 1991).

En la sentencia C-028 de 2006 la H. Corte Constitucional (2006) afirmó que las normas del bloque de constitucionalidad se interpretan en forma consistente con el texto de la Carta Política de manera que se integren con éste en forma armónica para constituir un parámetro coherente de obligatorio cumplimiento para el legislador (Corte Constitucional [Corte.C.]). Entre tanto en la sentencia C-291 de 2007, la Corte Constitucional (2007) afirma que:

La Corte Constitucional ha señalado que existen dos acepciones de la noción de “bloque de constitucionalidad”: una en sentido estricto, que incluye “aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario”; y otra en sentido lato, que se refiere a “aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior al de las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”. De esta manera, no todas las disposiciones internacionales que vinculan al Estado

colombiano forman parte del bloque de constitucionalidad; en lo relevante para el caso que ocupa la atención de la Sala, basta recordar que la Corte ha aceptado que se incorporan al bloque los tratados de derechos humanos y las normas convencionales y consuetudinarias que conforman el Derecho Internacional Humanitario. (p. 52)

Más adelante, en la misma sentencia, la Corte Constitucional (2007) afirmó que:

(...) al momento de diseñar la política criminal del país y, como parte de esta tarea, establecer los tipos penales con su correspondiente sanción, el Legislador cuenta con un margen de configuración amplio pero no ilimitado, puesto que debe ser respetuoso de los límites establecidos en la Constitución Política interpretada a la luz de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad -sea para determinar el contenido de las cláusulas constitucionales existentes, o para proveer parámetros específicos en ausencia de disposiciones constitucionales expresas y por remisión específica de los artículos 93, 94 y 44 Superiores (...). (p.46)

Así las cosas, los instrumentos que versen sobre derechos humanos y son ratificados por el Estado colombiano, hacen parte integrante de la Constitución Política. Este es el caso de la Convención Americana de los Derechos Humanos -en adelante CADH-, como también del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -en adelante PIDCP-, *Corpus iuris* confirmados por la Honorable Corte Constitucional en las sentencias T-786 de 2003 y C-1194 de 2005, como parte integra del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Ello es de especial importancia, en el entendido que ambos instrumentos contienen normas que regulan el fin constitucional o supremo que debe perseguir la pena en un Estado Social de Derecho.

La CADH ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, señala en su artículo 5, que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (Convención Americana de los Derechos Humanos [CADH], 1969), fines que convergen en el concepto moderno de reintegración social, según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2013).

En tanto que el PIDCP (1966), ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1969, su artículo 10 sobre el particular consagró lo siguiente:

“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

Como consecuencia de lo anteriormente enunciado, podemos concluir que la Constitución Política de Colombia, en ocasión al bloque de constitucionalidad en *stricto sensu*, establece una norma rectora que regula el fin primordial de la pena en Colombia, y sin desconocer la aplicabilidad de los otros fines punitivos, consiste en la reintegración social de los condenados. En ese sentido de ninguna manera puede ser tolerado, constitucionalmente hablando, la implementación primordial de un fin retributivo o de prevención general sobre ésta.

Las referidas normas son de carácter constitucional y por ende guían el quehacer del legislador, juez y personal encargado de ejecutar y vigilar el cumplimiento de la pena, frente al fin que debe perseguir. Por lo que, actuar de manera distinta, convergería en la violación flagrante de la Constitución. La expedición de normas que contradigan una política criminal de la reintegración, se tornara inconstitucionales y por ende perderían su fuerza de ejecutoria. Entre tanto, en relación a los jueces que deban aplicar dichas normas inconstitucionales, en ocasión a la falta de articulación perimetral, estarán obligados, asilados en parámetros del *ius cogens*, aplicar la figura jurídica denominada excepción de inconstitucionalidad hasta tanto la Honorable Corte Constitucional haga el respectivo estudio de dicha norma y declare su inexecutableidad.

En conclusión, la Constitución Política de Colombia ha consagrado la reintegración social de los condenados como el fin esencial de las penas privativas de la libertad, y por ende, la política criminal en cuanto a los fines de la pena en Colombia, debe respetar dicha norma superior en su construcción y ejecución, de lo contrario la misma vulneraría flagrantemente la Constitución y sería inaplicable en un contexto de Estado Social de derecho, en el cual se garantiza la efectividad y aplicabilidad de los derechos humanos.

## II. LOS FINES DE LA PENA SEGÚN LA DOCTRINA.

En el estudio del derecho penal, los autores que han desarrollado los diferentes aspectos de esta rama del derecho, han abordado con detalle, cuál debe ser el fin que la pena debe perseguir en un Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta que cualquier restricción punitiva, legitima la intervención más invasiva a los derechos de las personas.

En otras palabras, los estudios científicos especializados han desarrollado de manera detallada el propósito que la pena debe perseguir en aras de obtener armonía social en un determinado Estado, y por esa razón, y en tratándose que la doctrina según el art 230 constitucional, es fuente auxiliar del derecho, deberá tenerse en cuenta los diferentes conceptos e ideas que los *jurisconsultos cultos* han elaborado alrededor de tal concepto, con el propósito de tener una visión amplia y acertada al momento de analizar las falencias en determinada política criminal o realizar propuestas que traten sobre este tema.

Corolario a lo anterior encontramos una clasificación de teorías y planteamientos que han desarrollado los fines de la pena y que, con algunas diferencias en algunos autores, la misma se ha estandarizado de la siguiente manera: (i) teorías absolutas o de la retribución, (ii) las teorías subjetivas o de prevención, (iii) las teorías eclécticas, entre las que se destaca la teoría de la unión.

