

Vigilar, castigar y remediar*

*Aleyda Patricia Horta***
Instituto Latinoamericano de Altos Estudio-ILAE
aleyda.horta@gmail.com

Resumen

El desconocimiento por parte del guardián acerca de los fines y funciones de la pena, originado en las imprecisiones y vacíos legales sobre la materia y en una insuficiente instrucción penitenciaria, hace que en la cárcel los agentes penitenciarios contribuyan con la crisis de esta institución que representa el capítulo más oscuro e inútil del Derecho Penal, donde se pierde todo el esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia que durante siglos ha tratado de justificar la pena.

Palabras clave

Guardián, Prisión, Crisis, Fin de la Pena, Derecho Penal, Gobierno, Criminología.

Abstract

The ignorance of the guardian about the aims and functions of penalty, originated in the imprecisions and legal emptinesses on the matter and in an insufficient penitentiary instruction, makes that in jail the penitentiary agents contribute with the crisis of this institution that represents the darkest and useless chapter of the Criminal law, where there gets lost all the effort of the doctrine and the jurisprudence that for centuries has tried to justify penalty.

Key words

Guardian, Prison, Crisis, Penalty aim, Penal Law, Government, Criminology.

Introducción

Al abordar el tema carcelario lo primero que viene a la mente son las difíciles condiciones en las que viven los internos, ese “estado de cosas inconstitucional” que denuncian algunos magistrados de las altas cortes y algunas organizaciones que defienden los derechos humanos, y básicamente el problema se ha ido reduciendo a la exhortación que hacen operadores jurídicos y medios de comunicación al gobierno para que se creen y se apliquen todos los mecanismos necesarios para “resocializar” a la población carcelaria.

De esta manera, el problema carcelario ha ido decantando en una serie de críticas que se trivializan día a día en los periódicos a tal punto que la llamada crisis carcelaria del país es percibida como una situación normal cuyas tensiones se derivarían necesariamente de la naturaleza de la institución.

Fecha de recepción del artículo: 4 de abril de 2008.

Fecha de aceptación del artículo: 21 de mayo de 2008.

* Artículo producto de ejecución de proyecto de investigación que la autora desarrolla sobre el tema: Grupo de Investigación del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios - ILAE.

** Abogada Investigadora del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE-

Aleyda Patricia
Horta

Pero el problema carcelario podría estar mal planteado. No se trata de un problema que se deba enfocar simplemente en las dificultades para poder resocializar a todos los internos del país, objetivo que de por sí constituye un imposible si se observa con atención lo que el término resocialización significa. Cuando una institución está en crisis debe analizarse si realmente se están cumpliendo los fines que justifican su existencia, sin embargo el tema de los fines de la pena sólo ha sido abordado por los teóricos del derecho, quienes han desarrollado toda una doctrina acerca de las penas y sus fines aplicables en los distintos sistemas penales a lo largo de la historia, pero cuyos esfuerzos podrían resultar en vano si las instituciones penales desconocen dicha doctrina, no la entienden o simplemente no la aplican.

Desde la óptica del derecho penal, el tema de los fines de la pena reviste una enorme importancia, debido a que la idea del fin de la pena va directamente ligada a la del fin del derecho penal como tal. No se trata entonces de un tema secundario o accesorio sino que por el contrario, esa perspectiva teleológica es la que le da una dirección concreta a toda la materia. Los fines de la pena, no deben ser entendidos como simples prescripciones utópicas a cuyo contenido se le puede restar importancia debido a la intangibilidad de sus propósitos, sino que deben constituirse en metas claras y posibles que, tanto los operadores jurídicos como los ejecutores directos de la pena, deben comprender, respetar y sobre todo realizar.

Hasta el momento conocemos lo dicho por la ley, la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, pero la opinión de los guardianes ha sido pasada por alto, obviada y subestimada. Por ésta razón se indagó el imaginario de guardianes y guardianas sobre la materia, en un intento por descifrar las diferentes tendencias en su pensamiento, su conocimiento y capacitación y en general su percepción sobre la efectividad de dichos fines en la realidad penitenciaria colombiana.

1. Problema de investigación

Más allá de toda la abstracción de las ideas de los teóricos y de los juristas al respecto, qué piensa el directo ejecutor de la pena? Cuál es su conocimiento acerca de los fines de la pena? Es consciente de la enorme responsabilidad que

tiene en el cumplimiento y en la realización de las directrices señaladas por la ley? Cree en la aplicabilidad y en la efectividad de dichas normas? Cuál es su manejo conceptual y cuál su perspectiva de acuerdo con su experiencia profesional en la materia? De la respuesta a estas cuestiones depende en gran medida el hecho de que todos los esfuerzos realizados por legisladores, administradores de justicia y doctrinantes no sean simples quimeras sino que se ejecuten y puedan ser verificados en la realidad.

2. Estrategia metodológica

2.1 Métodos

La investigación se realizó con base en métodos cualitativos y se llevó a cabo en las dos principales cárceles de Colombia en su sede de la capital, esto es, la Cárcel Nacional Modelo y la Cárcel de mujeres El Buen Pastor, en las que se indagó el imaginario de guardianes y guardianas sobre los fines y funciones de la pena.

2.2 Fuentes y técnicas de investigación

Para intentar una comprensión íntegra de todo el fenómeno, se realizó una investigación empírica basada en 41 entrevistas en profundidad, además del análisis documental de la Constitución Política, la ley, la jurisprudencia, la doctrina, textos, artículos publicados en revistas e investigaciones de autores nacionales y extranjeros sobre la materia.

3. Resultados

Para poder hacer un análisis del problema y determinar si el imaginario del guardián corresponde al desarrollo y evolución teórico sobre esta materia, es necesario darle un vistazo a las principales teorías que existen sobre los fines de la pena en la doctrina y en la jurisprudencia.

3.1 Los fines de la pena en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia

El derecho penal debe darle un sustento teórico a las penas que justifique su legalidad. Sin embargo, al momento de dar una sola respuesta lo suficientemente clara y definitiva, cuando se le pregunta para qué se sanciona al sujeto en particular que infringió sus normas, cuál es o debería ser el

verdadero fin de la pena, qué es lo que realmente se busca al momento de ejecutar la sanción penal, el derecho penal nos remite a la lectura de unos cuantos siglos de discusiones al respecto.

La doctrina se encuentra dividida entre los justificacionistas y los abolicionistas del derecho penal y por ende, de las penas. Los autores partidarios de las doctrinas justificacionistas del derecho penal (en oposición a los abolicionistas, quienes consideran que no existe justificación alguna al derecho penal y apoyan su eliminación), han elaborado una clasificación de los distintos fines agrupándolos principalmente en tres teorías: las absolutas, las relativas y las mixtas.

3.1.1 Teorías absolutas de la pena

Se consideran absolutas porque están orientadas hacia la idea absoluta de “justicia, y, también son llamadas retribucionistas, pues se considera que la pena retribuye el mal causado, o <<compensa un mal con otro mal>>, sin embargo sus justificaciones no siempre han sido las mismas: podríamos hablar de cinco etapas de la retribución. En sus orígenes más remotos, la retribución operaba a través de la venganza privada y la llamada la Ley del Tali3n, principalmente encontramos 3ste tipo de penas en los ordenamientos primitivos marcadamente m3sticos y religiosos en los que prevalecían los castigos físicos, como el C3digo de Hammurabi, La Biblia y el Cor3n. M3s adelante, es la sociedad estremecida con la violaci3n a las normas que garantizan su estabilidad y su orden, o frente al irrespeto de los sentimientos y valores comunes a todos sus miembros, quien exige que aquel que ha cometido la afrenta sea castigado, no ya por un particular sino por una entidad neutral que evoluciona con la aparici3n del Estado como instituci3n superior, individual, y aut3noma, de manera que la pena se convierte en <<venganza social>>¹. En una tercera etapa, y bajo la influencia hebraica y cristiana, la retribuci3n aparece como <<expiaci3n>> de la culpa que genera el delito. Este es asimilado al pecado as3 como su juzgador se asemeja al sacerdote. Seg3n

¹ Emile Durkheim, *La Divisi3n del Trabajo Social*, Madrid, Niel Jorro, Editor, 1928, pp. 83 a 107. Quien define la pena como “una reacci3n pasional de intensidad graduada, que la sociedad ejerce por intermedio de un cuerpo constituido sobre aquellos de sus miembros que han violado ciertas reglas de conducta”.

esta concepci3n teol3gica de la pena, con su imposici3n se lograba la realizaci3n de la Justicia que era considerada un mandato de Dios.

