

LA PREVENCIÓN ESPECIAL EN LA TEORÍA DE LA PENA

Dr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ*

El Derecho Penal, la Criminología, la Política Criminal y la Filosofía del Derecho han estudiado el fundamento, la naturaleza y los fines de la pena, desde posiciones unas veces coincidentes y otras discrepantes, según su afiliación a las respectivas escuelas que han profundizado en esta consecuencia del delito¹. Por ello, hay quienes definen la pena con una señalada inclinación hacia el concepto de retribución, haciéndola destacar como el mal que se inflige a quien se ha declarado judicialmente culpable de la comisión de un hecho punible; otros dicen que se trata, mejor, de la privación de un bien impuesta a quien en virtud de un proceso ha sido legalmente declarado responsable de la violación de la ley penal; otra corriente le asigna a la pena el sentido de una reacción de la sociedad contra el delincuente, la cual, por medio de la pena, expresa su desaprobación en la conducta punible.

Otra vertiente filosófica y jurídica le asigna a la pena características de prevención general y prevención especial, quitándole así todo matiz retributivo y expiatorio: la escuela positiva, que le niega a la pena todo carácter de castigo, cualquier fin retributivo, considerándola más bien como un medio de defensa social. La misma escuela afirma como fin principal de la pena la prevención del delito y la prevención especial, mediante la readaptación social del delincuente, si es readaptable, o la segregación o eliminación si fuere incorregible.

De todas maneras, cualquiera que sea la posición filosófica y jurídica que se asuma en relación con la pena, no se puede negar que esta constituye una privación o restricción de bienes jurídicos, previamente determinados en la ley, impuestos por el órgano jurisdiccional competente y en contra de quien ha sido declarado culpable mediante una sentencia.

En este orden de ideas, las teorías que a través de los siglos se han expuesto para fundamentar el *jus puniendi*, se han dividido en varios grupos: las absolutas,

* El autor es Director de la *Revista Tribuna Penal*, órgano del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia, entidad de la cual es Presidente Honorario. El trabajo que tiene delante de sí el lector, es una contribución que aparecerá en el Libro-Homenaje al profesor LUIS CARLOS PÉREZ.

¹ "Muchos penalistas reconocen ya que la pena es la categoría más específica y definitiva del ramo y que sería alrededor de ella y no de una teoría del delito que debería estructurarse todo el derecho penal. Hasta existen algunos que prefieren hoy iniciar la enseñanza del derecho penal por la pena, su teoría, su concepto, sus fines y sus formas, para luego continuar con las demás materias". (EDUARDO NOVOA MONREAL, *La evolución del derecho penal, en el presente siglo*, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1977, pág. 49).

que solamente consideran el delito cometido (*punitur quia peccatum est*), y las relativas, que tienden a prevenir delitos futuros (*punitur ne peccetur*).

I. TEORÍAS ABSOLUTAS SOBRE LA PENA

La esencia de las teorías absolutas es la pena como retribución. No busca determinados fines en la pena, sino que propende al castigo del delincuente, únicamente porque ha trasgredido la norma penal. Con un sentido expiatorio busca restablecer el orden quebrantado, borrar con la sanción el delito cometido. A esta teoría no le interesan ni los fines de la prevención general, ni de la especial, no estando por lo tanto en sus propósitos la corrección y enmienda del culpable. La sustentaron KANT y HEGEL, el primero de los cuales llegó a sostener que, como consecuencia jurídica necesaria del delito, en el supuesto de una disolución de la sociedad, antes debe ejecutarse al último asesino que se encuentre en las cárceles, a fin de que su conducta delictuosa sea debidamente retribuida con la pena. Con lo cual se evidencia el principio de que el delito es el único presupuesto de la pena, lo mismo que su fundamento, y que la pena es un fin en sí misma, y no medio para otro fin.

Es evidente que dentro de estos parámetros no se encasilla en el mundo jurídico y filosófico de hoy, al fundamento y la justificación de la pena. Con una teoría tan radical los fines del derecho penal disminuirían en su carácter ético y espiritualista, ya que en su función primordial sería la de tratar de compensar el mal del delito con el mal infligido al delincuente, despreocupándose de los beneficios que este pudiera recibir en la ejecución misma de la pena, como el de la resocialización.

Siendo esto así, es evidente que el nuevo Código Penal colombiano ha rechazado esta concepción absolutista de la pena, ya que, como se habrá de puntualizar, entre los fines de la misma se halla el de su función preventiva, sin descartar el de retribución, pero este con alcances y significados muy diferentes de los de la teoría absoluta sobre la pena.

II. TEORÍAS RELATIVAS SOBRE LA PENA

A diferencia de las teorías absolutas, tenemos las relativas, llamadas también teleológicas o finalistas, que buscan fundamentalmente fines de prevención general y especial. La retribución en sí misma no es cometido de sus postulados, sino que mira en el fin de la pena, en la amenaza punitiva, un freno, un control, una motivación para que los ciudadanos en general se abstengan de delinquir, o para que el delincuente, a través de la pena, encuentre estímulos que le permitan corregirse, enmendarse, educarse, y, en casos extremos, intimidarse por el peligro de la reincidencia, intimidación que también se propone en relación con el conglomerado social. De donde resulta que la pena mira más hacia el futuro que hacia el pasado, que no le interesa específicamente castigar al delincuente, hacerle sufrir una pena, compensar el mal del delito con el mal de la pena, sino, por sobre todo, que en términos

generales la pena sirva como medida de prevención de nuevos delitos; que no sea tanto una reacción contra el delito cometido, sino una protección contra nuevos ataques delictivos.

No faltan, desde luego, dentro de las teorías teleológicas, algunas completamente inadmisibles, como la del *contrato social*, que afirma que la pena tiene como finalidad mantener el pacto social; o la del *utilitarismo*, que justifica la pena solo si sus consecuencias pueden ser útiles a la sociedad, utilidad que encuentra en su eficacia para combatir la criminalidad. Y la doctrina de la *defensa social*, que concibe como fundamento del derecho de penar, la defensa de la sociedad ante el delito. Es la conocida escuela positivista, que introdujo la responsabilidad legal dentro de su sistema.

III. CÓDIGO PENAL COLOMBIANO Y LAS FUNCIONES DE LA PENA

Cabe entonces preguntarnos si la tendencia del nuevo Código Penal sería mejor la de una retribución por el delito cometido o una prevención del mismo. Ni lo uno, ni lo otro. En dicho aspecto, nuestro estatuto punitivo se adscribe a las teorías conciliadoras, acatando así la concepción predominante de los tiempos modernos. Las teorías absolutas, con algunas restricciones, y las relativas, pueden perfectamente armonizarse, aunque aparezcan como irreconciliables, no solo para que la pena surja dentro de un marco de justicia, como límite legal a la arbitrariedad y al abuso judicial, sino también para que a través de su amenaza en abstracto y su ejecución en concreto, en la persona del delincuente, se obtengan resultados benéficos para la sociedad y para el hombre que delinque. Por ello estas teorías también han sido denominadas “teorías margen”, porque al basar o fundamentar la pena dentro del marco jurídico de la culpabilidad por el hecho, deja la posibilidad, “el margen”, para que la pena pueda cumplir igualmente los fines educativos, resocializadores, intimidativos, etc., es decir, la prevención general y la prevención especial. Esta última posición es, a nuestro juicio, la que permite una más adecuada aplicación de la pena, mirando sus diferentes connotaciones, pero en todo caso, quitándole al criterio retributivo la odiosa concepción de que se trata de la causación deliberada de un mal a la persona que ha violado la ley penal y por ello declarada culpable.

Conviene ahora que miremos en la doctrina de ayer y de hoy los diferentes aspectos en que se ha considerado la prevención, tanto la general como la especial. Por esta limitación a dicho tema específico solo tangencialmente haremos referencias a la retribución de la pena en lo que sea necesario.

MARC ANGEL ha irrumpido en esta segunda mitad del siglo con su escuela de la Nueva Defensa Social, cuyos principios y tesis han sido muy confrontados en las últimas décadas, bien para disentir de ellos o prohijarlos. Pero indudablemente su escuela ha marcado una impronta al colocar dentro de la prevalencia de los fines de la pena, el de la prevención especial. Por ello sintetiza su idea de protección al delincuente diciendo que “una política activa de prevención que entiende proteger

a la sociedad protegiendo al delincuente y que mira a asegurarle en las condiciones y por vías legales de tratamiento apropiado a su caso individual”².

IV. LA PREVENCIÓN ESPECIAL EN LA DOCTRINA

CLAUS ROXIN por su parte hace una parcial censura a la teoría de la prevención especial, con la consideración de que esta “no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor”³. Aun así, y no obstante las objeciones que le merece dicha teoría⁴, sostiene que la pena sirve exclusivamente a fines racionales y que solo puede estar justificada si persigue como meta la reincorporación del delincuente a la comunidad⁵. Para él solamente está indicada una ejecución resocializadora. Sus ideas a este respecto influyeron considerablemente en la redacción del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán, del cual fue coautor y en el que se caracterizó a la prevención general y a la especial como los dos únicos fines de la pena estatal⁶. Y de las dos, al darle preferencia a la prevención especial, se consagraron mecanismos sustitutivos de la pena, como los de la suspensión condicional de la misma, la libertad condicional, la sustitución de la pena privativa de la libertad por la pena pecuniaria, la admisión del trabajo de utilidad pública, la amonestación con reserva de pena, etc.

En otro ángulo, retribucionistas integrales como MAURACH y BETTIOL, se desentendían casi en absoluto de los fines utilitarios de la pena, para darle en cambio a esta un nítido sentido retribucionista. El primero de ellos escribió al respecto: “Precisamente la cualidad principal de la pena retributiva estriba en su carácter

² Citado por IGNACIO MUÑAGORRI LAGUIA, *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social*, Madrid, Edit. Reus, S. A., 1977, pág. 104. Y explica MUÑAGORRI que las ideas de protección y prevención se relacionan íntimamente: eficacia preventiva, como manera de tutela o protección de los bienes jurídicos y tutela o protección del individuo delincuente o posiblemente delincuente (ob. cit., pág. 104). Esta posición de la nueva defensa social es cuestionada por BETTIOL, en los siguientes términos: “Si abrimos las obras de los escritores que siguen la dirección romántica de la nueva defensa social, comprobamos cómo admiten todo: de la prevención a la represión, de la culpabilidad a la peligrosidad, de las medidas *ante delictum* (tan caras a ellos) a las *post delictum*. Aceptan la resocialización, la reeducación, la enmienda, como si fuesen nociones de contenido idéntico, sin advertir, en cambio, la diferencia profunda que media entre ellas” (GIUSEPPE BETTIOL, “¿Hacia un nuevo romanticismo jurídico?”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, pág. 7). En contraposición, NOVOA MONREAL (ob. cit., pág. 65): “La escuela de la defensa social se presenta hoy como un rebrote de muchas ideas críticas acerca de la lucha social contra el delito y marca una posibilidad de estructuración doctrinaria de tesis más adecuadas a las condiciones científicas y culturales del mundo moderno”.

³ CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Edit. Reus, S.A., 1976, pág. 15. Sin embargo el mismo ROXIN explica que “Ciertamente no se puede desconocer que en la mayoría de los casos de imposición de una pena late también un elemento de prevención especial, en cuanto que aquella intimidará al delincuente frente a una posible reincidencia y mantendrá a la sociedad segura de este al menos durante el cumplimiento de la pena...”.

⁴ Ib., pág. 17.

⁵ Ib., pág. 31.

⁶ Ib., pág. 37: “Sobre la tendencia de conjunto del Proyecto Alternativo, y, con él, del nuevo movimiento de reforma, se puede decir que se caracteriza por destacar cada vez de modo más fuerte la prevención especial a costa de la idea de compensación de la culpabilidad y de la prevención general...”.

absoluto desligado de todo fin, tal como se expresa en la exigencia de KANT, de que se imponga al último asesino su pena aun cuando perezca con él la sociedad entera”⁷. Estas posiciones, desde luego, resultan insulares en el derecho penal de hoy, por lo menos en la doctrina, ya que en la praxis es muy intenso el criterio retribucionista, tanto en la determinación judicial de la pena como en su ejecución. Lo primero, por el sentimiento endurecido con que los jueces muy frecuentemente dirigen esa misión trascendental dentro del proceso penal; y lo segundo, por la deshumanización de las prisiones, por la insensibilidad de sus directores, por la negligencia en la tarea resocializadora que les incumbe. En síntesis, por la indiferencia del Estado.

De otro lado han soplado vientos muy refrescantes para la ciencia del derecho penal en esta materia, como los que nos vienen de la tesis de VON LISZT, fundamentalmente de su “*Programa de Marburgo*”, en el que abogó preferentemente por la prevención especial mediante la intimidación, la corrección y la inocuización, según que el delincuente sea de ocasión, corregible o incorregible.

La anterior dirección la sigue SANTIAGO MIR PUIG cuando propone, “de *lege ferenda*, una mayor esfera de aplicación de la prevención especial en el momento de determinación de la pena”, no obstante reconocer que a ello podría oponerse el principio de proporcionalidad entre el delito (como hecho) y la pena, sin embargo de lo cual dicho principio debería operar solo como límite máximo, puesto que cumple una función de garantía del ciudadano que no se vulnera por el hecho de que la pena se disminuya por debajo de la proporcionalidad⁸. Esto nos lleva a precisar dos exigencias para poderle abrir camino a la prevención especial: ningún límite al mínimo de la pena, y sí al máximo de la misma, fórmula esta que permitiría adecuadamente el funcionamiento de los sustitutivos penales, por motivos de prevención especial, a los fines de resocialización del delincuente⁹.

Esta resocialización, al decir de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “no puede hacer del delincuente una especie de ‘conejiillo de Indias’, aplicándole medidas o tratamientos que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona, como por ejemplo, los trabajos forzados o el tratamiento esterilizador, o mediatizando la concesión de determinados beneficios, como la libertad condicional, con criterios muy especiales...”¹⁰. Es decir que, aun por meros miramientos de prevención general,

⁷ REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. II, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Edit. Bosch, 1962, pág. 79. Y GIUSEPPE BETTIOL, en *Instituciones de derecho penal y procesal* (Barcelona, Edit. Bosch, 1977, pág. 153): “Con una concepción política de libertad, en una «ciudad abierta», el derecho penal no tiene más remedio que ser retributivo porque este es el solo criterio que garantiza al máximo la libertad del hombre. Y es a la luz de tal criterio retributivo como son valoradas y examinadas las diversas penas que nuestro sistema prevé”.

⁸ SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1976, pág. 104. Y agrega en la nota 199 de la misma página: “La adecuación de la pena al autor, con vistas a la prevención especial, constituye un postulado generalmente admitido, incluso por los partidarios de un Derecho Penal de la culpabilidad...”.

⁹ JÜRGEN BAUMANN, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema* (Buenos Aires, Edic. Depalma, 1973, pág. 35): “La expiación de la culpabilidad por el hecho (y no simplemente retribución) es necesaria pero no excluye, de ninguna manera, que por razones de prevención especial se reduzca la pena adecuada a la culpabilidad. Se trata siempre de equilibrar prevención general y prevención especial...”.