### ■ Teorías absolutas o de la retribución. Delimitación conceptual:

El fundamento sustancial de estas teorías se sumerge en planteamientos filosóficos arraigados a los presupuestos Kantianos y Hegelianos. Hegel estimaba en la implementación de la pena, una reacción a la negación del derecho, proporcionando en el *quantum punitivo* o intensidad de la nueva negación, la sanción penal, sin que ningún otro factor o fin influyera sobre ella. De ahí que, la pena únicamente es la negación al incumplimiento de una norma (Hegel, 1988). Por su parte, Kant contempla la medida punitiva, a partir de una retribución proporcional a la culpabilidad del sujeto, como su único fundamento. Advirtiendo que, en tanto el Estado se disuelva, tendrá, en su margen potestativo, observar que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra manera el pueblo

se haría partícipe de ella y recaería tal culpabilidad en el parámetro de la responsabilidad estatal. (Hegel, 1988).

En suma, la pena debe ser una retribución por el mal uso del libre albedrío y en ese sentido debe ser una pena justa, proporcional al mal causado. No obstante, y más allá de lo señalado, la pena es un imperativo de justicia y en consecuencia debe ejecutarse siempre y en su totalidad, en consideración a la teoría de los derechos humanos y el principio de proporcionalidad. (Bernal y Cortés, 2010, p. 54).

Por otro lado, el profesor Mir Puig, ha tildado a los dos máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, de ser salvaguardas de las teorías absolutistas de la pena, en la medida que, han limitado la función punitiva a la pura realización de la justicia con base en su concepción liberal del mundo. Para Kant, la sanción penal, en un sentido utilitarista, no puede servir en favor de la protección de la sociedad, ni a la prevención de delitos, pues ello supondría la instrumentalización del individuo concebido como “fin en sí mismo”. Por su parte, Hegel afirmaba que la pena justa trata al hombre como un ser “racional” y no como el palo al animal, al punto de que aquella pena se convierte en un derecho para el delincuente (Puig, 1982).

Adicional a lo anterior, los planteamientos de Carrara (1972), referentes al desarrollo de las teorías absolutistas, esbozan el rol de la pena, bajo un fin en sí misma, consistente en el restablecimiento del orden externo de la sociedad, situación que converge en la imposibilidad de que la pena tenga otros fines, por muy necesarios o benéficos que ellos sean, estos nunca dejarán de ser derivaciones accesorias al fin retributivo principal

Asimismo, Claus Roxin (1987), no ha sido ajeno a la discusión y análisis de los fines de la pena, que, sin adscribirse a la escuela absolutista, al referirse a éste señala que la misma consiste en que la culpabilidad del autor debe ser compensada mediante la imposición de un mal penal y la misma no puede servir con un fin mayor o malversado, “La pena tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia.” (p. 12).

Como se desprende de los argumentos expuestos sobre esta primera teoría, la pena es la justa retribución, que actúa inmediatamente sobre la persona que ha cometido un delito, compensando con la misma intensidad el mal que ha realizado con su actuar a la sociedad, sin que se le pueda asignar ningún otro fin, ya que las consecuencias que se deriven de la aplicación



de la misma serán accesorias a dicha retribución, por ejemplo, frente a los delitos de acceso carnal violento con menor de 14 años, cuya comisión es ampliamente reprochada por la comunidad, lo único que importaría para la teoría retributiva sería la imposición de una pena por la comisión del delito, siendo indiferente el proceso de prevención general o reintegración social que la misma pueda fundar en la sociedad.

#### ■ Críticas:

Las críticas arraigadas a esta postura filosófica, fundamentan sus dogmatismos, a partir de invectivas en que los conceptos ofrecidos son abstractos, que en nada consideran las consecuencias que tiene la aplicación de una pena en la vida social. Además, la retribución de la culpabilidad en la comisión de un delito, que en esencia es un mal y una vulneración de derechos, con la imposición de una pena, que en esencia es otro mal y otra vulneración de derechos, nos llevaría en algún punto a simplemente tener que aplicar la ley del talión, sin otra consideración científica, y en consecuencia, de manera evidente, su aplicación en un sistema penal moderno carecería de un fundamento legítimo.

Bajo los parámetros de la teoría retributiva, no se le podría asignar a la pena la misión de la reducción del crimen, careciendo la misma de un horizonte y por ende de una explicación *político-criminal*. De igual forma, hay que tener en cuenta que la pena debe aplicarse según los parámetros constitucionales que cualquier Estado Social de Derecho debe poseer y esto converge en la necesidad de que la pena deba contar con el fin específico de reducir la criminalidad y a su vez no vulnerar los derechos de los intervinientes en un proceso penal.

Siguiendo la lógica silogística, no es posible para el Estado Colombiano, por lo menos en su totalidad, acoger la teoría retributiva de la pena, puesto que impera en la estructura democrática, un Estado Social de Derecho, en el cual la pena debe perseguir, por intermedio de la política criminal, la reducción del crimen, el respeto por los derechos de los intervinientes en el proceso penal y consecuentemente la armonía social.

Ante este panorama desolador, la ciencia jurídico-penal ha desarrollado una teoría diferente, que versa sobre, cómo la pena debe estar dirigida a la reducción del crimen, en el entendido de prevenir la comisión de delitos por

todos sus frentes. Este tipo de estudios de la pena tomó el nombre de teorías subjetivas o de prevención.

### ■ Teorías subjetivas o de prevención: Delimitación conceptual:

Las teorías subjetivas o de prevención, se dividen a su vez, en teorías de la prevención especial resocializadora y la prevención general. Estos planteamientos no son nuevos en los trazados filosóficos de la pena, toda vez que presentan un atávico pasado histórico. El fundamento racional y pragmático se encuentra relacionado en las múltiples formas de evitación futura de actos antijurídicos, soslayando el hecho factico propiamente dicho -y pasado-. Reafirmar el incalculable fin, bajo parámetros de necesidad y búsqueda protectora de la sociedad frente a nuevos atentados contra ésta, se constituye en el verdadero *telos punitivo*, útil en la prevención del delito.