Posteriormente, en el siglo XIX, aparece una cuarta etapa de la retribuci3n con dos versiones de car3cter laico pero fundamentadas en concepciones morales y 3ticas de la pena: las desarrolladas por Kant y Hegel.

Para Kant, se trata de una *retribuci3n 3tica*, es decir, la pena tiene que ser impuesta simplemente por que el delito ha producido una <<lesi3n del orden moral racional>>. La ley penal, es considerada por Kant un imperativo categorico, una m3xima que debe ser acogida incondicionalmente por todos los ciudadanos para lograr la Justicia. Igualmente la tesis kantiana se aparta de las teorías utilitaristas de la pena al considerar que “La pena judicial... no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de impon3rsele s3lo porque ha delinquido; porque el hombre nunca podr3 ser manejado como medio para los prop3sitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real...”²

De otro lado, Hegel plantea una *retribuci3n jur3dica*, seg3n la cual la pena es necesaria para <<restablecer el orden legal violado>>, y por esa v3a restablecer la autoridad del Estado. Seg3n la dial3ctica hegeliana, el delito constituye la negaci3n del derecho, y por tanto la pena debe constituirse en la negaci3n de esa negaci3n, de manera tal que con ella se ejerza una segunda violencia que elimine la primera. “... La existencia positiva de la violaci3n es como la voluntad particular del delincuente. La violaci3n de 3sta s3lo como una voluntad existente es por tanto la eliminaci3n del delito que de otro modo ser3a v3lido; es la restauraci3n del derecho.”³

Una quinta y m3s reciente versi3n de la retribuci3n est3 orientada hacia la idea de la <<reparaci3n integral y el restablecimiento del derecho>>⁴, en virtud de la cual el derecho penal

² Immanuel Kant, *La metafisica de las costumbres* (1797) Ed. Tecnos, Madrid 1989, p. 166.

³ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Fundamentos de la filosof3a del derecho* (1821) Ed. Siglo Veinte, Buenos aires, 1987, p. 126.

⁴ Varios autores son partidarios de la reparaci3n del daño en el marco del sistema jur3dico-penal de

Aleyda Patricia
Horta

amplía su perspectiva acerca de los fines de la pena para incluir, y darle un papel protagónico, a la víctima del delito, de manera tal que con la sanción penal se va a buscar “la reparación del interés social de la parte que ha sido definida como víctima en el conflicto social que es objeto de tratamiento penal”⁵. Esta posición acerca de la retribución se encuentra actualmente en desarrollo y junto con la teoría de la resocialización, están en el centro del debate moderno. Se le atribuye a esta perspectiva de la retribución el logro de ser compatible con la noción de un Estado Social de Derecho en tanto que concibe al Estado no como un fin sino como un medio para alcanzar metas como la protección de los intereses de sus ciudadanos y la garantía de la armonía social, pues al acercarse a la víctima con el victimario con el fin de que lleguen a un acuerdo sobre el restablecimiento o la reparación del interés vulnerado permite solucionar el conflicto social efectivamente, lo cual resulta de mayor utilidad que la simple imposición de una pena física o moralmente aflictiva (especialmente respecto de los delitos culposos), o de otra pena de carácter meramente preventivo, al mismo tiempo que reconoce los derechos del afectado por el delito y respeta las garantías mínimas del infractor establecidas por la ley y por la Constitución.

El restablecimiento del derecho, sin embargo, presenta algunos problemas, pues requiere que el interés vulnerado sea de aquellos que se puedan restablecer⁶, como por ejemplo el patrimonio económico en el caso del hurto o del daño en bien ajeno, lo que no sucede en el caso del homicidio o las lesiones personales irreversibles, entre otros delitos. De otro lado, la reparación sólo podría ser útil si el condenado posee los

sanciones. Al respecto Roxín, cit., p. 109. Igualmente Alberto Hernández Esquivel, *Restablecimiento del derecho y sistema penal*, XVII Jornadas Internacionales de derecho penal, U. Externado de Colombia, Bogotá, septiembre de 1995, p.159-179. Y, Germán Silva G., *La resocialización y la retribución. El debate contemporáneo sobre los fines y las funciones de la pena*, en *XXV Jornadas Internacionales de derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 331.

⁵ Germán Silva G., *La resocialización y la retribución...* cit. p. 331.

⁶ Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, *El Proceso Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 349 y350.

recursos económicos suficientes para lograr ese restablecimiento del derecho de la víctima, de lo contrario al sujeto tendría que imponerse otra pena, seguramente la de prisión, que operaría como una pena simbólica, o, eventualmente garantizarse que con su trabajo en la cárcel pueda pagar una pena pecuniaria, con lo cual serían claras las diferencias en el tratamiento punitivo de los sujetos pertenecientes a las distintas clases sociales, atentando obviamente con el principio fundamental de igualdad.

A las doctrinas retribucionistas se les reconoce el hecho de que garantizan la aplicación del *principio de culpabilidad*, el cual establece que la pena no puede exceder el grado de culpabilidad del autor, y en esa medida, a un delito leve le corresponderá una pena leve, y a un delito grave le corresponderá una pena grave. Este principio constituye un límite garantista que no plantean las tesis utilitaristas, las cuales justifican la imposición de penas drásticas con el fin de evitar o prevenir la comisión de futuros delitos, como se anotará más adelante.

3.1.2 Teorías relativas o utilitaristas de la pena

En oposición a las teorías absolutas o retributivas, éstas no consideran la pena como un fin en sí mismo sino como un instrumento útil y necesario para lograr otros fines principalmente preventivos y resocializadores. El pasaje de Séneca citado en este punto por la gran mayoría de los tratadistas según el cual: << nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur...>> (“Pues, como dice Platón: ‘ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...’”), sugiere que la pena no debería mirar hacia el pasado sino dirigirse hacia el futuro, hacia la prevención que garantizaría la evitación de los delitos. Estas teorías utilitaristas, también son llamadas relativas en oposición a las absolutas pues, “a diferencia de la Justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales”⁷.

El utilitarismo tiene dos orientaciones: de un lado implica la utilización de la pena para cumplir los fines del Estado de forma maquiavélica e ilimitada, pero, de otro lado, el utilitarismo

⁷ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal*, Barcelona, Muntaner, 1996.p. 49

puede ser visto en el marco del contrato social y del bienestar común, y tomar por el contrario un carácter garantista en la medida en que se convierte en un límite a la pena, pues la norma penal va a ser entendida como un instrumento útil para la convivencia social, creada por los ciudadanos y para ellos mismos, orientada a favor del interés general, sin menoscabar más derechos que los *necesarios* para lograr sus propósitos.⁸ Sobre esta última visión utilitarista de la pena se desarrolló toda la literatura clásica de la ilustración que abogó por penas más “humanas” en oposición al tratamiento cruel a que eran sometidos los reos durante la edad media, y cuyo autor más representativo fue Beccaria quien en su conocida obra *De los delitos y de las penas* planteaba que “El fin [de la pena], pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. 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”.⁹ Las tesis relativas o utilitaristas se clasifican en dos categorías: la prevención general y la prevención especial, cada una de las cuales tiene a su vez una versión positiva y otra negativa.