¹⁰ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1975, pág. 38.

jamás se podría pretender una prevención especial, con procedimientos eficaces para la misma, si con ello se atenta contra la libertad del hombre, contra su plena autonomía para admitir o rechazar un tratamiento, ya que ese es un derecho inculcable que no se pierde por su situación de condenado. Por la misma razón, HEINZ ZIFF, al establecer una desmembración de esa prevención especial, según la necesidad de la misma y la accesibilidad a ella por parte del delincuente, al hablar de intimidación, reinserción social y aseguramiento, dice que aquella solo puede conseguirse eficazmente si se le hace perceptible al autor su responsabilidad en la convivencia social¹¹. Punto fundamental este en la etapa de ejecución de la pena, ya que si al reo no se le suministra el ambiente adecuado para prepararse al momento de su libertad, para su reinserción en la sociedad sin mayores choques con ella, sin traumatismos emocionales, se le estarían cercenando preciosos derechos que tienen que ver con su vida en el futuro, como el de posibilitarse para no reincidir¹².

En otra oportunidad el mismo HEINZ ZIFF, comentando la legislación alemana y después de analizar con respecto a ella las teorías del margen de culpabilidad, la prohibición de sobrepasar la culpabilidad y la de la pena exacta o puntual, consideró que la segunda de las mencionadas le ofrece un amplio margen de acción político-criminal al juez al momento de determinar la pena, porque “no impone ningún límite por abajo que restrinja el marco típico. De ahí que esta teoría permita al juez, en el caso concreto, imponer una pena muy inferior a la que exigiría la culpabilidad, si estima como especialmente favorable la prognosis social del delincuente y no considera, por ello, necesario ejercer sobre él la prevención especial. En la práctica ello se plantea en los casos en que el juez quiere evitar que el condenado resulte desocializado por la ejecución de una pena privativa de la libertad”¹³. Desde luego que las tres teorías a que se hizo referencia se sustentan todas en el

¹¹ HEINZ ZIFF, *Introducción a la política criminal*, trad. de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Edit. Edersa, 1979, pág. 143. Y agrega: “Actualmente se empieza a comprenderla nuevamente desde el principio de responsabilidad como un capacitar para la participación en la vida social con conciencia de la responsabilidad...”

¹² En el proyecto de ley general penitenciaria español, se dijo en su exposición de motivos: “El penado conserva todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas jurídicas vigentes, con excepción, naturalmente, de aquellos cuya privación o limitación constituya precisamente el contenido de la pena impuesta, y por ello se ponen a su disposición los medios adecuados para su defensa, así como para la defensa de aquellos derechos que nacen específicamente de la condición de interno” (*Cuadernos de Política Criminal*, N° 7, Madrid, Gráficas Pérez Galdós, 1977, pág. 128). HELENO CLAUDIO FRAGOSO, sobre el tema ha dicho: “Es antigua la idea de que los presos no tienen ningún derecho. El condenado es maldito y al sufrir la pena es objeto de la máxima reprobación de la ciudad que lo despoja de toda protección emergente del ordenamiento jurídico que osó violar. El criminal es execrable e infame, siervo de la pena, pierde la paz y está fuera del derecho... Las reglas mínimas son importantes, a pesar de sus notorias insuficiencias y limitaciones, porque mediante ellas se procura preservar la dignidad del preso, protegiéndose a nivel universal sus derechos humanos, impidiendo que sea sometido a tratamiento degradante y que le sean impuestas restricciones y sufrimientos que no sean inherentes a la pérdida de la libertad... De modo general, esto significa que los presos deben mantener todos sus derechos, excepto el de la libertad ambulatoria...” (“El derecho de los presos”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, págs. 227, 239 y 242). Véase también a MARINO BARBERO SANTOS, *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, Edit. Bosch, 1980, pág. 124; y a ALFONSO SERRANO GÓMEZ, *Prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Madrid, Artes Gráficas C.I.M., 1976, pág. 79.

¹³ HEINZ ZIFF, “Principios fundamentales de la determinación de la pena”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 16, Madrid, Edit. Edersa, 1982, pág. 193.

criterio de que la culpabilidad ha de ser la base en la determinación de la pena¹⁴. Es decir, que la retribución no es en manera alguna incompatible con la prevención especial, como también lo sostiene MARINO BARBERO SANTOS al decir: “La satisfacción de la exigencia ético-colectiva a la retribución o intimidación, en particular respecto a delitos atroces, no es incompatible en el caso concreto con el cumplimiento de fines de prevención especial. Incluso un derecho penal basado en la culpabilidad y un derecho de medidas de carácter preventivo deben tender a una aplicación flexible en la ejecución de ambas sanciones”¹⁵. Este punto de vista tiene una importancia trascendental desde el ámbito de la política criminal, ya que precisamente en los delitos atroces, en donde se ha producido un mayor grado de culpabilidad, cuando el condenado es un imputable se hace más necesaria para este, en la ejecución de la pena, el empleo de medidas especiales para ir preparando su retorno a la libertad y el ingreso resocializador a su nueva vida.

Desde luego que todavía estamos muy lejos del ideal de ROXIN, según el cual solo se deberán imponer penas por razones preventivas, lo que se justificó en el Proyecto Alternativo de Código Penal para Alemania (1966), diciendo que “imponer una pena no es un proceso metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres”¹⁶. Esa exclusividad en los fines de la pena podría conducir a situaciones realmente preocupantes, como sería el caso planteado por el mismo ROXIN, de no aplicar la pena, por no ser necesaria desde el punto de vista de la prevención especial, cuando el delincuente ha llegado a la consumación del hecho punible en una situación de conflicto interno que probablemente no se volvería a repetir nunca¹⁷. En esta situación podrían estar todos los homicidas ocasionales, quienes indudablemente no repetirían el delito, por absoluta imposibilidad, unas veces, o lo improbable en otras, de que en el futuro se volvieran a presentar las mismas circunstancias desencadenantes del delito.

La anterior no fue la posición de CARRARA. Para él la pena no fue retribución, ni prevención general, ni especial, sino que su fin primario es el restablecimiento del orden externo de la sociedad. “El fin de la pena no es que se haga justicia, ni que el ofendido sea vengado, ni resarcirle del daño sufrido, ni aterrorizar a los ciudadanos, ni que el delincuente expie su crimen, ni obtener su enmienda”¹⁸. Esta posición tan radical del maestro de Pisa fue objeto de dura crítica por parte

¹⁴ “...A partir de ella —de la pena— se pueden cumplir también las funciones preventivas especiales de aseguramiento, de resocialización, de ayuda o, en todo caso, de no desocialización del delincuente. En la medida que sean compatibles con las exigencias preventivas generales, estas necesidades preventivas especiales pueden hacer rebajar la pena hasta límites realmente muy atenuados, suspender la ejecución de la misma, sustituir un tipo de pena por otro...” (FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Culpabilidad y prevención en derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 12, Madrid, Gráficas Pérez Galdós, pág. 55).

¹⁵ MARINO BARBERO SANTOS, *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, Edit. Bosch, 1980, pág. 162.

¹⁶ CLAUDIO ROXIN, *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981, pág. 148.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 41.

¹⁸ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, Parte general, vol. II, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1957, pág. 68, § 614.

de FILIPPO GRAMATICA, quien le increpó haber confundido el fin de la pena con el concepto puramente objetivo del restablecimiento del orden externo, es decir, con el concepto objetivo de la tutela jurídica¹⁹.

No obstante la tesis carrariana, HILDE KAUFMANN ha dicho que la pena es infligida desde hace largo tiempo en correspondencia con la teoría científica que pretende alcanzar el fin de que el autor no se convierta en reincidente. Este antiguo propósito penal es el objetivo que luego se identifica con la finalidad del tratamiento, tal como poco más o menos es descrito en el párrafo segundo del proyecto de una ley de ejecución para la República Federal Alemana, en que se afirma que el condenado mediante la ejecución debe "llegar a ser apto en el futuro para conducir una vida con responsabilidad social sin realizar hechos punibles"²⁰. Dicho tratamiento no puede ser impuesto, así se tuviera la plena seguridad de que al ejecutarlo se obtendrá la plena rehabilitación del delincuente. A tales fines, precisa respetar su libertad, su autonomía, su dignidad personal. Todo esto hace parte de los derechos humanos, los cuales no pueden perder su vigencia ni siquiera dentro de las prisiones. Tal vez es allí donde se necesita que se respeten y se pongan en práctica, por las limitaciones y dificultades que los mismos reclusos tienen para hacerlos valer. Además, si, como lo dice HILDE KAUFMANN, el condenado debe llegar a ser apto para en el futuro poderse conducir en sociedad sin cometer nuevos delitos, debemos precisar que esa "aptitud" tendrá que completarla la misma sociedad, haciéndose receptiva al reingreso en ella del condenado, quitándole el estigma de tal, sin rechazarlo de su seno sino ayudarlo, proporcionarle trabajo digno con salario justo. De no ocurrir esto quedaría el grave peligro de la reincidencia, resultando así más culpable de ella la sociedad que el mismo hombre que delinque.

Pero retomando la tesis de CARRARA, sobre que la pena no busca obtener la enmienda del culpable, ni otros fines ya señalados, sino que su fin primario es el restablecimiento del orden externo de la sociedad, pensamos que habría sido mejor un planteamiento diferente, no solo porque ya desde más de veinte siglos atrás se había defendido la prevención especial como preferente en los fines de la pena²¹, sino porque a través de la protección del orden externo de la sociedad también se pueden cumplir fines de prevención especial. Ello equivale a la protección de bienes jurídicos que en concepto de algunos tratadistas modernos es la finalidad

¹⁹ FILIPPO GRAMATICA, *Principios de derecho penal sustantivo*, trad. de Juan del Rosal y Víctor Conde, Madrid, Edit. Reus, 1941, págs. 187 y 189.

²⁰ HILDE KAUFMANN, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, pág. 13. CLAUS ROXIN, explica a este respecto las bases del Proyecto Alternativo del Código Penal alemán ("El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo", en *Doctrina Penal*, N° 7, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1979, págs. 507 y ss.).

²¹ Ya PROTÁGORAS había dicho: "Quien se propone sensatamente castigar a una persona, no castiga por la injusticia que ha cometido —porque no puede deshacer lo hecho—, sino con miras al futuro; su propósito es que esta persona no vuelva a cometer la misma injusticia (prevención especial) y que no la cometa otra que se haya enterado de la sanción impuesta (prevención general)..." (citado en JÜRGEN BAUMANN). Y SÉNECA, en igual sentido: "No castigaremos al hombre porque pecó, sino porque no peque, y la pena nunca se referirá a lo pasado sino a lo por venir. El castigo no obedece a la ira: Atiende a la previsión" (Cit. por JOSÉ MARÍA STAMPA BRAUN, *Las ideas penales y criminológicas de L. A. Séneca*, Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, 1950, pág. 60).

última que se debe buscar²². Así, por ejemplo, JOSÉ ENRIQUE SOBREMONTÉ MARTÍNEZ solo admite que la pena sirva exclusivamente a fines racionales, por lo cual no la justifica sino cuando persigue la reeducación y reincorporación del delincuente a la comunidad, pero haciendo coincidir los derechos y deberes de la colectividad y los del condenado, correspondiendo a la primera un interés en recuperar al delincuente tras de cumplir la pena, y al segundo, la idea de desarrollo de su personalidad²³. No descarta el autor la compatibilidad de la esencia retributiva de la pena con los efectos de prevención especial ni tampoco descarta, como en la tesis carrariana, que la pena "sea hábil para satisfacer, tan integralmente como se pueda, finalidades de protección social"²⁴.

Por el contrario, la incompatibilidad en la determinación de la pena, teniendo en cuenta tanto la culpabilidad del autor como los fines de prevención especial, ha sido planteada por los partidarios de la teoría del valor de empleo²⁵, para lo cual alegan, según cita de ROXIN, que el juez "no está en situación de hacer al mismo tiempo música represiva y preventiva"²⁶. Pero si esto tuviera que ser así en la praxis judicial, se correrían muchos riesgos de injusticias en la determinación de la pena, sobre la base exclusiva de la culpabilidad, ya que una exacta proporcionalidad entre la una y la otra es humanamente imposible de establecer. Por ello el mismo ROXIN replicó: "Aunque se admitieran las premisas de las que parten los partidarios de la teoría del valor de empleo (la hipostasiada imposibilidad de conocimiento de lo que es correcto desde el punto de vista preventivo), su objeción se vuelve contra ellos mismos. Pues la consecuencia que ellos extraen de este dato: hacer determinar la magnitud exacta de la pena exclusivamente por la culpabilidad,

²² "Desde un punto de vista político criminal, la prevención especial se justifica porque en la consecución de dicho fin (evitar que el sujeto vuelva a delinquir) también es un medio de protección de bienes jurídicos que es la finalidad última que hace necesario el recurso al derecho penal...". DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, "Antinomias penales y medición de la pena", en *Doctrina Penal*, N° 7, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1979, pág. 614.

²³ JOSÉ ENRIQUE SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, "La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 12, Madrid, cit., ant., págs. 97 y 98; y agrega en pág. 118: "...no cabe duda que es imprescindible que exista una interrelación entre sociedad, criminalidad y represión, ello unido a la construcción de una sociedad más justa; pues bien, esta impone una exigencia, el castigo del que delinquir y, a su vez, el castigo exige a la sociedad que le sanciona, los cauces adecuados para reincorporarse en el seno de la misma. Sociedad a la que hay que concienciar (sic) de que una gran parte de los problemas que soporta y que no es, ni más ni menos que la suma acumulada de la de todos y cada uno de los condenados, no tendrá solución si no es con la colaboración de ella misma, la que debe abordar con prontitud y eficacia, la imprescindible creación de un sistema penológico que respete las convicciones democráticas del hombre de hoy...".

²⁴ *Ibidem*, pág. 97.

²⁵ ROXIN, refiriéndose a la legislación alemana, explica que la importancia de la teoría del valor de empleo reside, sobre todo, en que cuando se trata de determinar la pena en sentido amplio, no pueden desempeñar ningún papel los puntos de vista de retribución de la culpabilidad, sino que deciden exclusivamente necesidades preventivas, y en que busca excluir del ámbito de la determinación de la pena las consideraciones de la prevención general independientes de la culpabilidad, cuando estas consideraciones conduzcan a una agravación de la pena. (CLAUS ROXIN, "Prevención y determinación de la pena", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 9, Madrid, Gráficas Pérez Galdós, 1979, pág. 62).

²⁶ *Ibidem*, pág. 62.

es irrealizable ante la inexistencia de una correspondencia exacta entre pena y culpabilidad. La teoría del margen de libertad que decide dentro del marco de la culpabilidad la magnitud de la pena conforme a necesidades preventivas, suministra también bajo este presupuesto un claro resultado: la fijación de la pena en el grado mínimo de culpabilidad²⁷. Si no pudiera ser así, el derecho penal se habría convertido en un odioso instrumento de exclusiva represión, adherido a las teorías absolutas de la pena, sin importarle humanizar sus fines, ni reconducir al hombre que delinque a una vida ordenada en la sociedad. Con dicha tesis, los sustitutivos penales no tendrían ninguna función en el campo penológico y de la política criminal, de acuerdo con lo cual puede resultar aconsejable, a pesar de la culpabilidad, que no sea necesaria la imposición de una pena, o que la misma pueda estar por debajo del grado de culpabilidad que corresponda, o bien, que a pesar de ser fijada en la sentencia, esta se suspenda con fines de prevención especial, con el criterio de que su ejecución podría traer mayores perjuicios al condenado, al someterlo al ambiente dañino y corruptor de las costumbres, como son las prisiones de todo el mundo²⁸.