Esta teoría fue acogida y desarrollada en la ilustración por importantes pensadores del derecho y la filosofía en general, como lo es Cesare Beccaria (2013), que, en su tratado de los delitos y las penas, afirma acerca de la sanción penal: “la pena tiene como fin la prevención del delito y no el de atormentar y affligir a un ser sensible” refutando la aplicabilidad de las teorías de la retribución de la pena (p. 88).

Respecto de la prevención general, la pena, actúa en su rol de evitación, frente a los miembros de la comunidad que no han ejecutado acciones contra bienes jurídicos tutelados por la ley penal, dejando a un lado, a aquellos sancionados judicialmente, toda vez que la reacción punitiva tiene un efecto intimidatorio frente a los miembros de las colectividades contractuales. En ese entendido, la sanción es tomada como un ejemplo sobre las consecuencias que trae consigo la comisión de un delito y por ende su efecto es disuasivo.

Ansel Von Feuerbach (1989), uno de los mayores promotores de esta vertiente, planteaba que, a través de la amenaza de la pena, una persona que ejercía actos en las primeras fases de la *iter criminis*, consideraría desde una perspectiva costo-beneficio, los perjuicios que evitaría por la no comisión de tal conducta, es decir, ponderar entre una sanción penal versus los beneficios que adquiere en el caso de su realización. Esta teoría ha sido promovida con diferentes enfoques; por un lado, se encuentra la llamada prevención general negativa, explicada por Feuerbach (1989) de la siguiente manera:

(...) no es pues ni la sola amenaza de la ley, ni la sola causación

de un mal por un delito cometido, lo que puede lograr que se superen los impulsos hacia el delito de quien está determinado a ello. Antes bien, ambas cosas deben aunarse para lograr esta finalidad (...) el fin mediato (fin último) de la causación de un mal es de igual modo la simple intimidación del ciudadano mediante la ley (p.239).

Por otro lado, hallamos la prevención general positiva, que tiene como fundamento los aportes que el psicoanálisis ha hecho al derecho penal. En ese entendido, autores como Enrique Gimbernat Ordeig y Francisco Muñoz Conde —retomando a Freud— han realizado grandes aportes, que en concepto del profesor Gustavo Emilio Cote-Barco (2007) se pueden resumir en lo siguiente:

El ser humano siendo asocial en un principio, a medida que se desarrolla en sociedad va interiorizando una serie de pautas de comportamiento que le indican qué es adecuado socialmente y qué no, formándose en la psique de la persona una suerte de filtro que controla sus propias emociones y rige su actuar (súper-yo). En este proceso de aprendizaje el ser humano consolida el súper-yo a partir “de la introyección del poder paterno en la niñez y se continúa con la introyección de la autoridad social durante toda la vida.

Esta dimensión valorativa o súper-yo se moldea por medio de las distintas instancias de control social, es decir, desde la familia, la escuela y la religión, hasta llegar al derecho y en especial, al derecho penal. “El principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal” (p.200).

Así las cosas, desde esta última perspectiva, la pena tiene una función preventiva general que no está basada en la intimidación de los miembros de la sociedad, sino en la motivación de los mismos a no cometer delitos, entendida ésta como una función pedagógica, carente de temeridad.

Analizada de manera breve la teoría de la prevención general, podemos ahora proceder a estudiar la teoría de la prevención especial o resocializadora, en el entendido que, en esta teoría la pena recae directamente sobre la persona que ha cometido el delito para reeducarla o neutralizarla. Este acierto doctrinario, a su vez, posee dos vertientes: (i) la positiva es aquella, por medio de la cual, se busca reeducar al reo, mientras que (ii) la negativa consistente en

la búsqueda de neutralizar al delincuente (Bernal y Cortés, 2010).

■ **Prevención especial positiva:**

La motivación filosófica de la reeducación del reo se fundamenta en las doctrinas pedagógicas de la enmienda -primera clasificación de Luigi Ferrajoli-, en el entendido que, todas las personas nos regimos por el libre albedrío y en consecuencia podemos corregir nuestro comportamiento dentro de una sociedad con las medidas penales y educativas necesarias. La reeducación del reo implica que la sociedad cuente con un potencial solidario, toda vez que culminado el proceso de resocialización, el reo va a poder comportarse según los parámetros que cada sociedad consagre, siempre y cuando, las oportunidades de vida sean directamente proporcional a su actitud ponderante de reintegración.

■ **Prevención especial negativa:**

Su fundamento recae en las teorías terapéuticas de la defensa social, consagrando en la pena, la conceptualización de una doble finalidad: (i) la curación del condenado, en el supuesto que la comisión del delito, hace parte de un déficit biológico, y (ii) la neutralización, sobre el presupuesto de mayor peligrosismo apático al reo y afectación que pueda repercutir en el grupo social (Bernal y Cortés, 2010).

Esta última teoría tuvo su desarrollo y aplicación en el ámbito aplicativo de la escuela positivista italiana, con su máximo exponente Enrico Ferri, para quien “el delincuente era un ser antropológicamente inferior, desviado o degenerado y por ello la imposición de una pena implica la defensa de la sociedad de manera proporcional al peligro representado por este tipo de personas” (como se citó en Bernal y Cortés, 2010, p. 77).

En termino de epílogo, las vertientes ingénitas a la teoría de prevención especial buscan, la reintegración social del delincuente, en el entendido que el ser humano adquiere un parámetro de libertad, y de estribar, a partir del uso injustificado del parámetro facultativo, afectación a los individuos de la colectividad en forma de delito, el Estado estará en su responsabilidad positiva de corregir su comportamiento; sumado a ello, y en forma de caras pares, buscan neutralizar al delincuente sin ánimo de resocializarlo, es decir



apartarlo definitivamente del aglomerado social, de las distintas formas que a esto haya lugar, *verbi gracia* la muerte del reo, la cadena perpetua o el destierro, para que de esa manera el delincuente no pueda cometer nuevamente ningún otro delito.