Según la teoría de la prevención general, en su fase positiva, a la pena se le atribuyen principalmente tres cometidos: primero, una finalidad informativa, casi pedagógica tendiente a educar a los asociados acerca de lo que está prohibido hacer; segundo, el mantenimiento de la vigencia de las normas garantizando la confianza de la sociedad en ellas y en su eficacia¹⁰; y, en tercer lugar, la pena debe crear y fortalecer una actitud

de respeto por el Derecho por parte de todos los ciudadanos.

En su fase negativa, la prevención general establece que la sanción penal debe intimidar a la sociedad, de tal forma que todos y cada uno de los individuos se abstengan de cometer aquellas conductas que han sido establecidas como punibles ante el temor de ser condenados. De manera que la pena se utiliza como mecanismo de coerción, como una *amenaza*¹¹ permanente que evitaría la comisión de futuros delitos. Pero, como ya lo dijo Bettiol, <<En la lógica de la prevención general hay un trágico punto de llegada: la pena de muerte para todos los delitos¹²>>.

La teoría de la prevención especial, en cambio, mira ya no a la sociedad en general, sino específicamente al sujeto que ha delinquirido. Con la teoría de la prevención especial en su fase negativa, se pretende neutralizar o eliminar al individuo para evitar que vuelva a delinquir, por ejemplo mediante la internación de éste en un establecimiento carcelario o en un sitio semejante, de manera que con su aislamiento o eliminación se proteja a los demás miembros de la sociedad del “peligro” que representa el sujeto en libertad.

En su fase positiva, en cambio, la prevención especial pretende modificar la conducta del sujeto desviado. Aquí se encuentran todas las tesis correccionalistas que surgieron a mediados del siglo XIX y que hoy permanecen en la mayoría de los códigos penales del mundo, a pesar de la avalancha de críticas a que se han visto sometidas, desde sus fundamentos filosóficos hasta los resultados alcanzados en materia de criminalidad.

La prisión se convertiría en el escenario perfecto para implantar y desarrollar las tesis de la prevención especial, sin embargo, en sus inicios no tuvo la función que se le atribuye en la actualidad. Algunos autores encuentran su origen en las casas de corrección europeas (siendo la de Bridewell en Londres (1555) la primera de ellas), donde se reunían individuos segregados

⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2001, pp. 260-261.

⁹ Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* U. Externado de Colombia, Bogotá 1994 p. 30

¹⁰ Günther Jakobs, *Sobre la Teoría de la Pena*, Cuadernos de conferencias y artículos N° 16, U. Externado de Colombia, 2002. La teoría funcionalista de la pena expuesta por Günther Jakobs señala que la pena “significa la permanencia de la realidad de la sociedad sin modificaciones...”. Así mismo señala que “la razón del proceso de punición no es sólo la maldad del hecho, un peccatum, sino el mantenimiento de una determinada configuración social...”.

¹¹ Paul Johann A. R. V. Feuerbach, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Hammurabi S.R.L, Buenos Aires, 1989, p. 59 a 61.

¹² Giuseppe Bettiol, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 1965, p. 663.

Aleyda Patricia
Horta

que eran considerados delincuentes, ociosos o vagabundos, con el doble objetivo de aprovechar su mano de obra y de transformar su conducta de viciosa e inútil a productiva y útil¹³.

En el *ancien régime*, la cárcel operaba simplemente como lugar de detención previo al juicio que concluía con la imposición de penas corporales, las cuales cumplían finalidades retributivas y preventivogenerales de reafirmación del poder del rey y de intimidación a la población. La creación de la prisión como institución total sancionadora y sustitutiva de los castigos corporales no ocurrió en una fecha determinada ni se implantó al mismo tiempo en todos los países, sino que fue producto de un proceso en el que influyeron factores políticos, sociales, culturales y económicos dentro del gran cambio que vivió Europa entre los siglos XVI y XIX y que significó políticamente el derrocamiento de la monarquía que dio paso a la democracia, y económicamente el establecimiento del sistema capitalista.

Pero es a principios del siglo XIX cuando la prisión entra en escena como la pena principal por excelencia al considerarse un instrumento útil y adecuado para vigilar, controlar y transformar los cuerpos y las mentes de los individuos¹⁴, y de esta manera la institución va a servir para que las doctrinas preventivistas encuentren en ella, como en ninguna otra, el mejor contexto.

El tema de la prevención especial positiva ha sido abordado desde diferentes puntos de vista: la enmienda, (desde épocas remotas hasta la edad media cuando el derecho canónico le dio su mayor desarrollo) se pensó en <<la enmienda>>: doctrina de corte espiritual y ético orientada a la conversión del delincuente de hombre “malo” a “bueno” con la idea de que con la imposición de la pena el sujeto escarmentado o tome conciencia acerca de la inmoralidad de sus actos. Luego aparece la tesis de <<la defensa social>> cuyo mayor desarrollo se dio en la escuela positivista italiana a principios del siglo XIX¹⁵, la cual supone que el delincuente

es un sujeto enfermo al que hay que “tratar” para neutralizarlo o darle la terapia necesaria de tal forma que no represente un *peligro* para la sociedad.

A finales del siglo XIX Franz Von Litz en su conocido Programa de Marburgo (1882) expuso la teoría del <<tratamiento diferencial>> según la cual existirían tres clases de delincuentes: habituales, ocasionales y corregibles; a los primeros había que inocularlos debido a la imposibilidad de hacerlos desistir de la realización de conductas delictivas, a los segundos había que intimidarlos, y a los terceros que corregirlos.

Finalmente aparece dentro de la prevención especial positiva la más difundida de sus acepciones: <<la resocialización>>. Aunque se trata de un término propio de la sociología y no del derecho, y la ley penal no la define, vale la pena recordar que la resocialización significa volver a vivir el proceso de socialización, esto es “la inducción amplia y coherente de un individuo en el mundo objetivo de una sociedad o en una parte de él. La socialización primaria es la primera por la que el individuo atraviesa en la niñez; por medio de ella se convierte en miembro de la sociedad. La socialización secundaria es cualquier proceso posterior que induce al individuo ya socializado a nuevos sectores del mundo objetivo de su sociedad”¹⁶. En consecuencia, a ésta finalidad se le critica el hecho de que es imposible volver a recrear todo el contexto y todos los elementos que influyeron en la socialización del individuo¹⁷, que además es una persona adulta y por lo mismo, posee una personalidad prácticamente definida.

A la falta de claridad conceptual de que adolece el fin de la resocialización en el Código Penal

morfológicas de los delincuentes (que han sido ampliamente criticadas porque por lo general, correspondían con la fisonomía de individuos segregados socialmente: por su condición social o económica, por su origen geográfico, por su extracción cultural, etc.).

¹³ Georg Rusche y Otto Kirchheimer, *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984, pp. 46-60

¹⁴ Michel Foucault, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2002, pp. 234-235

¹⁵ Dentro de esta escuela encontramos a Enrico Ferri, Raffaele Garófalo, Cesare Lombroso, entre otros, con sus ideas deterministas acerca del <<delincuente natural o nato>> y de las características físicas o

¹⁶ Peter L. Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2003, p. 164-165

¹⁷ Idem. “...la socialización primaria suele ser la más importante para el individuo [...] la socialización primaria comporta algo más que un aprendizaje puramente cognoscitivo. Se efectúa en circunstancias de enorme carga emocional”.

Colombiano se suma la interpretación particular del legislador penitenciario, quien tampoco la define pero señala los medios a través de los cuales se lograría dicha finalidad así: “El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”¹⁸.

En contra de lo establecido en la disposición anterior, la doctrina especializada ha señalado que “en particular, el trabajo y el estudio no constituyen mecanismos de resocialización... El estudio es más bien una forma de aprender un conocimiento y unas habilidades; el trabajo, un medio para procurarse el sustento material; ambos, no siempre, formas vitales de realización como persona. Cosas similares pueden afirmarse de la cultura, la recreación y el deporte, en cuanto que no son vías necesarias a la resocialización”¹⁹. “Al contrario, en la realidad social de la vida en prisión se realizan procedimientos secundarios muy particulares de aprendizaje, pero en las pautas de conducta y actitudes subculturales que son necesarias para sobrevivir en la cárcel y que tienen poco que ver con la resocialización”²⁰.