Sin embargo de lo anterior, retribucionistas como GIUSEPPE BETTIOL, la emprenden contra la prevención especial, al negarle toda eficacia en sus antecedentes históricos, lo mismo que su relevancia hacia el futuro: "No a la prevención especial, que no obstante todas las reformas *in melius* de los sistemas carcelarios, ha terminado en un naufragio total. Es justamente el tiempo para un réquiem por la prevención especial, que parecía la panacea para eliminar de la faz de la tierra el delito y sus consecuencias perniciosas. Diré que ha sido precisamente esta idea o convicción de poder eliminar el delito un estado optimista de conciencia que ha producido el abismo hacia el cual hoy nos estamos precipitando, casi resignados a lo peor, por carencia de una visión más realista del ser humano"²⁹. La posición de BETTIOL, como se advierte, es de un crudo terrorismo penológico, porque sugiere que los males de la sociedad contemporánea están enraizados en una visión optimista de las condiciones humanas de quien viola la ley penal. Para dicha concepción, el hombre que ha delinquido debe sufrir el mal de la pena, ajustar esta a la medida de su culpabilidad, pero haciendo abstracción en la misma, tanto en la determinación como en la ejecución, de todo criterio sobre prevención especial, con lo cual las tendencias del civilizado derecho penal de hoy, al igual que las funciones que cumplen tanto la criminología como la política criminal, no tendrían razón de ser³⁰.

²⁷ Ib., págs. 62 y 63.

²⁸ El tema es tratado ampliamente y con profundidad por ELÍAS NEUMAN, en *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*, Buenos Aires, Edic. Pannedille, 1971; del mismo autor, *La sociedad carcelaria*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1968.

²⁹ GIUSEPPE BETTIOL, "¿Hacia un nuevo romanticismo jurídico?", en *Doctrina Penal*, cit., pág. 3.

³⁰ "La prevención especial o individual, que pretende en líneas generales impedir que el reo pueda dañar más en el futuro, y, según la impronta dada a esta función por la civilización moderna, lograrlo no ya mediante la eliminación o segregación permanente, sino mediante la resocialización o reeducación, sigue siendo no solo una de las funciones inalienables de la pena sino también uno de los objetivos de la política criminal..." (GIULIANO VASSALLI, "Política criminal y derecho penal", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, Plasencia, Edit. Artes Gráficas La Victoria, 1978, pág. 385).

Razón tuvo entonces LARDIZÁBAL, cuando en su famoso e histórico *Discurso sobre las penas...* defendió y fundamentó una auténtica teoría de la unificación de los fines de la pena, entre los cuales ubica el mejoramiento del delincuente, en caso que ello sea posible, y la prevención de nuevos daños sociales, así como en la creación de un ejemplo que mantenga a otros que todavía no han violado la ley, ya que, según él, aplicar un mal sin ninguna finalidad como contenido de la pena, no sería otra cosa que "tortura y tiranía"³¹. Esta posición de equilibrio contrasta, como resulta apenas obvio, con la filosofía social del krausismo, el cual, lo mismo que el positivismo, excluye la culpabilidad en la fundamentación del derecho penal. El krausismo considera que "la dignidad humana resulta incompatible con la causación de un mal carente de finalidad", lo que lleva a ENRIQUE BACIGALUPO a considerar que, con base en dicho principio, la pena no puede entenderse sino como un bien, y que el delincuente tiene un verdadero derecho a la pena, es decir, al tratamiento que a él le corresponde en su situación³². Desde luego que todavía estamos muy lejos de poder concebir la pena sin que esté fundamentada en el principio de culpabilidad, no obstante el cuestionamiento que a dicho principio se hace por connotados tratadistas³³.

Pero lo que sí no se puede soportar es que, por razones de prevención especial, la pena pueda sobrepasarse en virtud del principio de culpabilidad, conclusión a la que han llegado algunos autores con referencia a la legislación penal alemana vigente, cuando ordena al juez tener en cuenta, al determinar la pena, los efectos que es de esperar se deriven de ella para la vida futura del autor en la sociedad, según reza el § 46 I, 2, de aquel estatuto. Si así ocurriera, sería fácil advertir la violación del principio de que "la pena no debe superar la medida de la culpabili-

³¹ Cita de BACIGALUPO en la obra de G. STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pág. 24.

³² ENRIQUE BACIGALUPO, ob. cit., pág. 33. Sobre el tratamiento penitenciario HILDE KAUFMANN ha dicho: "El tratamiento no puede ser apreciado como la única solución del problema carcelario. La ayuda para la modificación del comportamiento del penado no es más que una parte del problema. La transformación de las relaciones fuera de la prisión, aquellas que se dan en el mundo social del penado, la actitud de la sociedad, de los empleadores y de las demás personas, es la otra cara del problema. Ambos aspectos deben ir de la mano. El tratamiento, por tanto, no puede ser considerado como único medio para la inserción social del penado..." (ob. cit., págs. 64 y 65).

³³ ALFONSO DE CASTRO, ha conceptualizado sobre el particular: "La pena, tal como los juristas la vemos, no es necesariamente dependiente de la culpabilidad" (citado por ENRIQUE BACIGALUPO en estudio preliminar a la obra de STRATENWERTH, cit., pág. 15); GONZALO QUINTERO OLIVARES, con referencia al derecho penal español, afirma: "Hemos visto que el derecho positivo vigente no permite afirmar que la reacción punitiva se funde siempre y únicamente en la culpabilidad, y no solo por la subsistencia de la responsabilidad por el resultado, sino incluso porque ni siquiera en aquellas instituciones supuestamente inspiradas en el principio de culpabilidad es posible afirmarlo..." (*Represión penal y Estado de derecho*, Barcelona, Edit. Dirosa, 1976, pág. 128); ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, se ha preguntado sobre el principio de culpabilidad: "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? No lo tiene si se argumenta así: La dogmática penal presupone el derecho penal, el derecho penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad y la culpabilidad no existe..." (*Estudios de derecho penal*, Madrid, Edit. Civitas, S. A., 1976, pág. 78); FRANCISCO MUÑOZ CONDE, cuestiona así el mismo principio: "El concepto tradicional de culpabilidad es científicamente insostenible, porque se basa fundamentalmente en un argumento que es racionalmente indemostrable: La capacidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente se hizo" ("El principio de culpabilidad", en *III Jornadas de profesores de Derecho Penal*, Universidad Santiago de Compostela, 1975, pág. 223).

dad", como resulta de la concepción dominante, pudiendo ser posible una disminución del límite inferior de la pena adecuada a la culpabilidad por razones especiales preventivas, tal como lo anotó GALLAS y como efectivamente se presenta en los eventos de la suspensión condicional de la pena³⁴. Resalta por lo demás lo peligroso que resultaría para las libertades individuales, dejar al arbitrio del juez la facultad de imponer una pena por sobre la medida de la culpabilidad, posición cuyo significado resultaría difícil de comprender, según STRATENWERTH, cuando critica a DREHER y a JESCHECK por admitir la posibilidad de una agravación de la pena, adecuada a la culpabilidad por motivos de prevención especial o general, en la medida en que se permanezca dentro del contexto interno de la pena adecuada a la culpabilidad, con respecto a la legislación penal vigente en Alemania³⁵. Con la tesis extrema de dichos tratadistas se podría tener en muchos casos la incertidumbre sobre el límite máximo de la pena, lo que constituiría un verdadero atentado contra la seguridad jurídica a la cual debe propender un derecho penal liberal, al estilo del defendido por FRANZ VON LISZT, como la infranqueable barrera de la política criminal. De no ser así, las condenas podrían resultar por tiempo indeterminado, o aun por el resto de la vida del delincuente, cuando fuera evidente su carencia de receptividad a la resocialización. HANS-HEINRICH JESCHECK, ya no interpretando, como lo hizo antes, la legislación de su país en el sentido de que la pena podía superar la medida de la culpabilidad por motivos de prevención especial —lo que a nuestro juicio es un alcance que no tiene la ley penal— sino *de lege ferenda*, defiende inclusive la tesis de que el fundamento de la política criminal debe seguir siendo un compromiso activo en favor del delincuente; a pesar de que, como ocurre en Estados Unidos, se esté recomendando, por desasosiego y decepción, un retorno a la teoría penal absoluta³⁶. Apreciación esta que resulta difícil de aceptar, si se tienen en cuenta los principios liberales que ostentan su constitución y sus leyes. De todas maneras no podemos creer que el derecho penal del futuro vaya a iniciar un regreso a las tesis absolutas de KANT y de HEGEL, porque ello significaría ya la definitiva crisis del derecho penal, la falencia de la criminología y el ostracismo de la política criminal en la concepción de la pena y el tratamiento del culpable. Desde luego que hay en dicho país defensores de unas tesis inspiradas en un neokantismo penal, como las de JOHN RAWLS, quien concibe la pena no solo como medio para alcanzar otro fin, ya para el infractor mismo o para la sociedad civil, sino que con ella el infractor no sería tratado simplemente para realizar los fines del prójimo y ser confundido con los objetos del derecho real³⁷.

³⁴ Cita de STRATENWERTH, ob. cit., pág. 51.

³⁵ G. STRATENWERTH, ob. cit., pág. 55.

³⁶ HANS HEINRICH JESCHECK, "La crisis de la política criminal", en *Nuevo Foro Penal*, N° 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 155. Y GIACOMO DELITALA, sostiene que la pena no puede tener un significado distinto del simplemente retributivo, y que la finalidad primaria, antes bien, única de la pena, es la tutela del derecho negado por el delito y restablecido por la sanción (según cita de JESÚS BERNAL PINZÓN, "Prevención y represión del delito", en *Nuevo Foro Penal*, N° 10, ed. cit., pág. 173).

³⁷ Cita de PIERRETTE PONCELA, "Por la pena, disuadir o retribuir", en *Nuevo Foro Penal*, N° 16, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 910; ALFONSO SERRANO GÓMEZ, conceptúa: "Los resultados en la prevención especial, en cuanto se encaminan a la recuperación social del delincuente, son poco alentadores.

Parodiando un poco a KANT, podríamos decir que si un solo delincuente fuera apenas susceptible a los fines de la prevención especial, bien valdría la pena salvarlo de seguir una vida oscura, una existencia sembrada de crímenes, un futuro lleno de dolores y amarguras por la reincidencia en el delito. Por ello acierta FRANCISCO MUÑOZ CONDE cuando afirma que desde una pena adecuada a la culpabilidad se pueden cumplir también funciones preventivas especiales de aseguramiento, de resocialización, de ayuda o, en todo caso, de no desocialización del delincuente³⁸. Entre cuyas medidas puede estar perfectamente la ninguna aplicación de pena, a pesar de la culpabilidad, ya que esta no siempre exige necesariamente una sanción penal. Pero la tesis que no podemos respaldar es la de DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, compartida por SANTIAGO MIR PUIG³⁹, en el sentido de que en caso de incompatibilidad, las exigencias mínimas de prevención general deberán prevalecer sobre la prevención especial en la fase de imposición y determinación de la pena. No lo creemos así, ni siquiera en el caso aceptado por ROXIN de que "solo en los delitos capitales... prevalecen, de modo cuidadosamente delimitado, las necesidades de prevención general..."⁴⁰. Y no lo podemos pensar así, como regla para esos casos especiales, porque en la práctica bien puede ocurrir que no obstante tratarse de un delito extremadamente grave, se deba imponer una pena proporcionada a la culpabilidad, para motivar de esa manera la inhibición de los demás, sin embargo de lo cual, ese delincuente, al menos en la ejecución de la pena, precisamente por el *quantum* de la misma, debería tener un tratamiento preventivo especial de mayor consideración. No obstante todas las objeciones que en la doctrina ha

Las directrices marcadas por la criminología encuentran muchos obstáculos políticos y sociales para poder ser llevados a la práctica por la ciencia penitenciaria ("La función preventiva del derecho penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 4, Madrid, Gráficas Pérez Galdós, 1978, pág. 83).

³⁸ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Monismo y dualismo en el derecho penal español y colombiano", en *Derecho Penal y Criminología*, N° 19, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983, pág. 25; ENRIQUE BACIGALUPO, al respecto dice: "La paulatina racionalización a que tiende el derecho penal ha limitado sensiblemente, pero no excluido, la relación entre pena y culpabilidad. En principio toda pena presupone culpabilidad, pero —por el contrario— no toda culpabilidad requiere pena: De ello se deduce que no solo es posible no aplicar una pena a un culpable (p. ej. condena condicional), sino que tampoco es necesario agotar en la medida de la pena la medida de la culpabilidad cuando ello no resulte necesario por motivos preventivos... Por derecho penal de culpabilidad se entiende aquí, en definitiva, un derecho penal que fundamenta la pena en la culpabilidad, pero que admite razones de prevención especial y general para no agotar la retribución que implica todavía la pena..." ("Problemas del sistema de la teoría del delito", en *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 3 [1974], pág. 9).

³⁹ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, "Antinomias penales y medición de la pena", en *Doctrina Penal*, N° 7, cit., pág. 624; por su parte SANTIAGO MIR PUIG, sostiene: "Cabe decir que el derecho penal español sirve a la función de prevención de delitos por razón de su gravedad y peligrosidad, frente a la sociedad en general (prevención general) en los tres momentos de conminación típica, determinación de la pena y ejecución de la condena, y frente al delincuente (prevención especial) tal vez en el momento de determinación judicial de la pena y sin duda en la ejecución de la pena, sea como consecuencia implícita a la concreta intimidación que supone, sea buscada en forma especial, a través de un tratamiento resocializador, en las penas privativas de libertad" (*Introducción a las bases del derecho penal*, ed. cit., pág. 104).

⁴⁰ Cita de DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, "Antinomias penales y medición de la pena", cit., pág. 623.

recibido la teoría de la prevención general⁴¹, la mayoría de los tratadistas la consideran imprescindible, a la par de la especial, en los fines de la pena, debiendo esta última tener una prioridad absoluta, según el mismo ROXIN, en la esfera de la criminalidad mediana y pequeña, en cuanto en dichas eventualidades se excluye la ejecución de una pena privativa de la libertad⁴². Esto que anota el jurista alemán es aconsejable desde el punto de vista de una sana y acertada política criminal, ya que por lo que se refiere al menos a las penas de corta duración, se va imponiendo la tesis de que no se debe exigir su cumplimiento, no solo porque en el poco tiempo de duración se hace casi imposible un tratamiento adecuado a la personalidad del delincuente, sino porque muchas veces esas penas cortas resultan más perjudiciales para el reo, con lo cual se afectarían innecesariamente muchas situaciones de orden personal y familiar del condenado⁴³.