Por otro lado, el profesor Cote-Barco (2007), plantea que la teoría de la prevención es loable en tanto procura disminuir la comisión de delitos futuros, sin embargo la misma deja sin fundamento a la pena en aquellos casos en donde, por ciertas circunstancias, no existe un peligro claro de reincidencia, pero de todos modos se genera un malestar social al dejarse de aplicar una sanción punitiva; adicionalmente, la idea de prevención especial puede llevar a imponer penas altamente afflictivas o prolongadas, dependiendo del grado de peligrosidad que el sistema penal asigne a una persona.

Así las cosas, la resocialización llevada al extremo, como lo realizó el positivismo italiano, ha generado el fundamento de experimentos maquiavélicos, *verbigracia*, el derecho penal arraigado al Estado Nacional Socialismo y otras formas de expresión de sistemas penales basados en políticas Amigos-Enemigos, desdibujándose las barreras de contención del poder punitivo.

#### ■ Críticas:

El concepto mismo de resocialización, ha sido objeto de innumerables críticas, toda vez que, aunque la idea de reeducar a los delincuentes es admirable, las limitaciones en la práctica para cumplir esta tarea convierten a la misma en inviable. Ello tiene lugar, porque nuestras sociedades poseen altos índices de criminalidad, niveles máximos de desigualdad en la distribución de recursos Carcelarios y Penitenciarios, y con una compleja conflictividad social y política.

Corolario a lo anterior, el concepto de resocialización ha sido atacado en dos frentes; en el primero, se cuestiona el hecho de pretender “normalizar”. Es decir, incluir adecuadamente dentro de la dinámica social a quien se ha apartado voluntariamente de ella. Se objeta que, para tal fin, se debe contar con un orden social y jurídico absolutamente justo, para que esa persona se pueda adaptar al mismo, cariz faltante en nuestras sociedades modernas. Sin embargo, los órdenes son impuestos, por ende, creer que son justos es irreal, desconociendo a su vez la coexistencia de diversos sistemas de valores en una misma sociedad, los cuales en ocasiones son opuestos entre sí, toda

vez que, en una sociedad justa, se deben lograr puntos de acuerdos entre las escalas de valores, ya que, sin ese mínimo de identidad, la resocialización es dominio de unos sobre otros y una lesión grave a la libertad individual.

En el segundo frente, la resocialización vuelve a ser centro de crítica, en el entendido que, además de las enormes limitaciones en cuanto a recursos técnicos, humanos y financieros para emprender la tarea de reeducar a los delincuentes, en ciertas ocasiones, algunos sancionados penalmente, no disponen de voluntad en favor del desarrollo de programas abanderados por la reintegración social, y al existir limitaciones constitucionales frente al respeto de la voluntad de sometimiento a ciertos programas, la mera coacción estatal resultaría inconstitucional, y por lo tanto, no podría concretarse la resocialización de todos los delincuentes.

Sin embargo, la prevención general, vence algunas críticas, toda vez que en los eventos donde existe alto riesgo de reincidencia, la pena es socialmente requerida, en un sentido reeducativo, reincorporativo y reintegrador de los sistemas sociales.

Por otro lado, las críticas dirigidas en contra de la prevención general, se arraigan bajo la desatención de lo que en futuro pueda realizar la persona sancionada, pues toda su atención la ocupa la intimidación, que, por el populismo punitivo reinante en nuestras sociedades, tiende a exceder los límites que marcan los derechos, dando paso al terror del Estado, surgiendo serias dudas del proceso racional de ponderación entre costos y beneficios.

Sin lugar a duda, el concepto de intimidación es opuesto a la disposición constitucional “dignidad humana” imperante en un Estado Social de Derecho como el colombiano, toda vez que, la persona no puede ser instrumentalizada como simple medio para procurar el bienestar de los demás integrantes de la sociedad, pues la pena sólo debe ser impuesta porque él ha delinquido; los sujetos socialmente no pueden ser un objeto de instrumentalización y ello se desprende de la idea kantiana de dignidad humana, (Cote-Barco, 2007).

Sobre el particular, podemos reseñar que las teorías de la prevención, tanto generales como específicas, son muy atractivas, empero, presentan graves incongruencias sobre su fundamento, valides y aplicabilidad, de ahí que, no es acertado arropar en su totalidad, dentro del ordenamiento jurídico, una de las teorías anteriormente expuestas, toda vez que las teorías de prevención, presentan elementos positivos y beneficiosos, pero a su vez elementos negativos y dañinos a los derechos de las personas sometidas a un proceso penal,

que de acatarlas, conllevarían a excesos y retrocesos en la aplicación de la pena en un marco constitucional.

En conclusión, tanto la prevención y la retribución, son hipótesis desfavorables de la teoría constitucional, en tanto que, no responden a los derechos fundamentales consignados en nuestra Carta Política, exigiendo de este sector, por el cual escribo, figuras, teoremas o argumentos que vigoricen la reducción de la criminalidad, pero a su vez, maximice los derechos humanos. Bajo esa tesitura, se puede formular una teoría de la pena reuniendo los elementos de las teorías anteriormente expuestas, en el entendido de, eliminar los elementos negativos que estas poseen frente a puntos específicos y reemplazarlos por los puntos positivos y beneficiosos que frente a dichos tópicos las otras posturas pueden aportar.

#### ■ Teorías eclécticas: Delimitación conceptual y Críticas:

La necesidad de interrelacionar los diversos fines de la pena, surgió de reclamos académicos, entre ellos, del profesor Claus Roxin, quien planteó la teoría ecléctica, o también llamada teoría mixta, con una estructura multinivel, a partir de la teoría de unión y la teoría preponderante del fin de la pena, diversificando los distintos momentos en que actúa el *telos* punitivo (como se citó en Percy, 2014).