Sin embargo, la idea de la resocialización curiosamente se ha vendido con éxito en casi todos los países del mundo, tal vez porque de entrada hace pensar que se trata de una finalidad “humanitaria”, aunque analizada desde un punto de vista crítico no solo de humanitaria no tiene absolutamente nada sino que además dicha finalidad no pasa el examen del costo por beneficio.

La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, avala la finalidad preventivo especial de la resocialización en la etapa de la ejecución de la pena de prisión²¹, acogiéndola como la finalidad

más acorde con un Estado Social de Derecho, desconociendo o ignorando que ella apunta más a la violación de los derechos fundamentales de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad que cualquier otra, y suponiendo no solo que es posible “resocializar” al delincuente, sino que además ello sucede en las cárceles colombianas. Se le ha criticado a la Corte el hecho de que en su jurisprudencia “ha concebido su propia noción de resocialización, más parecida al concepto de “utilidad social”... el cual no justifica la pena, pero que en particular no tiene absolutamente nada que ver con la realidad de la vida penitenciaria, ni con los conceptos imperantes sobre la resocialización en la doctrina penal nacional o extranjera, la teoría sociológica y psicológica, o en las concepciones dominantes entre la mayor parte de los operadores que administran justicia, entre ellos, la Sala Penal de la Corte Suprema”²².

También Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia avala la finalidad resocializadora partiendo de las doctrinas deterministas del positivismo de principios del siglo XX totalmente revaluadas, que distan mucho de una posición realista y crítica acerca de los fines establecidos por la ley.²³

Al respecto se han señalado fundamentalmente las siguientes críticas: **primero**, la resocialización solo puede intentarse a través de la pena de prisión, lo cual excluye las otras penas (las pecuniarias, las de arresto domiciliario, e

hace énfasis en la prevención especial positiva y en la prevención general, sin abandonar del todo la retribución).

²² Germán Silva, *El mundo real de los abogados y de la justicia*, “las ideologías profesionales” Tomo IV, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 139

²³ *Ibidem.*, pp., 141 a 147 y 158. Desde un punto de vista sociológico se analizan las posibles funciones que cumple el discurso de la Corte Suprema de Justicia respecto a la resocialización, y se concluye que “De una parte, es un ejercicio de construcción social de la realidad, a partir de la receta o tipificación real del tratamiento penitenciario, construcción social que podrá tener un contenido vacío o irreal pero cuyos efectos sociales son completamente reales. Lo anterior nos lleva a considerar la segunda función de la jurisprudencia de la Corte, cual es la legitimación de las decisiones de prisionalización predicadas para aquellos individuos que internan en las prisiones o se mantienen en ellas so pretexto de la necesidad de resocialización y tratamiento penitenciario”.

¹⁸ Código Nacional Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, artículo 10.

¹⁹ Germán Silva García, *Ideologías punitivas y tratamiento penitenciario*, en *Revista Derecho del Estado*, nº7, diciembre de 1999, p. 177.

²⁰ *Ibidem.*, p. 187.

²¹ Corte Constitucional sentencia C-144 de 1997 MP. Alejandro Martínez Caballero. (en la que se

Aleyda Patricia
Horta

interdicción de derechos y funciones), y por lo tanto es insuficiente para justificar la pena en sentido general²⁴; **segundo**, la resocialización significa un retroceso en la evolución de la dogmática penal en el sentido de que apunta hacia un derecho penal de autor -que, se supone, ya superado- y no de acto; **tercero**, obedece a sistemas penales propios de los Estados totalitarios; **cuarto**, además de atentar contra algunos de los principios básicos del Estado Social de Derecho como son el del libre desarrollo de la personalidad (al imponer una educación basada en los valores dominantes), la dignidad humana (pues parten de la idea de que el sujeto es un ser desviado o anormal cuyo cuerpo y mente hay que domesticar), es imposible reeducar o resocializar al condenado dentro de la prisión²⁵. Esta última crítica se refiere más a la *función* de la resocialización que a ella como *fin* de la pena, y, al respecto se han formulado entre otras las siguientes críticas: “ 1. La resocialización exige reproducir condiciones similares a las requeridas por la socialización primaria, lo que es imposible; 2. Es irracional el propósito de enseñar a un individuo a vivir en sociedad por medio de su aislamiento de ella; 3. Los tratamientos propios de la resocialización requieren de su aceptación voluntaria, lo que no ocurre en las prisiones; 4. La resocialización parte de la admisión de condiciones de peligrosidad social en las personas, lo que no ha sido constatado; 5. El condenado finge acomodarse a las instituciones de la resocialización con el fin de obtener sus beneficios, pero como es obvio sin que la finalidad se realice de manera auténtica; 6. La educación y el trabajo penitenciario no resocializan; 7. La resocialización supone que la criminalidad es un acto que resulta de un estado de anomalía o de anormalidad en el delincuente, lo que ha sido refutado; 8. El delito es un producto social, por ende, la resocialización orientada a reinsertar al individuo en la sociedad equivale a reincorpo-

rarlo en las condiciones de la criminalidad; 9. La resocialización ha fracasado de modo palpable en sus objetivos”²⁶.

De las tesis de la prevención especial positiva se ha dicho igualmente que “al suponer una concepción del poder punitivo como <<bien>> metajurídico - el estado pedagogo, tutor o terapeuta- y simétricamente del delito como <<mal>> moral o <<enfermedad>> natural o social, son las más antiliberales y antigarantistas que históricamente hayan sido concebidas, y justifican modelos de derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado”²⁷.

Al igual que lo acontecido con la retribución, y con la prevención general, se ha hecho evidente la insuficiencia de la teoría de la prevención especial para justificar por sí sola la imposición de la pena, pues ésta en algunos casos no es necesaria (por ejemplo tratándose de delitos culposos), otras veces no será posible (como en el caso de los delincuentes habituales que no quieren o simplemente no pueden dejar de delinquir) y en ocasiones no será lícita (como sucedería al intentar resocializar a un sujeto que cometió un delito político, pues habría que imponerle por la fuerza la ideología política y los valores dominantes)²⁸.

3.1.3 Teorías mixtas o de la unión

Estas teorías surgieron ante la imposibilidad de las teorías absolutas y relativas para explicar suficientemente los fines de la pena, de manera que se caracterizan por tomar elementos de una y otra de las teorías, integrándolos a su conveniencia de tal forma que cualquier pena tenga fundamento en ellas. Algunas veces le dan prevalencia a las tesis retribucionistas y otras veces a las preventivistas. Dentro de los seguidores de esta última posición encontramos a Claus Roxin con su teoría unificadora preventiva dialéctica, en virtud de la cual el fin de la pena no debe ser de carácter retributivo, pues “si la pena debe imponerse sólo en tanto sea útil para la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos

²⁴ Ferrajoli, Derecho y Razón, Ob. Cit., pp. 271-273

²⁵ Idem., p. 271: “Represión y educación son en definitiva incompatibles, como lo son la privación de la libertad y la libertad misma que constituye la sustancia y el presupuesto de la educación, de manera que lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea lo menos represiva posible y por consiguiente lo menos desocializadora y deseducadora posible”.

²⁶ Germán Silva G. *La resocialización y la retribución, el debate contemporáneo sobre los fines y funciones de la pena*, cit., pp. 312-313.

²⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Ob. cit., p. 270.

²⁸ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal*, 4ªed., Barcelona, Edit. Muntaner, 1996, pp. 55-56

solo podría tener fines preventivos... se limita a su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivoespeciales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivogenerales”²⁹. Para Roxín, “el significado de la prevención general y especial se acentúa también de forma diferenciada en el proceso de aplicación del Derecho penal. En primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales (...) Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial...”³⁰.