En otra oportunidad el mismo ROXIN, en defensa de sus invariables puntos de vista sobre la preferencia que debe tener la prevención especial en los fines de la pena, expresó que la teoría de la retribución es además dañosa desde el punto de vista de la política criminal, llegando a la conclusión de que "La ejecución de la pena solo puede ser exitosa en cuanto procure corregir las actitudes sociales deficientes que han llevado al condenado al delito; o sea, cuando esté estructurada como una ejecución resocializadora preventiva especial"⁴⁴. Nadie podría negar entonces que el mejor terreno abonado para la proliferación de la delincuencia es el de una sociedad deshumanizada e indiferente ante los problemas que la afectan en todos sus campos. Cuando sus estructuras sociales, económicas, políticas, culturales, etc., periclitán, sus consecuencias repercuten en el hombre y lo precipitan al abismo de la delincuencia. De allí la tremenda y preocupante paradoja de que

⁴¹ "Si como afirma KANT, y con él gran parte de la doctrina hoy dominante, no se puede admitir bajo ningún pretexto —por ser contrario a la dignidad humana— que se dé cabida en la imposición de la pena a consideraciones de prevención general, no está nada clara su justificación. Quizás se trate en realidad solamente del poder del más fuerte..."

⁴² CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, cit., pág. 42. Por su parte GONZALO QUINTERO OLIVARES, expresa: "...La idea imperante —y la opuesta a la concepción tradicional— es que la privación de la libertad solo puede ser empleada por el Estado con carácter subsidiario, no debiendo por consiguiente recurrir a ella más que cuando otras reacciones jurídicas penales hayan de ser insuficientes por razones de prevención general y especial..." (*Represión penal y Estado de derecho*, Barcelona, Edit. Diosa, 1976, pág. 149).

⁴³ "La prevención evita la lesión de bienes jurídicos, la trayectoria de marginación de algunos sujetos, la reincidencia, así como los problemas de la prisión cerrada y otros estigmas posteriores. Todo esto sin contar con los problemas secundarios, como pueden ser: Separar de la sociedad un sujeto que cumple una función, crisis familiares —económicas, morales y sociales—, con repercusiones imprevisibles, etc." (ALFONSO SERRANO GÓMEZ, "La función preventiva del Derecho Penal," en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 4, Madrid, 1978, pág. 71).

⁴⁴ CLAUS ROXIN, "La culpabilidad como criterio limitativo de la pena", en *Revista de Ciencias Penales del Instituto de Ciencias Penales de Chile*, 1973, pág. 18. Y el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, puntualizó: "Resulta una cuestión prioritaria y de singular importancia que los programas de prevención del delito y tratamiento del delincuente se encuentren basados en las circunstancias sociales, culturales, económicas y políticas de cada país y elaborados en un clima de libertad y respeto por los derechos humanos y que las naciones miembros desarrollen una efectiva tarea en la formulación y planeamiento de la política criminal, que las políticas de la prevención del delito se encuentren coordinadas con estrategias para el desarrollo social, económico, político y cultural", en *Doctrina Penal*, Nos. 13 a 16, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1981, pág. 186.

el delincuente sancionado por una sociedad determinada, sea el delincuente engendrado y producido por ella misma. Por lo que le asistió plena razón a la "Nueva Defensa Social", cuando en su VIII Congreso Internacional (París, 1971), llamó la atención sobre la problemática legitimidad de tratar de adaptar a un hombre a la sociedad, cuando se trata de una sociedad deshumanizada, represiva y en perpetuo cambio, como lo es la actual. Mejor que adaptar el hombre a la sociedad, sería adaptar la sociedad al hombre⁴⁵. En lo cual está de acuerdo FRANCISCO MUÑOZ CONDE al puntualizar: "...Hablar, por tanto, de resocialización del delincuente, sin cuestionar, al mismo tiempo, el conjunto normativo al que se pretende incorporar, significa aceptar como perfecto el orden social sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido"⁴⁶.

Pero todo esto no preocupó a BETTIOL. Para él todas estas consideraciones sobre prevención especial no pasan de ser un reblandecimiento del derecho penal y de la ejecución de la pena, que no es menos grave que el terrorismo. Si algún tratadista se ha identificado plenamente con la filosofía kantiana en esta materia, ha sido él. Solo que por dorar un poco sus tesis, que están en minoría en la doctrina penal contemporánea, acepta, pero de hecho y no por razón del instituto de la pena, que esta pueda alcanzar determinadas finalidades de prevención especial. Pero su apasionado retribucionismo no deja lugar a dudas: "Entre la llamada teoría absoluta que encuentra el fundamento de la pena en una exigencia de justicia (*punitur qui peccatum*) y las teorías relativas que ponen la justificación de la pena en una particular finalidad que mediante aquella debe ser alcanzada (*punitur ne peccetur*), la elección no presenta dificultad. Se castiga porque ello es querido por una exigencia de justicia... KANT tiene razón cuando dice que incluso si un solo ser viviente quedase en el mundo debería, si está en la cárcel, continuar expandiendo su pena porque esta no está subordinada a necesidades sociales y responde solo a un impera-

⁴⁵ Cita de FRANCISCO BUENO ARUS, "Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 7, 1979, pág. 25.

⁴⁶ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", en *Cuadernos...*, N° 7, cit., pág. 94. Sobre la sociedad culpable, cfr. FRANCISCO BUENO ARUS, "Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española", cit., pág. 25; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La resocialización...", cit., págs. 94 y 95; JESÚS BERNAL PINZÓN, "Prevención y represión del delito", en *Nuevo Foro Penal*, N° 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 178; H. H. JESCHECK, "La crisis de la política criminal", cit., pág. 153; ALESSANDRO BARATTA, "Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad", en *Nuevo Foro Penal*, N° 15, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 746; PIERRETE PONCELA, "Por la pena disuadir o retribuir", cit., págs. 912 y 913; CARLOS A. ELBERT, "Historia y crisis de la pena de prisión", en *Nuevo Foro Penal*, N° 18, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 180; IGNACIO MUÑAGORRI LAGUIA, *Sanción penal y política criminal...*, cit., pág. 73; FRANCO BASAGLIA, "Violencia en la marginalidad: El hombre en la picota", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. III, N° 11, Bogotá, Edit. Librería del Profesional, 1980, pág. 60; HERNANDO BAQUERO BORDA, "La condena de ejecución condicional", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. VI, N° 19, Bogotá, Edic. Librería del Profesional, 1983, pág. 47; MARINO BARBERO SANTOS, *Marginación social...*, cit., págs. 134, 182 y 190; CLAUS ROXIN, *Problemas básicos...*, cit., págs. 33, 45 y 67; ANTONIO BERISTAIN, "La cárcel como factor de configuración social", en *Doctrina Penal*, N° 2, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, pág. 276; G. STRATENWERTH, *El futuro...*, cit., pág. 34; HILDE KAUFMANN, *Principios...*, cit., pág. 55; HEINZ ZIPF, *Introducción...*, cit., pág. 74; J. M. STAMPA BRAUNN, *Ideas...*, cit., pág. 79; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios...*, cit., pág. 68.

tivo categórico"⁴⁷. Indudablemente que se trata del sentido expiatorio de la pena, dentro del cual el culpable debe sufrirla, sin que importe mucho en su ejecución la defensa de la misma sociedad hacia el futuro en la prevención de nuevos delitos, defendiendo al mismo delincuente de todas las causas que podrían conducirlo nuevamente a la violación de la ley, una vez conseguida su libertad. Es decir, que en la determinación y ejecución de la pena, no se puede mirar hacia el futuro, sino hacia el pasado, lo que equivale a que en dichas funciones al reo solo interesa tenerlo en cuenta por lo que ha sido en contra de unos valores preestablecidos, y no por lo que pueda ser en respeto y acatamiento de esos mismos valores, lo que sí se encuentra dentro de los parámetros de la prevención especial. Con esta, tendríamos un derecho penal más humano, más razonable, más justiciero, metas que jamás se deberían olvidar en esa amarga función estatal como es la de privar de la libertad al hombre, ya que como lo observara GONZALO QUINTERO OLIVARES, "la nueva política criminal ha de asumir la idea de que el mejor sistema penal no es el más duro, sino el más humano. La tarea es ingente, pero es deber de los penalistas afrontarla como aportación al proceso democratizador de la vida y la sociedad"⁴⁸. Esta mira no la puede jamás perder el derecho penal, el cual debe proponder a que las penas, siendo justas, adecuadas a la naturaleza y gravedad del delito, sin superar jamás la medida de la culpabilidad, puedan ser soportadas con la menor carga de aflicción y de sufrimiento. Hacerlo de otra manera sería tal vez abonar en la personalidad del delincuente el terreno moral para la acumulación de rencores, de resentimientos y venganzas contra la administración de justicia y contra la sociedad, lo que más tarde podría abrir nuevos caminos a la consumación de otros delitos.

La posición retribucionista de BETTIOL no se puede entonces compartir, porque de su clarísimo enunciado sí aparece la retribución como hija o pariente de la venganza estatal, conclusión que negara el mismo tratadista, quien, a renglón seguido, tampoco pone en duda que "la pena sea un sufrimiento en sí y que tenga que ser sentido como tal por el condenado. Pero es un sufrimiento proporcionado.

⁴⁷ GIUSEPPE BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal*, cit., pág. 148. En contra: CLAUDIO HELENO FRAGOSO y CARLOS KUNSEMÜLLER, *Revista de Ciencias Penales del Instituto de Ciencias Penales de Chile*, cit., págs. 203 y 259, respectivamente.

⁴⁸ GONZALO QUINTERO OLIVARES, "Determinación de la pena y política criminal", en *Cuadernos de Política Criminal*, cit., pág. 70; La nueva defensa social ha propugnado la protección social, a través de la protección al delincuente, considerando que "La seguridad de la sociedad reside más en un hombre socialmente adaptado que en los altos muros de la prisión" (IGNACIO MUÑAGORRI LAGUIA, ob. cit., pág. 103); ANTONIO BERISTAIN, sobre el tema dice: "El tercer principio básico del derecho criminal moderno es el humanitarismo. Todas las sanciones han de respetar la dignidad de la persona, han de ser humanas (*nulla poena sine humanitate*)" (*Medidas penales en derecho contemporáneo*, Madrid, Edit. Reus, S. A., 1974, pág. 88); HILDE KAUFMANN, en el mismo sentido: "La ejecución penal humanizada no solo no pone en peligro la seguridad y el orden estatal, sino todo lo contrario, mientras la ejecución penal humanizada es un apoyo del orden y la seguridad estatal, una ejecución penal deshumanizada atenta precisamente contra la seguridad estatal... La seguridad pública crece mediante la humanización de la ejecución penal porque esta humanización ayuda a eliminar una parte de la tensión social, lo cual, hoy en día constituye la misión central de todos los esfuerzos en favor de la seguridad pública..." (*Principios para la reforma de la ejecución penal*, cit., págs. 18-29).

Esta es una exigencia suprema de la pena retributiva"⁴⁹. Concepto este que resulta difícil de aceptar, ya que no se ve cómo una medida de sufrimiento moral pudiera resultar en compensación del daño que representa la objetividad del delito o por la culpabilidad del mismo. No negamos, desde luego, que se pueda prescindir del carácter afflictivo que tiene la pena. Diríamos que ello está ínsito en ella, que es de su esencia, de su naturaleza, pero no de sus fines. Si el término se utiliza en derecho penal, si dicha expresión es un complemento de la descripción típica, si el diccionario de la Real Academia la define como un castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta, necesariamente tendríamos que concluir que la pena es una aflicción, sufrimiento, un mal que se irroga a quien ha violado la ley. Si muchas veces sirve de enmienda, si trae el arrepentimiento, si produce la corrección del culpable, si es como la "medicina del alma", según lo dijera PLATÓN, no por ello deja de significar una inmensa carga de dolor, de padecimiento. Pero estos no pueden ser los propósitos del magisterio punitivo, porque sería la entronización de la venganza estatal. Ya BECCARIA, dos siglos atrás, siguiendo las directrices de los filósofos antiguos PROTÁGORAS, PLATÓN, SÉNECA y otros, dijo, refiriéndose a la pena, que "el fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo"⁵⁰. Con lo cual planteó desde ese entonces la teoría unificadora de la pena, el sistema conciliador de las tesis mixtas de la retribución, prevención especial y prevención general, que son las que se abren paso en el derecho penal contemporáneo⁵¹, inscritas en el nuevo Código Penal colombiano, el cual ni siquiera habla de "fines" de la pena, sino de "función", dejando, eso sí, a las medidas de seguridad los "fines de curación, tutela y rehabilitación" (art. 12).

⁴⁹ GIUSEPPE BETTIOL, *Instituciones...*, cit., pág. 150. CESARE BECCARIA, al hablar sobre la "dulzura de las penas", dijo: "No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave..." (*Tratado de los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Edit. Atalaya, 1945, pág. 103).

⁵⁰ CESARE BECCARIA, ob. cit., pág. 66. PLATÓN ya había dicho: "No castigamos porque alguien haya delinquido, sino para que los demás no delincan", y SANTO TOMÁS DE AQUINO: "En esta vida no se castiga por castigar. El valor de los castigos impuestos al hombre es un valor medicinal y tiende a lograr la seguridad pública y la curación del delincuente" (citas de LUIS RODRÍGUEZ MANZANERA, "Ejecución penal y adaptación social en los países en desarrollo", en *La reforma penal en los países en desarrollo*, México, Edit. Melo, S. A., 1978, pág. 288).

⁵¹ Sobre la teoría unificadora de la pena, cfr. HEINZ ZIPF, "Principios fundamentales...", cit., págs. 189 y ss.; CLAUD ROXIN *Problemas básicos...*, cit., págs. 19, 33 y 34; S. MIR PUIG, *Introducción a las bases...*, cit., págs. 81-91; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, cit., pág. 35; G. QUINTERO OLIVARES, *Represión penal...*, cit., pág. 139; GIULIANO VASALLI, "Funciones e insuficiencias de la pena", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1964, págs. 350 y 375; HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, vol. I, Barcelona, Edit. Bosch, S. A., trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, 1981, pág. 103; HERNANDO LONDOÑO BERRÍO, *El error en la moderna teoría del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 146, 151 y 152.

V. TEORÍA UNIFICADORA DE LA PENA. CONFRONTACIÓN DOCTRINARIA

El *punitur non quia peccatum est, sed ne peccetur*, tiene entonces un arraigo de siglos, está enclavado en la filosofía espiritualista más antigua de la humanidad. Y si bien es cierto que el derecho penal se ha olvidado de muchas de esas enseñanzas. por preferir mejor la represión a toda costa, el terrorismo punitivo, la deshumanización de las penas, el trato cruel y degradante hacia los condenados, desde hace algún tiempo han vuelto a surgir las inquietudes sobre el criterio de prevención especial que se debe tener en cuenta no solo en la determinación de la pena sino primordialmente en la ejecución de la misma. Por ello ha dicho con énfasis EDUARDO NOVOA MONREAL: "No puede ponerse en duda que a lo largo del presente siglo las teorías relativas sobre la pena, conforme a las cuales esta se justifica por su utilidad para impedir la comisión de nuevos delitos (*ne peccetur*), han ido adquiriendo cada vez mayor número de adhesiones, y que la corriente a su favor ha sido tan vigorosa que ha llegado hasta abrir paso a un repudio de la pena como tal y a propugnar su sustitución por francos tratamientos de resocialización..."⁵².