Sin embargo, las teorías eclécticas han sido objeto de fuertes críticas, principalmente en razón a su fundamento, pues se ha afirmado que la realización dogmática, crea niveles excesivos de discrecionalidad, toda vez que tanto el legislador como el juez podrían recurrir a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que, en su margen de apreciación, sea correcta. Para hacer frente a este postulado, el profesor Claus Roxin desarrolló una metateoría que busca ordenar los diversos fines de la pena (como se citó en Percy, 2014). Como resultado tenemos que en un primer momento existe la conminación penal, en relación de la norma penal, en la que aparece la prevención general de manera amplia; en segundo momento, existe la imposición y medición de la pena, etapa que implica la realización de justicia, en la cual en fondo es retributivo –preventivo general–; y por último, existe la etapa de la ejecución de la pena, en la cual es el momento de aplicación de la prevención especial o de la resocialización del delincuente (Bustos, 2012).

En otras palabras, las teorías mixtas consideran (i) a la retribución y al principio de culpabilidad como criterio de delimitación de la intervención de la pena, limitándose a yuxtaponer los fines de la prevención general y especial, y a su vez, (ii) como teorías que buscan formulaciones que permitan la coexistencia de la prevención general con la especial, teniendo en cuenta el estadio específico para la conminación, la aplicación judicial y la ejecución (Bernal y Cortés, 2010, p.122).

En ese orden de ideas, no es posible recurrir a cualquier fin de la pena, sino que, dependiendo del momento en el que se encuentre el procedimiento penal, resultaría preponderantes unos fines sobre otros. Así las cosas, Claus Roxin (1981), sin ser ajeno a estos cuestionamientos, afirma:

Se puede decir que para una concepción moderna la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena, ya que sirve tanto al delincuente como a la sociedad y es la que más se aproxima a la meta de una coexistencia de todos los ciudadanos en paz y en libertad. (p.47).

Por ende, es entendible que el artículo 4 del Código Penal colombiano, haya incluido la complementariedad de las teorías de la pena, que resulta legítimo procurar, acogiendo los planteamientos que el profesor Claus Roxin realiza sobre el particular, siempre tomando la resocialización como el fin principal de la pena.

En conclusión, en el análisis de las teorías más preponderantes de la pena que se han formulado a lo largo de la historia del derecho penal, la que actualmente tiene más fundamento científico, constituye a la teoría ecléctica y específicamente la teoría de la unión desarrollada por el profesor Claus Roxin, en la cual la reducción del reo es el fin principal de las sanciones penales.

De igual manera es evidente que en razón a lo consagrado en el artículo 4 del Código Penal Colombiano, el cual reza: “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” (Colombia, Ley 599 del 2000), el ordenamiento jurídico penal colombiano, acogió la teoría de la unión de la pena, con ponderación superlativa de la resocialización del reo como fin punitivo.



### III. LOS FINES DE LA PENA APLICADOS ACTUALMENTE EN COLOMBIA.

Una vez conocemos cual es el fin primordial de la pena que el Estado Colombiano debe perseguir por mandato de su Constitución y expuestas las teorías más relevantes que los pensadores más influyentes de la filosofía y el derecho penal han planteado, podemos analizar cuál es el fin de la pena que el Estado colombiano está aplicando en la práctica a través de su política criminal.

A fin de desarrollar este punto, en primer lugar, se examinará las providencias de la Corte Constitucional, por medio de las cuales se declararon los Estados de Cosas Inconstitucionales en materia Carcelaria y Penitenciaria, además de adentrarse en sus causas, para que, con posterioridad, se analice algunas normas penales con el fin de evidenciar su consagración populista.

#### ■ Sentencias de la Corte Constitucional:

El Tribunal Constitucional en sentencia T-153 de 1998, declaró el Estado de Cosas Inconstitucional en Materia Carcelaria y Penitenciaria, efectuando un análisis histórico de la nefasta practica legislativa por medio de la cual, en razón al populismo punitivo, se incrementan las penas de los delitos y se limitan los beneficios o subrogados penales.

Además, la misma corporación en la providencia referida, evidencia las condiciones inhumanas de las cárceles en Colombia, ordenando que diferentes entidades suscritas al gobierno nacional implementen las políticas públicas adecuadas para cesar tal estado de cosas inconstitucional, que, en estudios primigenios, se estipulaba como la principal causa, las fallas en la infraestructura carcelaria.

Respecto de los fines de la pena, dicha providencia señaló que “Evidentemente, las condiciones de hacinamiento impiden brindarles a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización” (Corte.C., T-153 de 1998, p. 63), resaltando que, hay una imposibilidad estructural para diferenciar a las personas sometidas a medidas de aseguramientos, respecto de las personas condenadas. No obstante, y sin mayor complicación, se implementaron políticas públicas que mejoraron las condiciones de las cárceles

de Colombia y que posibilitaron declarar superado en el año 2013 el estado de cosas inconstitucional.

Pese a superarse la vulneración maximizada y general de los derechos humanos, en el mismo año 2013, la Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2013, declarara el Estado de Cosas Inconstitucional en Materia Carcelaria y Penitenciaria, en ocasión a una política criminal reactiva, populista y poco reflexiva.