Así mismo la teoría mixta “diferenciadora” expuesta por Schmidhäuser³¹, afirma que el legislador debe crear una pena que sirva para la defensa de la sociedad y al mismo tiempo que sea justa; los órganos encargados de la persecución del delito deben cumplir con la función de esclarecer el delito (búsqueda de la verdad) y al mismo tiempo poner al delincuente a disposición del juez guiado por el principio de igualdad y de la justicia; el juez debe imponer una pena justa considerando a su vez la prevención especial; los funcionarios de las prisiones le otorgarán a la pena la finalidad de ayudar al condenado a aprovechar el tiempo de cumplimiento, o de resocializarlo, y por último la sociedad deberá reconciliarse con el penado acogiéndolo en su seno.

Se observa en las teorías mixtas una combinación de conceptos que lejos de darle una solución coherente a los problemas que presenta cada teoría en particular conlleva a una total indefinición acerca de los fines, agrupándolos de tal forma que, dependiendo de cada caso en concreto, el operador jurídico y hasta el ejecutor de la pena se puedan servir de cualquiera de ellos según su propia ideología o conveniencia.

Lo anterior resulta evidente en el caso colombiano, donde el legislador establece como

“funciones”³² de la pena (Código Penal art. 4º) las de prevención general, retribución “justa”, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Y a continuación, establece que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Semejante disparidad legal se manifiesta, por ejemplo, en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia quien en sentencia de casación penal del once de febrero de 2003, M.P. Fernando Arboleda Ripoll, sostuvo: “... no puede olvidarse que aún cuando la pena, en su fase de ejecución tenga principalmente un propósito resocializador, ello en manera alguna significa que no tenga también asignada la función de prevención general, pues una y otra finalidad apuntan a garantizar principios básicos del Estado social y democrático de derecho, tales como la vigencia del ordenamiento jurídico, la convivencia, la paz y la solidaridad, entre otros valores sociales, sin que, por supuesto, se desconozca la tensión que entre ellos se genera y la resolución que a ella debe darse en razón de las particularidades del asunto”.

Así mismo, este tribunal en casación No. 166527 del 25 de junio de 2002, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote, dijo: “Al juez, por lo tanto, no le es dable pretextar anticipadamente la prevención general, la especial, o la retribución, en forma absoluta, imperioso resulta hacer un ejercicio que le permita en cada caso observar la concurrencia equilibrada de cada una de las funciones que debe cumplir la pena, más aún cuando a partir de la Ley 599 se incluyó dentro de éstas la “protección al condenado En cada caso concreto, deben conciliarse las diversas funciones que en principio pudieran aparecer como opuestas, antagónicas o excluyentes, pues pretender hacer prevalecer el sentido que con la consagración de todas ellas se busca, a través de la escogencia de sólo una sin atención a las demás, no consultaría la integridad de la función punitiva”.

²⁹ Claus Roxín, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1997..., p. 103

³⁰ Roxín, cit., p. 97.

³¹ Schmidhäuser, *Vom Sinn*, pp. 80 ss, citado por Mir Puig, Ob., cit., p. 59.

³² Llo que en realidad son *fines*, dado su contenido axiológico y su carácter prescriptivo, en contraposición a la naturaleza descriptiva y verificable en la realidad que poseen las *funciones*, tal como lo exponen Ferrajoli en “Derecho y razón” cit. p. 322, y Silva García en “La resocialización...” cit. pp. 308-310.

Aleyda Patricia
Horta

La Corte Constitucional también acoge en su jurisprudencia las teorías mixtas³³. En la sentencia C-430 de 1996, MP. Carlos Gaviria, dijo que “la pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”.

La imprecisión conceptual del derecho penal sustancial también se refleja en el procedimental³⁴, donde se pueden observar las diferentes doctrinas a lo largo del proceso. Por ejemplo, los criterios para imponer la restricción de la libertad presentan finalidades absolutas y relativas³⁵; la posibilidad de adelantar el proceso aún en caso de contumacia, le da prioridad a la verdad (retribucionismo) sobre las garantías y los demás principios; y, que no decir de los criterios tenidos en cuenta al momento de decidir los beneficios o subrogados penales, donde es evidente la influencia de las distintas tesis de la prevención especial sobre el pensamiento de los operadores, a quienes la ley les da un amplio margen de discrecionalidad para interpretar los elementos subjetivos (personalidad del reo, su conducta en prisión, sus antecedentes personales, sociales y familiares)³⁶ que se consideran relevantes

³³ Sentencia C- 430 de 1996, en la que la Corte adopta una postura mixta para explicar las distintas finalidades de la pena (en la conminación legal, preventivo general; en la imposición retributiva; en la ejecución, preventivo especial).

³⁴ Dario Bazzani M., *Teoría de la pena y proceso penal*, en las Memorias de las XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp., 9-20

³⁵ El Código de Procedimiento Penal establece en su artículo 296 que la libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia (preventivo especial), o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso (única finalidad constitucional art. 250, de corte preventivo especial), la protección de la comunidad y de las víctimas (preventivo especial negativa), o para el cumplimiento de la pena (retribucionista).

³⁶ Dario Bazzani M. *Teoría de la pena y proceso penal*, cit., p. 20. Igualmente, Germán Silva *El mundo real*

para determinar la necesidad de tratamiento penitenciario.

De entrada podríamos decir que la asunción por parte del legislador penal de una posición ecléctica sobre los fines de la pena puede ser el primer factor en el caos de todo el sistema, pero a partir de ahí el problema empieza a agravarse cada vez más, cuando la mezcla de finalidades, algunas de ellas contradictorias y excluyentes entre sí, son interpretadas de diferentes maneras por los operadores jurídicos, abogados, fiscales, jueces y magistrados, quienes ante la falta de claridad legal hacen uso de toda su creatividad ideológica para explicar que fue exactamente lo que quiso decir la ley.

Como si toda esa disparidad legal, doctrinal y jurisprudencial en la materia no fuera suficiente, los agentes penitenciarios por su parte, presentan distintas tendencias en cuanto a su concepción acerca de los fines que se deben lograr al ejecutarse la sanción penal.

3.2 El agente penitenciario o “Guardián”

Más allá de toda la abstracción de las ideas de los teóricos y de los juristas al respecto, qué piensa el directo ejecutor de la pena? Cuál es su conocimiento acerca de los fines de la pena? Es consciente de la enorme responsabilidad que tiene en el cumplimiento y en la realización de las directrices señaladas por la ley? Cree en la aplicabilidad y en la efectividad de dichas normas? Cuál es su manejo conceptual y cuál su perspectiva de acuerdo con su experiencia profesional en la materia? De la respuesta a éstas cuestiones depende en gran medida el hecho de que todos los esfuerzos realizados por legisladores, operadores jurídicos y doctrinantes no sean simples quimeras sino que se ejecuten y puedan ser verificados en la realidad. Sin embargo, éste ha sido un campo totalmente inexplorado y absurdamente subestimado, lo cual sumado a la falta de precisión y de claridad conceptual de la ley abre paso a la subjetividad de todos aquellos que intervienen en la dinámica de la ejecución de la pena.

Una vez el juez determina que a una persona debe serle restringida su libertad, como medida

precautelativa o como ejecución de la condena, ésta es conducida hacia una institución que constituye el capítulo más oscuro, desconocido y patético de todo el derecho penal: la cárcel.

En Colombia no se vivió todo aquel proceso que se inició en Europa hacia el siglo XVI, y que posteriormente se desarrolló en Norteamérica a partir del siglo XVIII dando como resultado lo que hoy conocemos como el establecimiento penitenciario. La institución de la prisión, como muchas otras en nuestro país debido a la colonización, es un producto importado que aún está en evolución.