Hoy se hace especial hincapié sobre este aspecto, en consideración a que en las cárceles y prisiones, sin un régimen interno adecuado a los fines positivos de la pena, la mera privación de la libertad en dichas condiciones estimula la criminalidad⁵³. Lo cual hace pensar que, siendo la cárcel criminógena, el hombre que delinque resulta ser muchas veces, por una doble vía, víctima de una doble injusticia; la primera, cuando la sociedad, amurallada dentro de sus injustas estructuras, crea un impulso hacia la delincuencia; la segunda, cuando ya cometido el delito, el Estado favorece la reincidencia, con sus políticas equivocadas en el trato al delincuente, cuando lo olvida en las prisiones y solo se preocupa por asegurar la privación de su libertad⁵⁴. Es decir, cuando la ejecución de la pena parte exclusivamente de presupuestos retributivos, de un obcecado criterio de pura represión.

A esto se acercan algunas tesis que enfocan el problema "del derecho penal al derecho premial", para concluir, como lo hace BETTIOL, enfilando sus baterías contra la resocialización, la que critica por ser un "costoso procedimiento educativo", y porque no se comprende cómo los delincuentes puedan recibir un beneficio de esa naturaleza, cuando no todos los hombres honestos tienen la posibilidad y los medios de ser convenientemente instruidos, educados, profesionalmente preparados⁵⁵. Se duele por ello BETTIOL de que se presente esa sustancial discrimi-

nación entre el delincuente y el hombre honesto, por lo cual realmente para el primero la pena se convertiría en un premio, lo que le permite sostener que "la tan mentada exigencia de una reeducación es especulativamente insostenible, políticamente absurda, prácticamente orientada hacia una radical transformación de las estructuras y las finalidades del derecho penal"⁵⁶.

En lo que no se puede coincidir, por elementales razones de justicia, de humanidad, de política criminal, y aun del derecho positivo, el cual no puede perder de vista al hombre, aun dentro de las rejas de una cárcel y los altos muros de las prisiones, para propender hacia su resocialización, bien proporcionándole facilidades para el trabajo que no pudo conseguir en libertad y por cuya causa tal vez delinquirió, o dándole la oportunidad de tener acceso al estudio, a las fuentes de la cultura, cuyos ingredientes espirituales e intelectuales podrían constituir en el futuro factores de inhibición hacia conductas antisociales. Por ello son de alabar legislaciones que, como la colombiana, han consagrado la redención de las penas por el trabajo y el estudio, fuera de haber introducido en el estatuto procesal penal una institución tan benéfica como la de la detención parcial en el propio lugar de trabajo, con plena libertad física cuando se trate de determinada categoría de infracciones y de reclusos, que permitan presumir que no se darán a la fuga, por no ser muy grave la amenaza punitiva contra ellos. Dentro de dicho esquema procesal, al reo se le permite mantener su vinculación al trabajo, con lo cual se evita su desocialización, ya que podrá seguir velando por sus obligaciones y necesidades. Contribuye también ello a mantener la cohesión familiar y a crear un incentivo para el buen comportamiento del sindicado, dentro y fuera de la prisión⁵⁷.

Después de leer a BETTIOL⁵⁸, quien siempre deja el sabor amargo del retribucionista absoluto, llega VASALLI para decirnos que la prevención especial, al igual que la retribución y la prevención general, son "funciones fundamentales de la

⁵² *Ibidem*, págs. 287 y 288.

⁵³ Art. 43 de la ley 2ª de 1984, que modificó el art. 451 del C. de P. P., sobre detención parcial en el propio lugar de trabajo: "El sindicado podrá obtener que su detención se cumpla parcialmente en el lugar de trabajo siempre que reúna las siguientes condiciones:

"1. Que se proceda por un delito cuya pena máxima no exceda de 5 años.

"2. Que no haya eludido su comparecencia al proceso.

"3. Que no haya sido condenado o no registre tres o más sindicaciones por delitos intencionales de la misma naturaleza durante los cinco (5) años anteriores a la solicitud de este beneficio.

"El beneficiado regresará al establecimiento carcelario inmediatamente después de que termine sus labores diurnas o nocturnas. Si la persona sometida a detención estuviere dedicada exclusivamente a las labores agropecuarias y hubiere cometido el delito en el municipio donde realiza sus actividades, permanecerá en el lugar de trabajo de lunes a viernes, siempre que por razones de la distancia no pueda regresar diariamente al establecimiento carcelario una vez terminada la jornada laboral..."

⁵⁸ GIUSEPPE BETTIOL (*Derecho penal*. Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1965, Instituciones..., cit.) afirma: "...Y aun nosotros, retribucionistas declarados, exigimos una ejecución humana e instruida porque en el delincuente que expía debe ser visto, siempre, el hombre dotado de responsabilidad moral; pero no podemos admitir, en ningún caso, que en la ejecución de la pena se quiebre la proporcionalidad que debe existir entre las condiciones de la vida interna de la cárcel y el nivel de vida del hombre medio, que viva honestamente. Si a través de un malentendido proceso de humanización de la ejecución penal las condiciones de vida del preso dentro de la cárcel debiesen, aunque más no sea igualar las que tenía fuera de ella, sufriría la pena misma en su naturaleza retributiva y afflictiva y, por lo tanto, en su esencia moral... ("Del derecho penal al derecho premial", cit., págs. 291 y 292).

⁵² EDUARDO NOVOA MONREAL, ob. cit., pág. 50.

⁵³ GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de derecho*, cit., pág. 152.

⁵⁴ "El funcionario de instituciones penitenciarias, hombre necesariamente dotado de gran cabeza y gran corazón, no debe reducirse a conocer y cumplir las ciencias jurídicas, como algunos han hecho hasta ahora, sino que debe estudiar también las ciencias sociológicas, históricas, políticas y económicas. Del conflicto dramático entre ambas perspectivas nacerá su nueva forma de pensar, sentir y actuar. Buscará siempre la liberación continua del hombre y la mejora de sus estructuras". (ANTONIO BERISTAIN, "La cárcel como factor de configuración social", en *Doctrina Penal*, N° 2, 1978, pág. 287).

⁵⁵ "Del derecho penal al derecho premial", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1964, pág. 288.

pena". Al referirse a la primera anota que negar dicha función, "o pretender dejarla relegada como función secundaria, accesoria o de efecto colateral a la pena, equivaldría a negar no solo el irresistible desarrollo de todo el derecho penal sino a desconocer una realidad que estuvo presente entre los filósofos, los juristas y los legisladores, de toda época y país"⁵⁹.

Consecuente con estas ideas, el mismo VASALLI enuncia la tesis bien sugestiva de que la retribución no deba ser un fin en sí misma, sino un medio que consienta la realización de los fines de prevención especial⁶⁰, con lo cual la función retributiva de la pena alcanza una dimensión más humana y más razonable. La alcanza, porque de no proponerse esos fines rehabilitadores, reeducativos, resocializadores, la pena no llegaría a desbordar el significado de ser una real venganza del Estado, un instrumento al servicio exclusivo de la represión, un castigo sin piedad contra quien cedió a la tentación del delito por falta de control de sus frenos inhibitorios. Si se les abandonara, si no se les "premiara", según la crítica de BETTIOL, con tratamientos encaminados a la reinserción en la comunidad, la convivencia social se resentiría más todos los días por dichas causas.

El hombre sigue siendo arcilla moldeable, depósito de ingredientes morales y espirituales que tal vez no hayan aflorado en su personalidad, pero que están allí listos para emerger cuando tengan una buena motivación. Y esta motivación tienen que darla el Estado y los administradores de justicia, el primero al conformar la ley y los segundos al aplicarla con sentimiento vivo de humanidad. Una pena injusta, una pena arbitraria, bien por razones de Estado, por prevaricato del juez, por error judicial, además de la inseguridad jurídica que produce en la sociedad, puede ella misma ser factor criminógeno con respecto a quien la sufre. Su rebelión contra ella, después de haber agotado todos los recursos legales para impugnarla, estaría justificada. Pero el hombre que advierte que en la determinación y ejecución de la pena en su contra se le ha tratado con justicia, con profundo respeto a su dignidad humana, que, a excepción de la pérdida de los derechos inherentes a la condena misma, no se le han negado los esenciales a la persona, estará más preparado para un reingreso pacífico a la sociedad que aquel a quien se ha tratado de una manera diferente. Pero como esto es la excepción en el mundo carcelario y penitenciario de hoy, HANS-HEINRICH JESCHECK, ha tenido que decir que "en todo el mundo se advierte un escepticismo creciente frente al valor pedagógico de la pena privativa de libertad y, por ello, se tiende a su sustitución por otras penas o por un tratamiento en libertad... En esta línea, se intenta adaptar la sanción a la personalidad del condenado, propulsar el tratamiento en libertad, acompañar la pena de medidas asistenciales de tutela social, encaminar la ejecución de la pena a la resocialización del condenado, facilitar a los excarcelados el regreso a la sociedad y recordar a esta su parte de responsabilidad para con el delincuente"⁶¹. Pero esta sociedad,

⁵⁹ GIULIANO VASALLI, "Funciones e insuficiencia de la pena", en *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Luis Jiménez de Asúa*, cit., págs. 367 y 368.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 388.

⁶¹ HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, vol. I, Barcelona, Edit. Bosch, S. A., trad. de Mir Puig y F. Muñoz Conde, 1981, pág. 19.

como es bien sabido, no ha querido admitir la trágica verdad de que por las injustas estructuras que protege, ella misma frecuentemente ha cultivado los gérmenes de la criminalidad. Allí ha tenido por lo tanto la criminología un dramático escenario para estudiar las causas de la delincuencia⁶².

La justicia de la pena no puede ser entonces a la manera kantiana, o como lo pretende BETTIOL, libre de toda consideración finalista, agotada en su sola aplicación retribucionista, sino que tiene que ofrecer otras perspectivas, no a la satisfacción de los intereses jurídicos violados, no a la compensación del daño causado a la sociedad con el delito, sino al favorecimiento de la personalidad del reo, no solo para procurar que su condena le cause el menor sufrimiento moral y físico posible, sino para reavivar en él sentimientos positivos hacia la convivencia social. Por ello JESCHECK considera que retribución y prevención no son polos irreconciliables y opuestos, ya que por la primera se debe conminar y aplicar para compensar la culpabilidad por el delito cometido, y por la segunda, buscar el resultado preventivo de una forma justa⁶³. Pero un verdadero sentido humanista de la prevención especial lo encontramos en el pensamiento formidable de JUAN BUSTOS RAMÍREZ: "La importancia de la prevención especial es haber puesto su acento sobre el individuo considerado como tal en sus particularidades y no referirse solamente a un ser abstracto e indefinible como en el caso de la teoría retributiva y de prevención general. En ese sentido esta dirección tiene un carácter humanista, pues pretende un encuentro con el hombre real. Por otra parte con ello despoja a la pena de su carácter mítico moralizante, ya que de lo que se trata es simplemente de adecuar la pena a esas particularidades del sujeto para volverlo nuevamente útil a la sociedad o por lo menos para que no la perjudique..."⁶⁴.

Conviene entonces pensar en lo que ya de por sí representa el proceso penal apenas con una detención preventiva, para que así lleguemos a las nefastas consecuencias de la condena y la mejor manera de encararlas. Aun antes de la condena definitiva, el proceso mismo ya significa para el reo un duro quebranto, un fuerte traumatismo moral en su vida y en la de su familia. La simple captura espectacular, una indagatoria conocida por la opinión pública o unos pocos días de privación de la libertad, ya han podido dejar un estigma, un baldón, un antecedente de ignominia. Entonces ese estigma sería naturalmente mayor con la condena⁶⁵, por lo cual

⁶² ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, sobre el tema de la sociedad culpable en la producción de la delincuencia, expone: "No nos sentimos 'superiores' porque no sabemos qué es lo que ha llevado a una persona a delinquir y porque no sabemos hasta qué punto hemos sido nosotros mismos, la sociedad, los que hemos condicionado un delito del que aparentemente solo uno es responsable..." (*Estudios de derecho penal*, cit., pág. 68):

⁶³ H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, vol. I, cit., pág. 95.

⁶⁴ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 169 y 170.

⁶⁵ Sobre el estigma del condenado ha dicho ANTONIO BERISTAIN: "Cualquiera que sea la voluntad de los jueces, las penas que imponen dan lugar a una estigmatización social de las personas que son objeto — y a veces nada más que eso, 'objeto' — de ellas. Esta desvalorización de los delincuentes condenados es una causa de repudiación de las obligaciones sociales y, por tanto, de reincidencia" (*Crisis del derecho represivo*, Madrid, Edit. Cuadernos para el diálogo, S. A., 1977, pág. 63). En el mismo sentido CARLOS A. ELBERT, "Historia y crisis de la pena de prisión", en *Nuevo Foro Penal*, N° 18, Bogotá, Edit. Temis, pág. 180.

un sentimiento humanitario no más que fuera, debería permitir que el carácter retributivo de la pena, el que ya por su esencia y naturaleza representa un mal, un castigo, no se considere como un fin en sí mismo, sino como un medio en la prevención de nuevos delitos. O dicho de otra manera: que el carácter retributivo de la pena termine en el momento en que empieza su ejecución, a partir de lo cual, bien el juez en las legislaciones en donde tiene facultades de vigilar la ejecución de la pena y tomar medidas al respecto, o las autoridades penitenciarias, solo deberían tener por misión la recuperación del delincuente para la sociedad⁶⁶. Por ello, a nuestro juicio con entera razón, FAUSTO COSTA ha podido decir que “no parece que pueda hoy ponerse en duda que la pena, considerada en su fin, sea sobre todo prevención... Resumiendo, la pena es represión en cuanto a su naturaleza objetiva, sufrimiento en cuanto a su naturaleza subjetiva, prevención en cuanto a su fin principal. La modalidad, los caracteres y los fines secundarios —retribución, expiación, intimidación, enmienda— pueden deducirse fácilmente de la naturaleza y del fin principal”⁶⁷.

Desde luego que a todo lo largo de la historia de la pena, la teoría de la prevención especial ha recibido sus objeciones. La más acentuada crítica proviene de KANT, cuando dice que “el castigo nunca debe ser administrado simplemente como un medio para promover otro bien, ya sea con respecto al criminal mismo, ya sea con respecto a la Sociedad Civil, sino que en la mayoría de los casos debe ser impuesto solo porque el sujeto sobre el que recae ha cometido un crimen... Primeramente debe ser encontrado culpable y castigable, antes de que pueda existir algún pensamiento de sacar de su castigo un beneficio para él mismo o para los demás ciudadanos”⁶⁸; siendo esta la concepción retributiva absoluta de la pena (*quia peccatum est*).

La filosofía y el derecho penal han interpretado de diversa manera el postulado kantiano, unos desde el punto de vista de su defensa, y otros, de su repudio. De todas maneras aparece claro en su pensamiento que la retribución no debe servir como medio para la prevención especial ni general. Se excluye, por así decirlo, la intimidación como fin, tanto para quien ha violado la ley y sufre los rigores de la pena, como para quienes a través de la misma condena puedan ser motivados para no caer en el delito. Por otra parte, con dicha teoría, aplicada al derecho penal moderno, no habría posibilidades al momento de la determinación de la pena, o mejor, de la declaratoria judicial de culpabilidad, de conceder subrogados penales, como los del perdón judicial o suspensión condicional de la pena, ni, en una etapa

⁶⁶ FRANCESCO CARNELUTTI, al impugnar la función retributiva de la pena, ha dicho: “Por eso la opinión de que la pena infligida a los hombres tenga función retributiva es, más que grotesca, impía. Sorprende, por desgracia, que más de un serio estudioso no advierta, ante todo, cuán ridículo sea definir como retribución lo que a un homicidio o a un latrocinio hace corresponder un determinado número de años, de meses, de días de reclusión” (*Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, pág. 100).