Esta última providencia judicial destacó que el estado de cosas inconstitucional decretado en 2013, poseía nuevos y diferentes planteamientos a los consagrados en 1998, pues sus causas diferían a las del primer estado, en el entendido que su origen principalmente verso sobre la infraestructura carcelaria. Adicional a lo anterior, la corporación afirmó que este segundo estado de cosas inconstitucional era mucho más crítico, en el entendido que las cifras eran más alarmantes, así como el trato altamente populista, que de manera incorrecta ha sido implementado por las autoridades respectivas frente a la cuestión criminal.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia *sub examine*, alertó a las entidades estatales, sobre el inestable panorama carcelario y de control social, que arroja la modificación y alteración constantemente de la política criminal; alertó sobre la interdicción de exceso punitivo, y el ritmo oscilante de libertad, encierro y endurecimiento punitivo, generando un ciclo tautológico. (Corte.C., T-388 de 2013). La política criminal debe fundarse en la realidad social del país y contar con una justificación estricta, en términos constitucionales de su necesidad, de manera que, si la política criminal es coherente, arrojará herramientas resistentes a tentaciones y presiones enraizadas al populismo punitivo (Corte.C., T-388 de 2013), entendiendo a éste, como las medidas que los políticos proponen y aprueban, casi siempre concernientes en el endurecimiento de las penas y limitaciones de los derechos de los procesados y condenados, sin ninguna base científica para satisfacer a las masas populares, aparentando medidas eficaces para combatir el crimen y propugnar por la reducción de los delitos en una sociedad.

En relación a esta situación, si bien es cierto se implementaron políticas públicas que permitieron superar el primer estado de cosas constitucional, las mismas no han sido constantes en su espíritu, situación que conllevó a declarar nuevamente la existencia de dicho problema estructural en el año 2013 y que sería ratificado en el año 2015, por intermedio de la sentencia T-762 de 2015,

reafirmando que en consecuencia la política criminal ha propugnado por aumentar el hacinamiento carcelario, lo que conlleva a la vulneración sistemática de los derechos de las personas en las cárceles (Corte.C., T-762 de 2015).

El mismo tribunal, en la sentencia del año 2015, afirmó que la situación de vulneración masiva de derechos fundamentales se debe a una falla estructural que no es atribuible a una única autoridad. Expuso con preocupación, las alarmantes consecuencias de la implementación de una política pública populista y carcelaria, ordenando deconstruir el Plan Integral de Resocialización y emitió otras ordenes con el fin de menguar las sistemáticas vulneraciones a derechos fundamentales que la política criminal implementada en Colombia genera.

Sin superar el populismo carcelario, en sala de seguimiento de la sentencia T-762 de 2015, de la Corte Constitucional, se profirió el auto 121 del 22 de febrero de 2018, mediante el cual se sistematiza parámetros mínimos de seguimiento y verificación del cumplimiento de las ordenes consagradas en las providencias arriba citadas, toda vez que la falta de coordinación en los informes sobre las actividades ordenadas y su paralelo incumplimiento, ha imposibilitado la superación de dicho estado. Meridianamente, se afirma que, en nuestro sistema jurídico la pena cumple en forma concomitante tres fines: (i) preventivo o disuasivo, concretándose en la fijación legislativa del tipo penal, la prohibición y la sanción que subyace a él, (ii), retributivo, que tiende a concretar una compensación en favor de la víctima y la sociedad con el hecho mismo de la privación de la libertad; y, (iii) resocializador, base de recolección y fundamentación de la pena privativa de la libertad, en factores coherentes con las disposiciones constitucionales, de modo que, en la práctica penitenciaria, ese fin adquiere un valor significativo entre los demás, que se concretan antes de la ejecución de la sanción y en el momento de su imposición judicial, y que la política criminal implementada en Colombia ha imposibilitado cumplir bajo los argumentos anteriormente planteados (Corte.C., T-762 de 2015).

Finalmente, este auto reorientó el seguimiento a la estrategia de superación del Estado de Cosas Inconstitucional en Materia Penitenciaria y Carcelaria a partir de (i) los roles de las entidades en el seguimiento y (ii) los mínimos constitucionalmente asegurables que fueron definidos en esta providencia, en el entendido que la política pública relacionada con la pena está fallando con respecto a la mayoría de entidades involucradas en las ordenes estructuradas.

Así las cosas, se observa que la política criminal en Colombia ha obedecido a los parámetros establecidos por el populismo punitivo, sobre todo en lo concerniente a políticas públicas, lo que ha conllevado a que dicha política criminal sea cambiante y por ende inútil para el fin de prevenir los delitos y aplicar la reintegración social como fin principal de la pena en Colombia, dilucidado a su vez, de aquellos análisis detallados que la Corte Constitucional ha realizado sobre estos puntos.

#### ■ Ordenamiento jurídico colombiano:

Para abordar el segundo punto de este capítulo, es importante resaltar algunas cuestiones sobre las normas que han sido expedidas por el Congreso de la República y que versan sobre la pena, su desarrollo y aplicación, para ratificar el análisis que la Corte Constitucional ha realizado sobre la política pública carcelaria, y subsiguiente a ello extraer las conclusiones pertinentes sobre el particular.

En primer lugar, con la expedición de la Ley 599 de 2000, el Código Penal vigente en Colombia, se consagraron unos parámetros importantes para el cumplimiento de lo estipulado en la Constitución Política de Colombia de 1991, respecto de los derechos fundamentales y los estándares de justicia penal que se han planteado cumplir las naciones en ámbitos internacionales. Entre ellos, se rescata la no inclusión de un artículo específico que limitara los beneficios y subrogados penales en ninguna clase de delitos. Sin embargo, el Código Penal rápidamente tuvo modificaciones al respecto. En primera medida la Ley 890 de 2004, en su artículo 14, estipuló que todos los tipos penales consagrados en la parte especial del Código Penal, aumentarán sus penas en la tercera parte, para los mínimos y la mitad en el máximo, entre otras disposiciones, destacando que la motivación de dicha norma fue combatir los beneficios que la justicia premial concedía a las personas que aceptaban los cargos mediante las formas anticipadas de terminación del proceso penal.

Más adelante, se expidió la Ley 1142 de 2007, la cual adicionó el artículo 68A al Código Penal colombiano, el cual se tituló “exclusión de beneficios y subrogados”, dejando por fuera de estas garantías judiciales, propias de sistemas abiertos carcelarios, a las personas que fueron condenadas por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores a la nueva

investigación penal (Colombia, Ley 1142 de 2007).