En las leyes de Indias que nos rigieron antes de la independencia, si bien existía la prisión, sus fines eran meramente de aseguramiento y custodia del procesado. Luego de la independencia, en el primer Código Penal colombiano redactado por el Congreso de la República el 27 de junio de 1837, que adoptó el modelo del Código Francés de 1810, se establecen nuevamente penas privativas de la libertad, pero éstas solo adquieren verdadera importancia en el siglo XX cuando se crea la primera colonia penal (1906); la primera Dirección General de Prisiones y las primeras normas de operación de la cárcel como sanción penal (1914); la Escuela Nacional Penitenciaria (1964), influida por las doctrinas italianas de principios de siglo; el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, en sustitución de la Dirección Nacional de Prisiones (1992); y, finalmente se aprueba el Código Nacional Penitenciario y Carcelario del país, con la Ley 65 de 1993

El Estado encomendó la administración y vigilancia de la cárcel a un individuo muy singular, que es como un híbrido entre: el militar, el maestro, el padre o la madre, el orientador y el policía, y, por supuesto, ninguno de los anteriores, éste es el agente penitenciario, comúnmente llamado “el guardián”.

Los guardianes son de dos tipos: los que conforman el personal administrativo y los pertenecientes al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional son éstos últimos quienes tienen la misión de mantener y garantizar el orden, la seguridad, la disciplina y el cumplimiento de los programas de resocialización en los centros de reclusión, la custodia y vigilancia de los internos, la protección de

sus derechos fundamentales y otras garantías establecidos en la Constitución, en la ley, en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia, y en general quienes deben asegurar el normal desarrollo de las actividades en los centros de reclusión. Según el artículo 117 de su estatuto, es “un organismo que cumple un servicio esencial del Estado, armado, de carácter civil y permanente, al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, e integrado por personal uniformado, jerarquizado, con régimen y disciplina especiales”, y para ejercer sus funciones, continúa el estatuto, “sus miembros recibirán información, capacitación, complementación, actualización y especialización en la Escuela Penitenciaria Nacional”.

Para hacer parte del Cuerpo de Custodia y vigilancia es necesario acreditar los siguientes requisitos: ser colombiano, tener más de dieciocho (18) años y menos de veinticinco (25), ser soltero y permanecer como tal durante el curso, ser bachiller y haber presentado los exámenes de Estado, tener definida su situación militar, demostrar excelentes antecedentes morales, personales, y familiares, no tener antecedentes penales ni de policía, obtener certificados de aptitud médica y psicofísica, aprobar el curso de formación en la Escuela Penitenciaria Nacional, y finalmente, ser propuesto por el Director de la Escuela Penitenciaria con base en los resultados de la selección al Director Nacional del INPEC.

El Cuerpo de Custodia y Vigilancia está compuesto por: oficiales, suboficiales, dragoniantes y dragoniantes distinguidos, alumnos, y bachilleres auxiliares que prestan el servicio militar en la institución.

Son ellos quienes están en contacto directo con los internos, y cuyo pensamiento acerca de las funciones que les han sido encomendadas se desconoce. Para intentar una comprensión íntegra de todo el fenómeno, se realizó una investigación empírica basada en 41 entrevistas en profundidad con el objeto de encontrar las diferentes tendencias en su pensamiento.

En la investigación se encontró que el conocimiento sobre el tema es totalmente insuficiente, a pesar de que en la Escuela Penitenciaria les dan una información somera acerca de los fines de

Aleyda Patricia
Horta

la pena.³⁷ Su fuente de conocimiento legal más próxima es el Código Nacional Penitenciario en donde se establece en su artículo 9º que: “La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización”, así que, de entrada para poder conocer acerca de la existencia de las demás finalidades (retribución, prevención, y reinserción social) deben remitirse al Código Penal, que tampoco las define, pero además tal remisión no ocurre en realidad pues la mayoría de los guardianes considera que “dichos temas son solo para abogados”.

3.2.1 El imaginario del guardián sobre los fines de la pena

A pesar de que ninguno de los entrevistados definió correctamente los fines de la pena, pudo establecerse que la orientación ideológica de los agentes penitenciarios al respecto se divide principalmente entre la resocialización (como rehabilitación o readaptación social), y la retribución (como castigo y reparación). Sin embargo, entre éstos dos fines la aprobación mayoritaria la obtuvo el primero, con el argumento del supuesto carácter benévolo de dicha finalidad y criticándose únicamente la falta de medios y de instrumentos para poder alcanzar tan “noble” fin. Fueron muy pocos los casos en los que se observó un espíritu crítico en esta materia, en realidad hubo solo tres casos aislados en los cuales se señaló la imposibilidad de resocializar a una persona, y sobre todo dentro de un establecimiento penitenciario, aunque como era de esperarse (atendiendo al grado de escolaridad de los agentes que en su mayoría solo alcanzan el bachillerato, y, unos cuantos profesionales, no todos en lo jurídico) ninguno se refirió al carácter antiguarantista o determinista de dicha finalidad, ni lo harán mientras así no lo entiendan primero sus instructores, los operadores jurídicos y por supuesto, el legislador.

³⁷ El Pénsum o programa de estudios de la Escuela Penitenciaria, cuyo contenido general aparece en la página de internet del INPEC [www.inpec.gov.co] lo constituyen principalmente las siguientes áreas: nuevas tecnologías correccionales, legislación penitenciaria, control interno en las entidades del Estado, preparación física, mando y dirección, administración de riesgos, aseguramiento continuo de la calidad entre otras.

Sobre la retribución, los agentes que dicen saber en que consiste desconocen toda la evolución teórica del concepto, de manera que cada agente se limita a tomar una sola de las posturas doctrinales que obedecen a dicha evolución como si fuese la única que existe. Mayoritariamente mencionaron el castigo, en segundo lugar la proporcionalidad que debe existir entre el delito cometido y la pena a imponer, y sólo unos cuantos hicieron alusión a la reparación o indemnización a las víctimas.

La primera tipología de pensamiento es la de los agentes que consideran que la pena de prisión debe lograr la finalidad de imponer un castigo al infractor de la ley. En términos generales los agentes que hacen parte de ésta tipología son partidarios de que la cárcel sí logra ese fin en la medida en que la privación de la libertad de locomoción inflige un dolor al interno y que ésa privación le sirve al infractor para “pagar su pena” y para “ponerse en paz con la sociedad”.

Sin embargo, los detractores de la efectividad de este fin argumentan que la reincidencia se debe fundamentalmente al hecho de que la pena de prisión para algunos internos no constituye un castigo porque, según ellos, en la cárcel los internos tienen todo lo necesario para subsistir, tienen un techo donde dormir, alimentación, salud, y recreación, y más bien la prisión se convierte en un modo de vida, una oportunidad que la sociedad no les brinda para sobrevivir, por eso, dicen los guardianes, es común ver como algunos de los internos que salen en libertad dejan encomendadas sus pertenencias a sus compañeros de celda “para cuando regresen”.

La segunda tipología es la de los agentes que consideran que la retribución justa significa proporcionalidad entre el delito cometido y la pena a imponer. Frente a la efectividad de ella, los agentes se muestran muy escépticos. En efecto, se considera que la ley penal colombiana es muy flexible en cuanto a la punibilidad de los delitos, y, se destaca la necesidad de imponer penas que realmente se ajusten a la gravedad del delito, pues en muchas ocasiones, afirman los agentes, se imponen penas muy altas para delitos menores y penas risibles en los casos de delitos atroces.³⁸

³⁸ Algunos agentes resaltan lo que está sucediendo actualmente en Colombia respecto de grupos

Con respecto a la proporcionalidad que en términos generales debe existir entre la tipificación de los delitos y su punibilidad, y ante la preferencia del Código por la pena de prisión sobre las demás penas, se les preguntó a los agentes si consideraban que la pena de prisión debe ser la pena principal por excelencia, y la mayoría respondió afirmativamente argumentando que a través de ella se puede lograr la resocialización, sin embargo en igual proporción algunos manifestaron que el tipo de pena debe corresponder al tipo de delito y que si, por ejemplo, el sujeto cometió un delito contra el patrimonio económico la pena debe apuntar a la afectación de su propio patrimonio más que a la restricción de su libertad. Se encontró igualmente dos tendencias minoritarias, la primera es la de los que creen que la ley penal debería endurecer las penas estableciendo incluso la pena de muerte; la segunda por el contrario, piensa que deberían aumentarse las condenas al pago de multas, los arrestos domiciliarios, y las demás penas alternativas quitándole el protagonismo a la pena de prisión.