⁶⁷ FAUSTO COSTA, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, México, Edit. Hispanoamericana, 1953, pág. 284.

⁶⁸ Cita de NIGEL WALTER, “La eficacia y justificación moral de la prevención”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 11, pág. 141.

más avanzada, la libertad condicional, sustitutivos penales que están arraigados en la conciencia jurídica de hoy, y, por lo tanto, en las legislaciones penales. Tampoco podrían intervenir muchas otras medidas alternativas de la pena que no podemos explicar ahora, como la “diversión” en los Estados Unidos; la “community service”, en Inglaterra; la advertencia con reserva de pena, después de probada la culpabilidad, lo que fue propuesta del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán; sustitución de penas privativas de libertad por penas pecuniarias; prestación de trabajo en obras públicas; la “probation”, forma de condena condicional en EE. UU. e Inglaterra; la “parole”, equivalente a nuestra libertad condicional, después de haber cumplido parte de la pena; el “sursis”, sistema franco-belga, el cual permite el pronunciamiento y determinación de la sanción, pero aplazándose la ejecución de la misma; las “medidas de control social o comunitario”, propias de las legislaciones socialistas; la “suspensión provisional de la formulación de la acusación”, por parte del Ministerio Fiscal, como en Bélgica, evento en el cual ni siquiera se llega al reproche de culpabilidad, etc.⁶⁹.

En el derecho penal contemporáneo se han hecho sentir igualmente las objeciones a la teoría de la prevención especial, cuyo análisis tampoco podemos hacer ahora, por lo cual haremos la enunciación de las más importantes: deja al particular a merced ilimitadamente de la intervención estatal; aun en los delitos más graves, no tendría que imponerse la pena si no existe peligro de repetición; el fin de una adaptación social forzosa mediante una pena, no contiene en sí misma una legitimación⁷⁰; se quiebra la proporcionalidad que debe existir entre las condiciones de vida interna de la cárcel y el nivel de vida del hombre medio, que vive honestamente; la pena sufriría en su naturaleza retributiva y aflictiva y, por lo tanto, en su esencia moral, si las condiciones humanitarias del preso dentro de la cárcel, fueran siquiera iguales a las que tenía fuera de ella⁷¹; debería dejarse totalmente sin castigar al delincuente ocasional; habría que imponer al delincuente que hubiere cometido un delito de poca gravedad, pero que denotare una especial peligrosidad y tendencias criminales, importantes medidas de seguridad o terapéuticas que no estarían en relación con la importancia del hecho cometido⁷²; parte de la base o consideración del delincuente como un ser peligroso socialmente; en su base hay una falta de ética social fundamental en cuanto se instrumentaliza al hombre para los fines del Estado, con lo cual se le cosifica y se pierde el respeto por su dignidad, que es uno de los pilares del Estado de derecho; si bien es humanista, en cuanto se dirige al hombre real, no lo es necesariamente en cuanto lo respeta en su dignidad, pues justamente puede significar la mayor violación posible a su personalidad, en cuanto a trasformarle su mismidad, su consciencia; puede representar el máximo de deshumanización y absolutismo arbitrario, al querer imponer solo una verdad, una determinada escala de valores y prescindir de la minoría o la divergencia⁷³.

⁶⁹ Cfr. H. H. JESCHECK, “El marco internacional de la reforma penal”, en *Doctrina Penal*, N° 7, cit., págs. 471 a 474.

⁷⁰ CLAUD ROXIN, *Problemas básicos...*, cit., págs. 16 y 17.

⁷¹ G. BETTIOL, “Del derecho penal al derecho premial”, cit., págs. 291 y 292.

⁷² H. H. JESCHECK, *Tratado...*, vol. I, cit., pág. 103.

⁷³ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, cit., págs. 168-170.

Tanta controversia como la que ha suscitado el estudio filosófico y jurídico de la pena, para desentrañar su esencia, su naturaleza, sus funciones, sus fines, ha conducido casi a un consenso en una teoría unificadora, que sin olvidar el criterio retributivo, se trace fines de prevención, tanto general como especial, en la búsqueda de una mejor justicia penal, así algunos consideren la antinomia, la incompatibilidad entre retribución y prevención. De todas maneras, la pena limitada en su gravedad por la culpabilidad (retribución), el fin de la misma en la resocialización del delincuente (prevención especial), e intimidación a los componentes del grupo social, como una fuerza de disuasión de la conducta delictuosa (prevención general), constituye en conjunto una teoría sincrética de la pena, una concepción pluridimensional de la misma, que a nuestro juicio permite la aplicación de ella en una forma más justa y razonable⁷⁴. Por ello consideramos un acierto el hecho de que se hubiera acogido en el nuevo Código Penal colombiano, a pesar de las críticas de HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, cuando dice: "El artículo 12 del nuevo Código Penal, que prescribe como funciones de la pena la retribución, la prevención, la protección y la resocialización, acoge con ello una teoría unificadora por adicción de la pena, plurifinalística, que tiene el inconveniente de no decir claramente en qué situaciones, a pesar de la culpabilidad, el legislador está dispuesto a renunciar a la pena, por no ser necesarias la resocialización o la prevención. La creación de una teoría unificadora dialéctica, que resuelva coherente y eficazmente la relación de estos diferentes fines de la pena, es un trabajo que demanda apremiantemente nuestra práctica judicial"⁷⁵.

VI. CULPABILIDAD Y PENA

No obstante el cuestionamiento que de vez en cuando se hace al principio de culpabilidad, seguimos creyendo que todavía el derecho penal habrá de demorarse para sustituirlo. Entonces, si la medida de la culpabilidad señala el límite superior de la pena, tesis pacífica en la doctrina, ello significa en el fondo y en la práctica, una extraordinaria garantía para el delincuente, ya que para invertir el principio, la pena no puede sobrepasar los límites de la culpabilidad, porque si así pudiera ocurrir, constituiría un acto arbitrario, de la más repudiable injusticia. Es así un principio protector de los intereses jurídicos del reo; es la seguridad jurídica de que el Estado no puede extralimitarse en su contra al determinar la pena, la que en su calidad y duración no puede exceder las previsiones legales. Es una garantía

⁷⁴ A favor: S. MIR PUIG, *Introducción...*, cit., pág. 81; H. H. JESCHECK, *Tratado...*, cit., pág. 103; con crítica, pero aceptándola como dominante: F. MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, cit., pág. 35; G. QUINTERO OLIVARES, *Represión penal...*, cit., pág. 139; GIULIANO VASALLI, "Funciones e insuficiencias de la pena", cit., pág. 350. En contra: E. BACIGALUPO, citado por D. M. LUZÓN PEÑA, "Antinomias penales...", cit., pág. 589; C. ROXIN, *Problemas básicos...*, cit., pág. 19.

⁷⁵ HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, *El error en la moderna teoría del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 151 y 152.

del Estado de derecho, a la cual no se puede renunciar sin caer en el despotismo, en el más odioso terrorismo penológico. Sin dicho principio de culpabilidad en el ordenamiento jurídico de un país, la libertad individual estaría permanentemente amenazada, y las penas solo obedecerían a las cambiantes circunstancias sociales y políticas del momento, cuando no al capricho de quienes las impusieron. Violaría el principio de legalidad: *nullum crimen nulla poena sine lege*. Sin ese límite se podría llegar a los más grandes absurdos, contrasentidos e injusticias; como sería, por ejemplo, si en virtud de la prevención general resultare aconsejable sancionar con elevadas penas delitos de poca gravedad, en virtud de su frecuencia en el medio social; o si con el criterio de la prevención especial, pudiera aparecer conveniente la imposición de penas muy altas para quienes cometan delitos de poca entidad lesionadora de los derechos e intereses jurídicos tutelados por la norma penal, solo porque el delincuente ha sido un reincidente, un profesional de la delincuencia y que por sus condenas anteriores no hubiere dado demostraciones evidentes de su resocialización y enmienda.

Pero si como no puede prescindirse de la importante garantía de que la pena no puede rebasar la medida de la culpabilidad, surge la controversia sobre si puede quedar por debajo de la misma. Para unos, como ROXIN⁷⁶, la pena puede quedar por debajo de la culpabilidad, como en el caso del delincuente primario y cuando la condena se haya impuesto por un delito de poca gravedad; otros, como MAURACH⁷⁷, sostienen que si la medida de la pena pudiera ser inferior a la culpabilidad, se volverían ilusorios los fines de la prevención general y la enmienda del reo. Posición esta que no nos parece acertada, porque si la misma ley, en casos especiales, considera que hay circunstancias en que la pena deba estar por debajo de la culpabilidad, es porque el legislador subjetivamente apreció que con ello no se afectaría ninguna de las dos prevenciones.

Precisamente algunos subrogados penales tienen un claro y específico carácter de prevención especial, como cuando la poca gravedad del hecho punible, la reducida amenaza punitiva que contiene, la personalidad del procesado y la naturaleza y modalidades del hecho imputado, permiten al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario, como en la condena de ejecución condicional según la legislación colombiana. En cuyo caso conviene más a su personalidad que la pena impuesta no tenga que ser cumplida, que se le perdone mediante ciertas condiciones cuando ya se esté en el régimen de libertad. De donde resulta que el condenado así favorecido por la ley resultaría, muy por el contrario, perjudicado con el cumplimiento de la pena, ya que esta no tendría respecto a él ningún fin de prevención especial, por tratarse de una persona que seguramente no volvería a delinquir, ya que su delito fue ocasional, consecuencia de las apremiantes circunstancias en que se vio; o porque el motivo que tuvo para delinquir solo era uno

⁷⁶ C. ROXIN, *Problemas básicos...*, cit. págs. 27-30; el mismo, *Iniciación al derecho penal*, cit., págs. 49, 68 y 146; y en "Prevención y determinación de la pena", cit., págs. 56 y 68.

⁷⁷ REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, edic. cit., págs. 636 y ss.

muy especial y ya ha desaparecido con el hecho cumplido. En estos casos, buscar en la pena una prevención especial sería tal vez contraproducente, error de política criminal. Así se podría llegar a extremos perniciosos para la personalidad misma del delincuente, como serían los de que al no necesitar de una resocialización, por obligársele a pagar una pena corta e innecesaria, podría salir de la prisión con tendencia a seguir en el delito, por la nociva influencia del centro de reclusión. Se contaminaría quizás de inclinaciones criminales que antes no tenía; sus frenos inhibitorios podrían debilitarse en el contacto con peligrosos y habituales antisociales; el mismo caldeado y agresivo ambiente de la prisión podría allí mismo hacerle caer en una nueva modalidad delictiva o reincidir en la misma.

De lo anterior se puede perfectamente concluir que si la pena muy frecuentemente podría quedar por debajo de la culpabilidad, ello, en lugar de ir contra consideraciones de prevención especial y general, como lo pensara MAURACH, resultaría en provecho de esa misma prevención, principalmente de la especial. Esta se favorecería precisamente con la no imposición de una pena, con la no ejecución de la misma, con su rebaja o su sustitución, según sean las previsiones legales. Tal vez la prevención general pudiera resultar afectada un poco, pero no sería justo ni humano que en perjuicio del propio reo se sacrificara el sano espíritu de la prevención especial en su favor, para que la general se abriera camino con la imposición severa e intransigente de la pena. Es el obligado riesgo que debe correr y el precio que debe pagar la sociedad, cuando ante la ninguna necesidad de que el reo sufra una privación de su libertad, se prefiera la elección de una medida que preserve la personalidad del reo⁷⁸, a los fines de evitar su desocialización.

Como lo ha dicho ROXIN, es "criminológicamente deseable y jurídicamente admisible imponer una pena orientada hacia la prevención especial, inferior a la que correspondería por la culpabilidad"⁷⁹, pensamiento que ya había sido compartido por BAUMANN⁸⁰ y que JESCHECK lo plantea así: "Mientras que la función fundamentadora y limitadora de la pena por el principio de culpabilidad no se halla fuera de toda duda, la cuestión de hasta qué punto la pena pueda atenuarse por debajo de la medida de la culpabilidad por razones de prevención especial, se encuentra entre los problemas más discutidos de la actual Ciencia del Derecho Penal"⁸¹.

Así fuera cierta la afirmación anterior, nosotros creemos que el criterio de la prevención especial en el tratamiento de la pena se ha abierto ya un amplio

⁷⁸ HEINZ ZIPF, afirma: "Mientras que la teoría de la pena exacta resulta insuficiente desde el prisma político-criminal, por el contrario, la prohibición de sobrepasar la culpabilidad abre un enorme margen de acción político-criminal al juez a la hora de determinar la pena. Según esta otra concepción, la valoración de la culpabilidad solo fija un límite máximo dentro del marco penal típico. De allí que esta teoría permita al juez, en el caso concreto, imponer una pena muy inferior a la que exigiría la culpabilidad, si estima como especialmente favorable la prognosis social del delincuente y no considera, por ello, necesario ejercer sobre él la prevención especial..." (*Principios fundamentales de la determinación de la pena*, cit., pág. 193).

⁷⁹ C. ROXIN, *Prevención y determinación de la pena*, cit., pág. 255.

⁸⁰ JÜRGEN BAUMANN, ob. cit., pág. 35.

⁸¹ H. H. JESCHECK, *Tratado...*, vol. I, cit., págs. 31 y 32.

camino en la legislación universal. Pero vamos a concretarnos a Colombia. Veremos entonces cómo el carácter retributivo de la pena se atempera considerablemente en nuestra legislación penal, con miras principalmente a la prevención especial.

VII. LA PREVENCIÓN ESPECIAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL COLOMBIANA

1. *El principio rector del art. 12 del C. P.*—En primer lugar, tenemos el principio rector del Código, en cuyo art. 12 se determina que "la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora", postulado insoslayable de la nueva legislación penal y que tiene su cabal desarrollo en el art. 61 del mismo estatuto, cuando señala que los criterios que debe tener el juez para aplicar la pena, son los de la "gravedad y modalidades del hecho punible, grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente". Es decir, que se sanciona según el mayor o menor contenido del injusto, la mayor o menor culpabilidad en el hecho punible (dolo, culpa o preterintención), todo esto sin desconocer, a los fines de la prevención especial, la personalidad del reo, sobre quien debe proyectarse una política resocializadora, si fuere necesario, respetando siempre los fueros de su conciencia y dignidad humana. Esto excluye naturalmente el que de una manera exclusiva la medida de la pena tenga como límite la medida de la culpabilidad, lo que significaría un retribucionismo absoluto, que no lo tuvo tampoco el Código Penal del año treinta y seis. Por ello, con toda razón ha dicho EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, refiriéndose a nuestra legislación penal vigente. "Una prueba dogmática de que en el Código Penal no funciona la culpabilidad como culpabilidad de autor ni en el delito ni en la cuantificación de la pena, es que el artículo 61 menciona la 'personalidad del agente' en forma independiente de la culpabilidad, es decir, las consideraciones de prevención especial son, en la ley penal colombiana, ajenas a la culpabilidad del agente"⁸².