Posteriormente, La Ley 1474 de 2011, la llamada Ley Anticorrupción, introdujo modificaciones al precitado artículo 68A, incluyendo en la exclusión de beneficios y subrogados penales a quienes hayan sido condenados por delitos contra la administración pública, estafa, abuso de confianza que recaigan sobre bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional. Sin embargo, se permitió la concesión de beneficios penales en allanamientos a cargos, preacuerdos y principios de oportunidad (Colombia, Ley 1474 de 2011).

Al transcurrir cuatro años, el artículo 68A del Código Penal fue modificado nuevamente con la expedición de la Ley 1453 de 2011, en la cual se especificaron los delitos en contra de la administración pública los cuales están sujetos a la prohibición de subrogados y beneficios penales, sin realizar ninguna adición de delitos frente al mismo (Colombia, Ley 1453 de 2011).

Tiempo después, se emitió la Ley 1709 de 2014, una norma con la cual se trataba de combatir el hacinamiento carcelario, flexibilizando los requisitos para acceder a los beneficios y subrogados penales, y a su vez, como acto antagónico, modificó el artículo 68A del Código Penal, adicionando nuevos delitos a la prohibición de acceder a los beneficios penales, entre los cuales se encuentran los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; captación masiva y habitual de dineros; concierto para delinquir agravado; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; rebelión, entre otros delitos (Colombia, Ley 1709 de 2014). Lo anterior implicó un contrasentido, toda vez que la adición de nuevos delitos a la prohibición de acceder a los beneficios y subrogados penales, converge en el aumento de población carcelaria y, por ende, en una norma inocua frente al problema del populismo punitivo y sus derivados.

Por último, se emitió la Ley 1773 de 2016, que a través de su artículo 4 modificó el artículo 68A del Código Penal, adicionando a la prohibición referida, el delito de homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo **104** (sevicia) y modificó el tipo penal de lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares, justamente para adicionar a éste, elementos descriptivos como “los agentes químicos, ácido y/o sustancias similares, en lugar de elementos corrosivos”, norma eminentemente populista,

que fue emitida en consecuencia a los escándalos surgidos en las noticias por los ataques con este tipo de elementos (Colombia, Ley 1773 de 2016).

Sin embargo, la prohibición de beneficios y subrogados penales no es el único punto por el cual la política criminal, desde la técnica legislativa, se ha endurecido en razón al populismo punitivo. También podemos observar el aumento desproporcionado y sin justificación del *quantum punitivo* en los delitos, tal es el ejemplo de la Ley 890 de 2004, -analizada previamente- por la cual se incrementa a todos los tipos penales el elemento temporal de las sanciones principales y accesorias. Esta actitud estatal, refleja la intención de creación legislativa en ocasión al momento en el cual mediáticamente se esté presentando mayores escándalos respecto a determinadas conductas punibles que la sociedad considere graves y reprochables (Colombia, Ley 890 de 2004).

En ese orden de ideas, la Ley 1142 de 2007 aumentó la pena mínima del hurto calificado, que paso de ser de 4 años a 6 años -aumento-, de igual manera dicha norma aumentó la pena del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, que era de 16 meses para acrecentarla a 72 meses de prisión (Colombia, Ley 1142 de 2007), y el extremo mínimo sería nuevamente aumentado en 36 meses más por la Ley 1453 de 2011. Estos son apenas dos ejemplos de muchos cambios populistas que ha sufrido la política criminal en Colombia (Colombia, Ley 1453 de 2011).

Por otro lado, es necesario destacar que no es posible realizar el análisis integral de cada una de las normas emanadas en derecho penal colombiano, toda vez que, en razón al populismo punitivo, la expedición de normas ha sido masiva y dispar; mientras unas se derogan, simultáneamente, otras nacen a la vida jurídica.

Sin embargo, para determinar cuál es la política criminal que el Estado colombiano efectivamente aplica en relación al fin de la pena, se depara un estudio correlacional de las normas que consagran incrementos punitivos, los límites a los beneficios y subrogados penales, y el análisis que la Corte Constitucional ha realizado respecto de la política pública carcelaria en Colombia -*ut supra* examinada-.

El contexto planteado por la sentencia T-762 de 2015, referido al crudo panorama de hacinamiento carcelario, y su constante vulneración masiva de los derechos de los reclusos e imposibilidad jurídica y fáctica de la ejecución

material de la reintegración social, las penas excesivamente consagradas en la parte especial del Código Penal colombiano, y las limitaciones existentes para acceder a beneficios y subrogados penales, generan que la política criminal colombiana únicamente responda a tres fines de la pena en particular: (i) la retribución del delito, (ii) la prevención especial negativa y (iii) la prevención general negativa.

Es evidente del análisis normativo realizado, que el concepto de justicia expedido por el legislador en función creadora de las normas penales, se instauran en favor de la retribución de un mal penal por la comisión del delito y entre mayor sea el mal penal, es decir la respuesta estatal frente al delito, mayores estándares de justicia alcanzara el Estado, una concepción de retribución y prevención negativa desbordada bajo el principio de proporcionalidad.

Corolario a lo anterior, el Estado colombiano busca neutralizar al delincuente, no a través de la resocialización o la reeducación, sino, sometiéndolo a largos tiempos de privación de libertad, que en muchos casos converge en penas perpetuas, en razón a la desproporcionalidad y extensión de las mismas, y a la prohibición a que éstas puedan ser cumplidas en libertad o en el domicilio del condenado, bajo ciertas condiciones. En el mismo sentido, El legislador, a través de las leyes, aumenta las penas y limita beneficios y subrogados penales para instrumentalizar al delincuente, en tanto que, resultado de la intimidación a los miembros de la comunidad, se lograra persuadirlos a no cometer delitos, de manera que, la instrumentalización del individuo ejerce efectos en condiciones inhumanas, como las que debe enfrentar una persona en las cárceles colombianas, contrariando el principio y derecho a la dignidad humana, que exige, según los planteamientos de Kant, que el hombre sea un fin en sí mismo, coaccionando a la prevención general constituirse en objeto normativo, pero nunca, en el barómetro de maximización punitiva y desconocimiento de derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, los fines de la pena que en la practica el Estado colombiano aplica tanto en la consagración de la norma penal, como en la judicialización de los delitos y la aplicación de la misma, consistentes en la retribución desproporcionada, la prevención especial negativa y la prevención general negativa vulneradora de la dignidad humana; catalogando estos alcances como opuestos a la Constitución, y así, inversos al parámetro de regularidad constitucional y a la forma estructural del Estado Social de Derecho.

#### IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

Del análisis que se ha realizado a lo largo de este escrito, es posible extraer algunas conclusiones que servirán de base para repensar la política criminal en Colombia y de esa manera propender por una reducción del crimen, ajustada a los parámetros jurídicos y académicos establecidos para ese fin:

- (i) Podemos concluir que el Estado Colombiano a través de su Constitución Política, por la figura del bloque de constitucionalidad y en consonancia con el artículo 4 del Código Penal, ha acogido la teoría de la unión de la pena y la reintegración social de los condenados como el fin esencial para definir la política criminal en lo concerniente a los fines que las sanciones penales debe perseguir en los momentos de su consagración en la norma penal, en la judicialización de los delitos y en la aplicación de la misma.
- (ii) Han existido múltiples teorías sobre el fin que debe perseguir la pena, sin embargo, todas han tenido críticas que han sido insuperables, por lo tanto, se plateó la vertiente de la unión de la pena, como teoría ecléctica que combina las fortalezas de todos los presupuestos punitivos, blindando las debilidades que por separado cada una posee.
- (iii) Del análisis realizado, resulta patente que, a través de una política criminal volátil, cambiante y que obedece a los parámetros del populismo punitivo, el Estado Colombiano incumpliendo los lineamientos respecto del fin de la pena que la Constitución y la ley establecieron, está aplicando únicamente los fines retributivos, de prevención especial negativa y de prevención general negativa, desproporcionadamente y vulnerando los derechos y principios propios de un Estado Social de Derecho.
- (iv) La aplicación errónea de la política criminal frente al fin de la pena, produjo hacinamiento carcelario y en consecuencia una vulneración masiva de derechos de las personas que se encuentran en la cárcel, situación reconocida en la sentencia T-388 de 2013, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró el Estado de Cosas Inconstitucional en Materia Carcelaria y Penitenciaria.

- (v) resulta posible concluir que respecto de los fines de la pena, aplicando la teoría de la unión y tomando como fin primordial la reintegración social de los condenados, es posible realizar una política criminal seria, estable y alejada de las demandas del populismo punitivo, a través de la cual se pueda efectivamente reducir el crimen en consonancia con la constitución y la ley, y de esa manera, superar el estado de cosas inconstitucional declarado por la Tribunal Constitucional, alcanzando progresivamente la armonía social y la paz.

## BIBLIOGRAFÍA

Beccaria, C. (2013). *De los delitos y las penas (cuarta edición)*. Colombia, Bogotá: Temis.

Bernal, G.L.A. & Cortés, E.M.S. (2010). *Teorías de la pena*. Colombia, Bogotá: Ibañez.

Bustos, J.R. (2012). *Control social y sistema penal*. Colombia, Bogotá: Temis.

Carrara, F. (1972). *Programa de derecho criminal, parte general, Volumen II*. Colombia, Bogotá: Temis.

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). Constitución política de la República de Colombia.

Colombia, Congreso de la República. (24 de julio de 2000). Ley 599 del 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

Colombia, Congreso de la República. (07 de julio de 2004). Ley 890 de 2004 “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”.

Colombia, Congreso de la República. (28 de julio de 2007). Ley 1142 de 2007 “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”.

Colombia, Congreso de la República. (12 de julio de 2011). Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

Colombia, Congreso de la República. (24 de junio de 2011). Ley 1453 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”.

Colombia, Congreso de la República. (20 de enero de 2014). Ley 1709 de 2014 “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”.

Colombia, Congreso de la República. (06 de enero de 2016). Ley 1773 de 2016 “por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”.

Colombia. Corte Constitucional. (28 de abril de 1998). T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (26 de enero de 2006). Sentencia C-028 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (25 de abril de 2007). C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (28 de junio de 2013). T-388 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015). T-762 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá.

Cote-Barco, E.G. (2007). La necesidad de la pena –reflexiones a partir de los artículos 3° y 4° del código penal colombiano-. *Vniversitas*, julio-diciembre de 2007, pp. 191- pp. 226.

España, Congreso de los Diputados de España (31 de octubre de 1978). Constitución Política.

Feuerbach, P.J.A. (1989). *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania. Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni*. Argentina, Buenos Aires: Ham-

murabi.

Hegel, G.W.F. (1988). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. España, Barcelona: Edhasa.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2013). *Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y de la Reintegración Social de Delincuentes*. Organización de Naciones Unidas: Sede ONU.

Percy, G.C. (2014). Acerca de la función de la pena. *Revista Jurídica*, junio 11 de 2006. Recuperado de: <https://www.revistajuridicaonline.com/2006/06/acerca-de-la-funcion-de-la-pena/>

Puig, S.M. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social de Derecho*. España, Barcelona: Bosch.

Roxin, C. (1981). *Introducción a los problemas básicos del derecho penal*. España, Sevilla: Universidad de Sevilla.

Roxin, C. (1987). «Sentido y límites de la pena estatal», *Problemas básicos del Derecho Penal*. España, Madrid: Reus.

San José de Costa Rica, Asamblea General (7 al 22 de noviembre de 1969). *Convención Americana de los Derechos Humanos*. (Pacto de San José).