La tercera tipología es la minoritaria y está conformada por aquellos agentes que entienden la retribución en su más reciente acepción, esto es, como la reparación o indemnización a las víctimas del delito. Estos agentes destacan la importancia de las penas pecuniarias, pero ante la posible falta de capacidad económica de los condenados la mayoría ve de nuevo a la prisión como la única salida. Aunque algunos agentes sugieren la implementación de penas alternativas como por ejemplo el trabajo comunitario. Llama la atención que muchos de éstos agentes consideran que la reparación no sólo debe favorecer a las víctimas sino también a la sociedad en general, por ejemplo un agente sugirió que ante delitos de falsedad en documento público se condenara al autor a una pena en beneficio de la comunidad como el aseo de un parque o de un barrio por un tiempo determinado.

armados al margen de la ley, para quienes se están creando leyes de alternatividad penal que darán un tratamiento “más suave” a los autores de delitos políticos que se acojan a los programas de reinserción que promueve el Gobierno Nacional, entre ellas por ejemplo, la Ley 782 de 2002, que en sus artículos 19 a 30 establece ciertos beneficios como el indulto y la Ley 975 de 2005 sobre Justicia y Paz.

Los guardianes entrevistados por regla general desconocen los conceptos de prevención general y especial³⁹, y previendo esto se les formuló una serie de preguntas que presentaban los principales postulados de éstas teorías y se encontró una tendencia hacia la finalidad de la intimidación a la población para que no delinca (prevención general negativa), otra hacia el aislamiento del sujeto o su eliminación (prevención especial negativa), y finalmente hacia la “resocialización” (prevención especial positiva). Nótese en éste punto que ninguno de los entrevistados manifestó siquiera mínimamente una opinión sobre la prevención general positiva, inexistente en el imaginario del guardián.

Al preguntarles a los guardianes si la pena de prisión cumplía en realidad esa finalidad de la intimidación se encontró una gran disparidad en sus respuestas, que se podrían agrupar en cuatro tipologías de pensamiento.

La primera tipología es la de aquellos agentes que consideran que la pena de prisión sí intimida a la sociedad, pero no intimida en la misma forma a todos los sujetos que la integran. Señalan que por lo general la pena de prisión intimida a las personas que los agentes consideran “buenas” o “de bien”, es decir, aquellas que nunca han conocido una cárcel porque nunca han delinquido, o que si bien llegaron a la cárcel en calidad de detenidos están allí injustamente o son detenidas por haber delinquido bajo alguna causal de justificación y no contaron con un buen abogado que las hubiera defendido adecuadamente, o, finalmente son personas no reincidentes que delinquieron en circunstancias extremas y excepcionales pero que, según los agentes, pueden convivir en sociedad sin volver a hacerle daño a nadie.

La segunda tipología la conforman los agentes que piensan que la pena de prisión no cumple esa finalidad de intimidar a la sociedad para que no delinca, y sus argumentos tienen que ver directamente con el tema de la reincidencia.

³⁹ Fuente: entrevistas. Respecto de la prevención general algunos manifestaron cosas como las siguientes: “es que a uno lo mentalicen para que no caiga en el delito”, es como darle un consejo a la persona para que no delinca”, “hace referencia a los problemas psicológicos o de sanidad”, y, “es lo que se aplica a los inimputables”.

Aleyda Patricia
Horta

En éste punto consideran que es necesario diferenciar entre quienes delinquen por necesidad y quienes son profesionales en el delito. Los primeros son los internos pertenecientes a los estratos sociales más bajos e incluso aquellos que viven en la indigencia, quienes recurren al delito para satisfacer sus necesidades básicas de subsistencia. A éstos, según los agentes, no los intimida la cárcel porque por el contrario en ella encuentran una vivienda, alimentación, salud, recreación, y, eventualmente una ocupación (que puede ser legal como la de los talleres que se dictan dentro de los programas educativos de la cárcel, o ilegal como el expendio de alcohol y sustancias alucinógenas). Dentro de este grupo también se encuentran muchas madres cabeza de familia que recurren a la delincuencia para poder alimentar a su familia⁴⁰ y si bien la cárcel como tal puede no intimidarlas para evitar que cometan los ilícitos, sí constituye una amenaza el hecho del encierro y por lo tanto hacen lo posible por evadir a las autoridades después de consumado el hecho.

De otro lado están los internos que los guardianes consideran “profesionales en el delito”. Estos pueden ejercer de manera independiente o pertenecer a bandas de delincuencia tanto de bajo como de alto perfil. Aquí entraría desde el ladrón o raponero de la calle, hasta el delincuente sofisticado o “de cuello blanco”. Es el interno que ve en la delincuencia un modo de vida, y que por lo mismo es probable que registre varias entradas a la cárcel, y que conozca todos los beneficios por colaboración con la justicia, es decir, es aquel interno que se mueve como pez en el agua en todo lo que tiene que ver con la prisión y con la evasión del

castigo. Los agentes dicen que estos sujetos por regla general no le temen a la pena de prisión, sin embargo, casi todos coinciden en afirmar que existen unos pocos establecimientos penitenciarios que sí pueden intimidar incluso al más osado de los delincuentes, éstos son los establecimientos de mediana y alta seguridad, dentro de los cuales destacan La Cárcel de Cómbita en Boyacá, La Cárcel de Valledupar, y La Colonia Agrícola de Oriente, donde aseguran existe un régimen extremadamente estricto y donde, según ellos, es plausible el enorme parecido que se ha alcanzado con las cárceles estadounidenses.

La averiguación reveló que la finalidad que los agentes creen conocer y entender mejor que las demás es la resocialización, sin embargo, sus explicaciones al respecto son deficientes. Esta finalidad es básicamente entendida como una rehabilitación, como si la delincuencia fuera una “enfermedad” que debe tratarse con la prisión como medicina y utilizando diversos medios o instrumentos dentro de los cuales, según la mayor parte de los entrevistados, la educación y el trabajo serían los principales factores resocializadores seguidos por la disciplina, la formación espiritual, la recreación y el deporte.⁴¹ Sin embargo, para los agentes, los recursos con los que cuentan para rehabilitar a los internos son insuficientes y en algunos establecimientos penitenciarios inexistentes, aunque algunos reconocen que, en todo caso, en los eventos en los cuales se han implementado dichos “instrumentos resocializadores” su eficacia no ha llenado las expectativas planteadas, pues ni se ha reducido considerablemente la delincuencia ni se ha eliminado la reincidencia.

La mayoría de los agentes coincide en afirmar que la prisión debe seguir siendo la pena principal respecto de las demás establecidas en el Código Penal pues consideran que a través de ella es posible educar y capacitar a los internos para el ejercicio de una arte u oficio que les permita enrolarse en un empleo al salir de la prisión, sin embargo la mayoría de ellos confiesa que la educación y el trabajo intracarcelarios son simples quimeras.

⁴⁰ Al respecto, la Agente No. 16 del Buen Pastor manifestó lo siguiente: “Yo no creo que la cárcel cumpla esa función de intimidar a la sociedad. Lo que pasa es que la cárcel es el reflejo mismo de la sociedad sino que aquí lo tenemos todo junto. La gente no le tiene miedo a venir aquí a la cárcel, la gente dice: “yo por mis hijos, por mi familia me meto al narcotráfico, mato, robo, hago lo que sea, porque mi familia está aguantando hambre, no tengo con qué subsistir ni con qué darles educación, prefiero ir a la cárcel pero que mis hijos estén bien”, eso es lo que uno les escucha decir....Uno si ve un poco la diferencia entre los internos y las internas, porque en ellas sí juega mucho el sentimiento hacia los hijos, por eso las mujeres aquí son mucho más pacíficas, aquí yo creo que el 80 o 90% son madres”.