2. *Las instituciones procesales y la prevención especial.* Pero si lo anterior fuera poco para enfatizar en la posición "preventivista" de nuestro estatuto punitivo, un más concreto desarrollo de los principios anteriores se puede apreciar en algunas instituciones penales. Precisamente cuando la resocialización, por las circunstancias especiales de la personalidad del delincuente, no se hace necesaria, o porque dichas condiciones presumiblemente se adquieran durante el cumplimiento parcial de la pena, vienen a funcionar en su favor los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia condenatoria o de la libertad condicional. Por esto procede repetir que si la medida de la pena tiene como marco el grado de culpabilidad, en el caso de los subrogados citados, no se hace necesario agotar

⁸² EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, N° 8, Cali, 1983, pág. 51.

retributivamente el límite máximo de la pena, pudiéndose en el primer caso suspender su ejecución y en el segundo atemperarla con su disminución. Y por lo que se refiere concretamente a la condena de ejecución condicional⁸³, que de por sí tiene una connotación de prevención especial, a la pretensión de atribuirle cualquier acento retribucionista, se podría contestar, con algunos, que desde el momento en que se dicta la sentencia, esta ya deja de tener carácter retributivo, o que el mismo proceso penal adelantado y la misma condena, aun sin ejecutarse, ya constituyen una suficiente retribución en los delitos de poca gravedad⁸⁴.

En defensa de estos mismos subrogados de la legislación colombiana, el jurista español JUAN CÓRDOBA RODA ha conceptualizado, *de lege ferenda*: "...uno de los postulados a los que la evolución de la doctrina penal ha conducido, es el de la procedencia de renunciar a la pena resultante de la estimación de un delito como acción típica, antijurídica y culpable, en todos aquellos casos en que dicha sanción deja de ser necesaria. En términos generales, una tal renuncia puede manifestarse, o en la inexecución total de la pena, o en una disminución de esta por debajo del marco fijado por el principio de adecuación entre el desvalor del acto y la gravedad de la sanción"⁸⁵. Este es el criterio que inspira al nuevo Código Penal colombiano, porque, además de otros requisitos, para que sea viable judicialmente la condena de ejecución condicional se requiere que "el condenado no requiera de tratamiento penitenciario". Y por cuanto se refiere a la libertad condicional⁸⁶, además de las otras exigencias que trae la ley, se requiere que la personalidad del reo, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social. Es decir, cuando se considere que el reo ya tiene la aptitud suficiente para hacer su reingreso a la comunidad social y convivir armónicamente con ella.

⁸³ Art. 68 del C. P.: "En la sentencia condenatoria de primera, segunda o de única instancia, el juez podrá de oficio o a petición del interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos a cinco años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

"1. Que la impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión.

"2. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario".

⁸⁴ Por lo cual ha dicho FRANCESCO CARNELUTTI: "El juicio penal es pena, porque la pena es dolor. El concepto de pena, síntesis de sus tres momentos (etiológico, ontológico y teleológico), en fin de cuentas se concentra en el misterio del dolor como tránsito del mal al bien: *per crucem ad lucem*. Todo dolor, probablemente, tiene esta función; pero solo en ciertos casos los hombres lo advierten; la pena, acaso, es aquel dolor cuyo carácter teleológico les es patente. Dolor infligido para redimir al delincuente o para reprimir el delito es la misma cosa..." (ob. cit., pág. 396).

⁸⁵ JUAN CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Edit. Bosch, 1977, pág. 55; y agrega en página 54: "...El pretender que las penas privativas de libertad sean cumplidas en todos los casos en los que se estime cometido un delito, sin admitir la posibilidad de que se prescinda de la imposición de ellas o se rebaje la duración en atención a su ineficacia cuando no a sus nefastos efectos, conlleva el intolerable perjuicio de la imposición de un castigo, o inútil, o causante, incluso, de irreparables males".

⁸⁶ Art. 72 del C. P., sobre libertad condicional: "El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a la pena de arresto mayor de tres años o a la de prisión que exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social".

A. Suspensión condicional de la ejecución de la sentencia (C. P., art. 68)

La suspensión condicional de la pena ha servido primordialmente para resolver problemas de política criminal, como los de la inconveniencia resultante de la ejecución de penas cortas, de la cual podría derivarse un perjuicio inútil para el condenado, innecesario para la sociedad, ya que, en primer lugar, o no necesitaría de la intimidación, ni, por lo tanto, de la resocialización, o, aun pudiendo necesitarla, sería insuficiente para ello el corto período de la pena impuesta; y en segundo lugar, porque el reo de buenas costumbres, de sólidos principios morales, el delincuente ocasional, la persona que probablemente no volvería a encontrarse con los mismos motivos que lo indujeron a delinquir, estaría expuesto, con el cumplimiento de la pena, a salir de prisión con sus frenos inhibitorios debilitados, que podrían colocarlo en peligro de reincidir. Por este aspecto, la ley penal colombiana se ha colocado en una posición de avanzada, pues permite la concesión del subrogado para las penas de arresto hasta cinco años, que es el límite máximo que permite dicha sanción, y las de prisión que no excedan de tres años.

Sin embargo, el otorgamiento de dicho subrogado podría resultar a la postre nugatorio según el momento procesal en que fuera concedido, como sería aquel en que el reo tuviera que esperar, privado de su libertad, hasta el momento del pronunciamiento de la respectiva sentencia condenatoria, con el fin de suspender su ejecución. Para obviar esto, nuestra legislación procesal penal vigente hasta el diecisiete de enero del año en curso quiso anticipar la viabilidad del subrogado al momento de la calificación del mérito del sumario, cuando en esta oportunidad surgiera la hipótesis de que en el evento de una condena, el procesado tendría derecho a la suspensión condicional de la misma. Pero aun así, al llegar el momento de la calificación del sumario con auto de enjuiciamiento, el sindicado podía haber pagado ya el total de la pena o buena parte de ella, por lo cual el beneficio resultaba completamente ineficaz o parcial. Consistente el legislador de esta situación, y siempre con miras a la prevención especial, en la reciente ley 2ª de 1984, sobre reformas al Código de Procedimiento Penal, consagró como causal de excarcelación, "cuando en cualquier estado del proceso, estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia". Con esto se viene a significar, después de armonizar dicha norma con otras del mismo estatuto procesal, que nuestra legislación permite ya que se pueda adelantar una causa penal hasta su terminación con sentencia condenatoria, sin que el acusado tenga que estar ni un solo día en la cárcel.

Esta situación tan favorable al reo se presentará en todos los casos en que esté prohibida su captura, así como su detención después de haber rendido indagatoria; y tendrá derecho a seguir disfrutando de su libertad, a pesar de que en su contra se dicte auto de detención preventiva para mantenerlo vinculado al proceso. Pero sería una "detención" en abstracto, no física, sino jurídica, que no podrá variar en la etapa subsiguiente del auto de enjuiciamiento, en la cual se debe ratificar esa libertad, si se mantienen los requisitos para la eventual concesión del subrogado penal, cuando posteriormente se dicte la sentencia.

B. *La redención de la pena (ley 32 de 1971). La detención parcial en el propio lugar de trabajo (C. de P. P., art. 451).*

Pero la política criminal de nuestro legislador, con fines de prevención especial, de resocialización, ha colocado otros hitos importantes que solo enunciaremos. El primero de ellos es el de la *redención de las penas*, la cual permite abonar un día de pena por cada tres de trabajo o estudio (ley 32 de 1971), para lo cual, lo mismo que en la suspensión condicional de la sentencia, no siempre tendrá que esperar a la condena para beneficiarse de ese derecho, sino que también puede disfrutarlo en un anticipo procesal de la libertad condicional, abonándole dicho tiempo para la excarcelación, "cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito de que se le acusa, habida consideración de la calificación que debería dársele" (C. de P. P., art. 453, num. 4°). En segundo lugar, la institución de la *detención parcial en el lugar de trabajo*, cuando se proceda por un delito cuya pena máxima no exceda de cinco años (C. de P. P., art. 451), con la obligación para el sindicado de regresar al establecimiento carcelario inmediatamente después que termine sus labores diurnas o nocturnas, es una medida que durante su vigencia ha logrado efectos muy benéficos. De una parte, ha servido para que el procesado sienta cierta coacción psicológica para observar buena conducta, dentro y fuera de la cárcel, para no perder los beneficios de la ley; y de la otra, ha constituido un factor extraordinario de influencia para que el reo pueda continuar en sus labores habituales, para no perder el empleo que tenía al momento de la comisión del hecho punible y para que la estabilidad familiar no sufra mengua por su compromiso penal. En la práctica judicial, quienes reciben este beneficio, generalmente son amparados posteriormente, en caso de condena, con la suspensión condicional de la misma.

C. *Crítica de la prevención especial en estos casos*

Desde luego que todas estas instituciones no son muy del agrado de los retribucionistas, quienes en su mayoría no consienten que el límite de la pena fijada dentro del marco de la culpabilidad, pueda reducirse a las condiciones que se dejan descritas. Por ejemplo, con referencia a la condena de ejecución condicional, se la ha llegado a calificar como especie de jubileo criminal, como un *ius primae crimine* (derecho a cometer el primer crimen), una especie de indulto o perdón predeterminado. En cambio, el jurista JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, después de recordar que las penas cortas ni mejoran ni intimidan, porque una estancia breve en la prisión hace perder el temor a la pena y el contacto con otros reclusos constituye un contagio síquico que produce la corrupción del penado, agrega su opinión de que debe intentarse reducir el número de penas cortas acudiendo a sustitutivos penales que permitan lograr los fines preventivos generales y especiales inherentes a la pena sin aquellos nocivos efectos⁸⁷. Por su parte, desde el año de 1889, la Unión Internacional de Derecho Penal en el Congreso de Bruselas, votó por aclamación su adopción.

⁸⁷ JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*. Parte general, Madrid, Edit. Artes Gráficas Carasa, 1981, pág. 853.

En esta suspensión condicional de la ejecución de la pena, basada en el principio de que no es necesario agotar en la medida de esta la medida de la culpabilidad, así se minen los efectos retributivos y de prevención general de la sanción suspendida, la doctrina que la ha defendido la justifica de diversa manera: debe ser aplicada a todos aquellos que no necesitan tratamiento penitenciario, aunque sean reincidentes, e incluso para penas superiores a seis años⁸⁸; es la mejor manera de racionalizar la pena privativa de la libertad y considerar dicho instituto a fines preventivos especiales⁸⁹; el peligro de la contaminación de los delincuentes primarios al contacto con los criminales endurecidos, y la desintegración social de personas fácilmente recuperables, debería constituir razón imperativa del juez para concederla⁹⁰. Y así se podría continuar en un extenso recorrido por toda la doctrina contemporánea, para encontrar que es casi unánime su aceptación, tanto en este subrogado como en el de la libertad condicional⁹¹. También el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, reunido en Caracas en el año 1981, entre otras recomendaciones a los Estados miembros, hizo las siguientes:

"a) Examinen sus legislaciones con miras a hacer desaparecer los obstáculos legales que se opongan a la utilización de los medios alternativos del encarcelamiento en los casos pertinentes, en los países donde existen tales obstáculos;

"b) Evalúen procedimientos jurídicos y administrativos cuya finalidad sea reducir en la medida de lo posible la detención de las personas que se encuentren en espera de un juicio o de sentencia;

"c) Desplieguen esfuerzos para informar al público de las ventajas de los medios alternativos del encarcelamiento, con objeto de fomentar la aceptación de estas medidas por parte del público, etc."

D. *La libertad condicional (C. de P. P., art. 696).*

Pero así como el criterio de la prevención especial se ha hecho funcionar legislativamente respecto a las penas de corta duración, con el subrogado analizado, para

⁸⁸ ALFONSO SERRANO GÓMEZ, "La función preventiva del derecho penal", cit., pág. 74.

⁸⁹ ENRIQUE BACIGALUPO, "Los principios de política criminal de las recientes reformas y proyectos de reforma en América Latina", en *La reforma penal en los países en desarrollo*, cit., pág. 37.

⁹⁰ H. H. JESCHECK, "La crisis de la política criminal", en *Nuevo Foro Penal*, N° 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 160.

⁹¹ A favor: FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*, cit., pág. 106; ALESSANDRO BARATTA, "Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad", en *Nuevo Foro Penal*, N° 15, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 747; HERNANDO BAQUERO BORDA, "La condena de ejecución condicional y la libertad condicional", en *Derecho Penal y Criminología*, N° 19, Bogotá, Edic. Librería del Profesional, 1983, págs. 34 a 55; ALFONSO REYES ECHANDÍA, "La punibilidad en la dogmática penal y en la política criminal", en *Derecho Penal y Criminología*, N° 19, cit., pág. 94; Proyecto alternativo del Código Penal alemán (1966); GÜNTER STRATENWERTH, "Tendencias y posibilidades de una reforma del derecho penal a propósito del ejemplo de la reforma alemana del derecho penal", en *Doctrina Penal*, N° 7, cit., pág. 500; GIULIANO VASALLI, "Funciones e insuficiencias de la pena", cit., pág. 377.

En contra: G. BETTIOL, "Del derecho penal al derecho premial", cit., pág. 289; HANS WELZEL, cit. por ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de derecho penal*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 524.

las penas de larga duración, como las de arresto mayor de tres años o de prisión que exceda de dos, también se ha institucionalizado la libertad condicional, cuando el reo haya cumplido las dos terceras partes de la condena. Se concede cuando la personalidad del condenado, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social. Diríamos que se trata de las personas sobre quienes más debe despertarse la preocupación del legislador, con miras a permitirles la reducción de sus penas, ya que cuando estas son de larga duración, superiores a diez o quince años, producen en la personalidad del reo traumatismos de diversa índole que pueden llegar a ser irreparables. La sola pena moral por la pérdida del bien supremo de la libertad individual y por el abandono obligado de su familia, la alimentación siempre deficiente, las enfermedades sin oportuna y adecuada atención, van dejando indudablemente en el organismo y en la sique del recluso fermentos muy nocivos que alimentan día a día el desequilibrio de su existencia. Está bien entonces que para ellos exista la esperanza de que pueda llegar el momento en que la pena pierda todo su acento retributivo, permitiéndoles su reinserción en la comunidad social sin tener que agotar el límite máximo de la punición. No debe perderse de vista para ellos el fenómeno de la prisionización, cuyos efectos, al decir de HILDE KAUFMANN, pueden consistir en "pérdida de actividad, fuerza de decisión, capacidad de sobreponerse, optimismo, capacidad de apego, capacidad de contacto, pero también puede consistir en una posición de amargura agresiva, que ha retenido y aprendido a tener mucho odio y rabia para perpetrar delitos «correctamente»"⁹².

Por lo que se refiere a dicho subrogado de la libertad condicional, la doctrina también es casi unánime⁹³. Nuestro legislador, en lugar de restringirla, la ha ampliado considerablemente, acortando el tiempo en que procede su reconocimiento, cuando se hayan cumplido las dos terceras partes de la condena, cuando en el Código derogado se requerían las tres cuartas partes, o las cuatro quintas, según que el condenado fuera o no reincidente, distinción que no se hace en la ley vigente. Todo lo cual nos está evidenciando, sin mencionar siquiera otras instituciones de la ley sustancial, estructuradas a los fines de la prevención especial, que tanto aquella ley como la de procedimiento penal y el Código carcelario y penitenciario, buscan atemperar de una manera esencial y fundamental, el carácter inicial y retributivo de la pena.

⁹² HILDE KAUFMANN, *Criminología. Ejecución penal y terapia social*, trad. de Juan Bustos Ramírez, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1979, pág. 129.

⁹³ A favor: CLAUS ROXIN ("Prevención y determinación de la pena", cit., pág. 65): "...no resulta tampoco factible dejar que la culpabilidad actúe arbitrariamente, impidiendo la libertad condicional, independiente de la pena correspondiente a ella"; GONZALO QUINTERO OLIVARES (*Represión penal y Estado de derecho*, cit., pág. 147): "Por otra parte, la libertad condicional que evita el cumplimiento de la totalidad de la pena privativa de libertad, debe ser complementada con una intensiva preparación de la libertad (asistencia social, puesto de trabajo, vivienda, contactos sociales, etc.) como medio de resocialización".

En contra: H. H. JESCHECK ("La crisis de la política criminal", cit., pág. 49): "La liberación condicional debe ser derogada porque conduce a la desigualdad".

E. Otros casos de prevención especial en el Código Penal colombiano

Todo este cuestionamiento sobre las funciones de la pena, ofrece por su misma lógica el interrogante sobre si en los casos en que no sea total o parcialmente necesaria, deba prescindirse de su aplicación o rebajarse, como ocurre en la mayoría de las legislaciones; o como en otras, en las que no obstante el reconocimiento de la culpabilidad, la jurisdicción se abstiene de pronunciar sentencia condenatoria. Estas tres hipótesis admiten su perfecta viabilidad sobre la tesis más pacífica de que la punibilidad no es elemento integral del delito, sino su consecuencia, por lo cual, sin que se contrarie la teoría del mismo, el hecho punible puede quedar impune. Es decir, que, aunque no puede existir pena sin culpabilidad, sí es factible la inversa: culpabilidad sin pena.

Se trataría de los casos en que no obstante una acción típica, antijurídica y culpable, por razones de política criminal, la ley, en determinadas situaciones, exime de pena o extingue el ejercicio de la acción penal. Como en las previsiones de nuestra ley penal tipificadoras de los delitos políticos de rebelión y sedición, en que no habría lugar a imposición de pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo. Aquí se habla de "hechos punibles", es decir, en que el autor de los mismos ha recorrido todo el *iter* del delito, desde el acto típico hasta la culpabilidad. Lo mismo acontece cuando exime de pena al responsable de injuria y de calumnia, si probare la veracidad de sus afirmaciones, lo que apenas mencionamos a título de ejemplo. Y para no citar sino un caso en que ni siquiera para el inimputable sería necesaria una medida de seguridad, no obstante su conducta típica y antijurídica, está el caso en que si la inimputabilidad proviniera exclusivamente de trastorno mental transitorio, no habrá lugar a la imposición de medida de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales. O el otro caso del indígena inimputable, para quien la medida consistirá únicamente en la reintegración a su medio ambiente natural. Es decir, ni penas ni medidas de seguridad, por no ser ninguna de ellas aconsejable desde el punto de vista de la prevención especial, ni necesaria por prevención general.

F. La doctrina extranjera

Los tratadistas han abordado el tema de diversa manera. Por ejemplo, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG ha dicho que "precisamente el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena sea —en absoluto o en su rigor— innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible; pues pueda aceptar y conformarme con que se me prive de la libertad, aunque sea para mí muy doloroso, si con ello presto un servicio a la comunidad, pero se abusa de mí si se me impone un padecimiento inútil que no sirve al fin de la convivencia social bien porque el comportamiento ejecutado no necesita ser reprimido por tanta severidad"⁹⁴. El mismo autor, en el caso concreto del error

⁹⁴ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, cit., pág. 72.

invencible de prohibición, rechaza la tesis que propugnaría la imposición, no obstante, de una pena para evitar que se relaje —no frente al autor concreto, sino frente a la comunidad— la eficacia que emana de las tipificaciones penales⁹⁵. Para dicha situación, nuestra ley positiva tiene prevista una causal de inculpabilidad. Aunque para ROXIN la razón para excluir de pena en la legislación alemana a dicho error de prohibición, al igual que el estado de necesidad disculpante, el exceso en la legítima defensa y la incapacidad de culpabilidad, es la falta de necesidad preventiva y no la presunta falta de capacidad para actuar de un modo distinto⁹⁶.

Para ROXIN, la sola culpabilidad no justifica la pena, por lo cual si esta no es necesaria desde el punto de la prevención general y especial, no debe imponerse. Fueron las ideas que se reflejaron en el Proyecto Alternativo del Código Penal alemán, en donde se dijo precisamente que “las penas y medidas sirven para la protección de bienes jurídicos y la reinserción social del delincuente”, con lo cual se descartó el aspecto retributivo con base en la culpabilidad. Aquella posición de ROXIN no ha sido compartida en la doctrina, entre otros, por CÓRDOBA RODA y MARINO BARBERO SANTOS, quienes la enfrentan desde diversos puntos de vista⁹⁷. En cambio, la posición de MICHEL FOUCAULT es todavía más liberal, ya que propugna la interrupción de la pena, cuando no sea necesaria a los fines de prevención especial. Llegado dicho momento, debe desaparecer el carácter retributivo de la misma: “así como el médico prudente interrumpe su medicación o la continúa según que el enfermo haya o no llegado a una perfecta curación, así también, en la primera de estas dos hipótesis, la expiación debería cesar en presencia de la enmienda completa del condenado, ya que en este caso toda detención se ha vuelto inútil, y por consiguiente tan inhumana para con el condenado como vanamente onerosa para el Estado”⁹⁸.

VIII. RESOCIALIZACIÓN, TRATAMIENTO Y DERECHOS DE LOS RECLUSOS

No podríamos hacer ahora un exhaustivo estudio sobre infinidad de temas que están estrechamente conectados con la función de la prevención especial

⁹⁵ Ibidem, pág. 102.

⁹⁶ Análisis crítico de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Culpabilidad y prevención en derecho penal”, cit., pág. 46. CLAUS ROXIN, sobre el tema ha dicho: “Se puede decir respecto al problema de la necesidad de pena lo siguiente: La imposición de una pena solo está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedirlos otras medidas jurídicas y político-sociales menos radicales” (*Iniciación al derecho penal de hoy*, cit., pág. 32).

⁹⁷ Cfr. MARINO BARRERO SANTOS, “La reforma penal española en la transición a la democracia”, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, cit., pág. 60; JUAN CÓRDOBA RODA (“Evolución política y derecho penal en España”, en *Revista Internacional...*, cit. ant., pág. 142). Sostiene la tesis de que “La pena deje de ser impuesta en todos aquellos casos en que resulte innecesaria; esto es, la introducción de la necesidad de la pena como una exigencia adicional a la concurrencia de los elementos de acción, antijuridicidad y culpabilidad, integrantes de la noción de delito”.

⁹⁸ MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, 2ª ed., México, Edit. Siglo XXI, 1978, págs. 247 y 248. Por su parte, la Asamblea plenaria del Congreso Internacional sobre la reforma penal en los países en desarrollo, aprobó entre sus recomendaciones las siguientes: “...3. La ejecución penal debe seguir el principio de necesidad... 8. La ejecución penal debe abandonar los criterios retributivos para optar por los de prevención” (*La reforma penal en los países en desarrollo*, cit., pág. 311).

de la pena, como el de la *resocialización* del condenado, cuyo panorama llena ciertamente de mucho pesimismo, si se tiene en cuenta la indiferencia estatal y la insensibilidad de la sociedad por la suerte de quienes permanecen en prisión o cuando salen de ella⁹⁹. En torno a dicha perspectiva habría que enfrentar el serio problema del tratamiento, tanto para los imputables como para los inimputables, para ver hasta dónde las técnicas y los procedimientos empleados han sido los más adecuados, los más respetuosos de la autonomía personal, de los fueros inviolables de la conciencia, en síntesis, de la dignidad humana, lo que ha hecho decir a FOUCAULT que los presos son la parte más desdichada y más oprimida de la humanidad¹⁰⁰. En dicho enfoque, no podría faltar el análisis sobre los derechos de los reclusos, constantemente violados en las prisiones, lo que ha engendrado muy frecuentemente situaciones de empeoramiento de la vida en prisión, creando con ello agudos obstáculos a la resocialización, por lo cual no ha faltado razón para afirmar que las prisiones son “un cuartel estricto, una escuela sin indulgencia, un taller sombrío; pero en el límite, nada de cualitativamente distinto”¹⁰¹. Por lo mismo, habría que entrar a fondo en las instituciones encargadas de la ejecución de la pena, para encontrarnos con el espectáculo deprimente que anotara FRANCO BASAGLIA, cuando dice que “quien atraviesa la puerta de la cárcel, de la penitenciaría o del manicomio criminal, entra en un mundo donde todo actúa prácticamente para destruirlo (al sometido a pena o medida de seguridad) aun cuando esté formalmente proyectado para salvarlo”¹⁰². En fin, tendríamos que hacer una taladrante y dolorosa disección de nuestra sociedad, desde el punto de vista moral, económico, cultural y político, para concluir en la infamante realidad de que ella ha engendrado por su culpa, dadas las deficientes estructuras de su organización, la criminalidad que hoy y siempre padece y ha padecido la humanidad¹⁰³.

⁹⁹ Sobre el tema, cfr. ALFONSO SERRANO GÓMEZ, “La función preventiva...”, cit., pág. 83; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “La resocialización...”, cit., págs. 25, 93 y 94; JOSÉ ENRIQUE SOBREMONTTE MARTÍNEZ, “La constitución y la reeducación y resocialización del delincuente”, cit., págs. 110, 118 y 119; JESÚS BERNAL PINZÓN, “Prevención y represión del delito”, cit., pág. 178; H. H. JESCHECK, “La crisis de la política criminal”, cit., pág. 153; ALESSANDRO BARATTA, “Observaciones sobre las funciones de la cárcel...”, cit., pág. 746; PIERRETE PONCELA, “Por la pena, disuadir o retribuir”, cit., págs. 912 y 913; CARLOS A. ELBERT, “Historia y crisis de la pena de prisión”, cit., pág. 180; FRANCO BASAGLIA, *Violencia en la marginalidad: “El hombre en la picota”*, *Derecho Penal y Criminología*, vol. III, N° 11, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1980, pág. 60; HERNANDO BAQUERO BORDA, “La condena de ejecución condicional y la libertad condicional”, cit., pág. 47; IGNACIO MURAGORRI LAGUÍA, ob. cit., pág. 73; MARINO BARBERO SANTOS, *Marginación social...*, cit., págs. 134, 182 y 190; C. ROXIN, *Problemas básicos...*, págs. 33, 45 y 67; ANTONIO BERISTAIN, “La cárcel...”, cit., págs. 276, 287 y 290; GÜNTER STRATENWERTH, *El futuro...*, cit., págs. 34 y 120; HILDE KAUFMANN, *Principios...*, cit., pág. 55; HEINZ ZIFF, *Introducción...*, cit., pág. 74; STAMPA BRAUN, *Las ideas penales...*, cit., pág. 69; JAIME CUEVAS SOSA e IRMA GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho penitenciario*, México, Edit. Jus, 1977, págs. 161 y ss.; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios...*, cit., pág. 68.

¹⁰⁰ M. FOUCAULT, ob. cit., pág. 296.

¹⁰¹ Ibidem, pág. 235.

¹⁰² F. BASAGLIA, *Los crímenes de la paz*, México, Edit. Siglo XXI, 1977, pág. 85.

¹⁰³ Cfr. JEAN PINATEL, *La sociedad criminógena*, trad. de Luis Rodríguez Ramos, Barcelona, Edit. Aguilar, 1979.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que ante la inmensa crisis por la que hoy atraviesa el derecho penal represivo, la administración de justicia tiene que volver caras al hombre que delinque, mantenerlo siempre elevado a su dignidad de persona, para que cuando sea necesario hacerlo pasible de una pena, esta le sea aplicada pero con vivo sentimiento de humanidad¹⁰⁴. Y como lo aconsejara ANTONIO BERISTAIN, no olvidar que “un sistema judicial y penitenciario y policial apoyado en los derechos humanos de hoy-mañana, defiende a la persona y a la sociedad mejor que muchos bunker”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Sobre el humanitarismo en las penas, cfr. H. H. JESCHECK (*Tratado...*, vol. I, cit., pág. 35): “Así, el principio de humanidad se ha convertido, sobre todo en el principio rector del cumplimiento de la pena privativa de libertad”; GIULIANO VASALLI, “Funciones...”, cit., pág. 384; G. QUINTERO OLIVARES (*Represión penal...*, cit., pág. 140): “La potestad punitiva debe ajustarse simultáneamente al humanitarismo, que no ha de entenderse como simple caridad o benevolencia, sino como manifestación de respeto a la persona humana, y a la necesidad social del castigo, por encima de toda otra consideración científico-teórica”; HILDE KAUFMANN, *Principios...*, cit., págs. 18, 23 y 29; HEINZ ZIPF, *Introducción...*, cit., págs. 41 y 42; ENRIQUE CURY, *Revista de Ciencias Penales del Instituto de Ciencias Penales de Chile*, cit., págs. 257 y 258.

¹⁰⁵ ANTONIO BERISTAIN, *Crisis del derecho represivo*, cit., pág. 252.

LA PROBLEMÁTICA DEL ERROR EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ACTUALES

(A propósito de una providencia de la Corte)*

Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.**

“...ya los jueces penales se sentirán exonerados de saber los rudimentos de su ciencia y los civiles la propia, y así hasta el infinito...”.

Aunque no compartimos el enfoque dogmático que el salvamento de voto del magistrado GÓMEZ VELÁSQUEZ plantea, si nos identificamos ampliamente con los cuestionamientos político-criminales que ha formulado; por ello hemos escogido como epígrafe de este trabajo un aparte de su escrito, que, en nuestro sentir, refleja de manera cabal la problemática que ha venido suscitando —y que seguramente habrá de suscitar— la decisión de la Corte en la jurisprudencia que aparece en la sección correspondiente de esta edición, la cual ha contado con la ponencia del magistrado REYES ECHANDÍA, al mismo tiempo una de las cabezas más visibles de la doctrina colombiana.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La decisión de la alta corporación, así como el salvamento de voto, nos sitúan ante la problemática del error en general, y del error de prohibición directo en su modalidad de *error de interpretación* en particular. La *teoría del error* es tal vez el más intrincado problema de la parte general del derecho penal, y el que mayores dificultades teórico-prácticas plantea.

Antes de formular las observaciones que nos ha deparado la lectura de la providencia y de su salvamento, haremos en primera instancia una ubicación histórica de la decisión, para lo cual acudiremos a las doctrinas alemana y colombiana, así como a la jurisprudencia; este recorrido nos llevará desde la tradicional clasificación romana, ya superada, de error de hecho-derecho, hasta la moderna división de error de tipo-prohibición. Más adelante, en el acápite tercero, expondremos las orientaciones de la actual doctrina colombiana, para entrar luego, por separado,

* Este trabajo tiene como finalidad desarrollar las inquietudes surgidas no solo con motivo de la decisión de la Corte, sino del salvamento de voto, de fecha mayo 24 de 1983, y que el lector podrá consultar en nuestra sección de jurisprudencia.

** El autor es profesor de Derecho Penal en la Universidad de Medellín.