⁴¹ Guardando coherencia con lo establecido por el artículo 10 y siguientes del Código Nacional Penitenciario y Carcelario

Además, bien se ha dicho que la educación y capacitación en un oficio o trabajo no puede constituirse en una finalidad de la pena de prisión⁴², porque si se interna en un establecimiento carcelario a una persona con el *fin* de que ésta se eduque o se capacite pues debería internarse una buena parte de la población colombiana que no tiene acceso a los planteles educativos y que igualmente ve mermadas sus oportunidades laborales ante la falta de capacitación. Los fines justifican y no se puede justificar la pena de prisión por el hecho de que en ella se educa o se capacita a la gente. Al respecto resulta más realista y coherente la posición minoritaria de algunos agentes que ven la utilidad del trabajo y de la educación intracarcelarios en el hecho de que mantienen a unos cuantos internos ocupados (no a todos debido a que mantenerlos ocupados a todos acarrearía enormes gastos que el Gobierno no estaría interesado en asumir teniendo en cuenta los insignificantes resultados económicos y políticos que recibiría a cambio por ello, y además teniendo que afrontar un desempleo del 11.3%⁴³ entre la población que está por fuera de las cárceles, en quienes, para el Estado, sí valdría la pena invertir), lo cual contribuye al mantenimiento del orden y a la disminución de los problemas que se derivan del encierro. Pero sobretodo, dichos instrumentos “resocializadores” son más bien instrumentos que sirven para evitar la desocialización que puede generar el encierro.

Debido a que el estatuto penitenciario menciona a la disciplina y la religión como instrumentos resocializadores, se les preguntó a los guardianes cuál era su influencia en el tratamiento penitenciario. Respecto de la religión, algunos agentes manifestaron que éste elemento sí influye en la rehabilitación de los internos, otros señalaron lo contrario y dentro de éstos últimos un grupo de agentes manifestó que los internos solamente utilizan el tema de la religión para obtener beneficios como por ejemplo descuento o redención de pena por ir a cultos o a misas, así

⁴² Germán Silva García, Ideologías punitivas y tratamiento penitenciario en la justicia, en Revista Derecho del Estado N° 7, diciembre de 1999, p. 181.

⁴³ Cifras del DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estadística) para el mes de agosto de 2005.

como la obtención de obsequios que les llevan misioneros a la prisión sólo por hacer parte de dichos grupos.

La disciplina, para los agentes penitenciarios, consiste en un conjunto de normas y reglamentos que sirven, en primer lugar, para garantizar el orden y la armonía dentro del establecimiento; como segunda medida para crear hábitos más sanos y productivos; y en tercer lugar, la disciplina puede ser entendida como un sistema de premios y castigos. El agente número 10 de la Cárcel Modelo lo explica de la siguiente manera: “Aquí la disciplina sirve para que haya control, armonía, y orden. La idea es que les sirva porque a la mayoría les faltó disciplina y control en sus familias, desde sus hogares, pero ellos ya están grandes, es muy difícil, ellos sienten la disciplina es como un castigo, uno les dice hagan la fila para pasar por la comida, ellos lo sienten es como un castigo, como dicen en su jerga: como una “terapia”.

Al llevar a cabo las tareas que impone la “resocialización”, o mejor, la reeducación o rehabilitación, los guardianes asumen toda una serie de roles frente a los internos. Al interrogárseles acerca de su rol específico mencionaron: el rol de la autoridad, el de colaborador u orientador, el de profesor, el de madre (en el caso de las guardianas), el de amigo o confidente, psicólogo, asesor jurídico, corrector, vigilante, y en algunos casos respondieron que deben asumir varios roles que varían según el lugar en el que se encuentren: en los talleres, en garita, en los pasillos, en remisión, etc. El nivel económico, social y educativo del interno también sería relevante en este punto, como lo expresó un agente que confesó dar un trato diferente a cada interno así: “Mi relación con los internos es una relación doble. Uno no puede confiar en nadie, ellos siempre están pensando en sus intereses, como ellos dicen: ‘en voltiar al comandante’. Hay que darles confianza pero igualmente asumir el rol de la autoridad. Custodiar y vigilar pero al mismo tiempo colaborarles. Eso también depende del interno. Aquí hay narcos (son más educados), guerrillos, paras, delincuentes, sicarios, violos, ñeros (con ellos si toca a las malas). Depende del nivel de educación el tratamiento que se les da”.

La tendencia mayoritaria fue hacia la asunción del rol de la autoridad y el de vigilante, seguido

Aleyda Patricia
Horta

por el de profesor u orientador, y en tercer lugar figura la tendencia a asumir distintos roles dependiendo del lugar. Dentro de ésta última tendencia se encontró que algunos agentes asumen los roles de amigo, confidente, corrector y madre pero cada uno de éstos roles no representan por sí mismos una tendencia y por lo tanto pueden considerarse casos aislados. Así como el caso del agente que aseguró que muchas veces les toca actuar como psicólogos si el interno está deprimido o incluso como asesores jurídicos si el interno no tiene defensor o si éste nunca hace presencia y el sujeto desconoce sus derechos.

Con la investigación se constató la asunción por parte de los agentes de toda una serie de roles que no les corresponden y para los cuales no están preparados, cuando su función debería consistir simplemente en la vigilancia, el control y el manejo del tiempo de los internos.

De otro lado, la averiguación arrojó una sorpresa. Teniendo en cuenta que en la “resocialización” juega un papel importante el examen de la personalidad del interno para determinar la necesidad del tratamiento penitenciario, se encontró que la mayoría de los agentes entrevistados no cree en la existencia de una personalidad criminal, lo cual resultó ser una respuesta inesperada pues reveló que los ejecutores de la pena a pesar de estar menos capacitados académicamente, son menos peligrosistas que muchos operadores jurídicos que fundamentan sus decisiones judiciales condenatorias con argumentos deterministas dotados de un subjetivismo total y carente de sustento teórico y científico⁴⁴. En las entrevistas se encontró que los guardianes relacionan la delincuencia con las condiciones sociales, culturales y económicas en las que viven los sujetos, más que con las condiciones naturales, biológicas o genéticas. Esas mismas condiciones que generan la delincuencia son, para los agentes, las mismas que junto con el rechazo social imposibilitan la reinserción social del pospenado, y que generan la reincidencia en el delito.

A pesar de que la doctrina asocia la reinserción social con la resocialización, se encontró que los

agentes penitenciarios entienden ésta segunda finalidad como el tratamiento y aquella como el acto de reinserirse al seno de la sociedad, y, por ello al hablar de reinserción social mencionaron todos los problemas que debe afrontar el condenado al salir de prisión.

Se considera que las principales consecuencias que se derivan del haber estado en prisión son: el miedo al rechazo social, la estigmatización, y la internalización de ese estigma que se gesta desde el momento en que se ingresa a esa subcultura de la cárcel, que muchas veces hace que los internos adquieran los hábitos, la jerga, la expresión corporal, y los vicios que encuentran en ella. Sin embargo, el mayor obstáculo que los guardianes encuentran para la efectividad de la reinserción social es el rechazo que la sociedad ejerce sobre el pospenado. Los agentes argumentan que la sociedad por regla general excluye y discrimina a las personas que han estado en prisión, sean culpables o inocentes, no les dan trabajo, no los quieren de vecinos, les cierran todas las puertas y con ello toda posibilidad de reinserirse.

También aparece como una consecuencia directa de la reclusión la pérdida de sus familias, sobre todo los guardianes de la cárcel de mujeres hacen énfasis en esto, pues aseguran que la gran mayoría de las internas son madres y en gran porcentaje son cabeza de familia, de manera que la pena de prisión en esos casos sólo agrava la situación de éstas mujeres.

Finalmente, algunos guardianes aducen como finalidades, entre otras, las de protección a la sociedad, concientización o reflexión sobre la conducta, resarcimiento *a la sociedad* por el daño causado, y la enseñanza de un trabajo u oficio, poniendo de manifiesto que la falta de instrucción acerca de lo establecido por ley penal en esta materia deviene en la aplicación de una serie de “finalidades” no señaladas por ella sino por la apreciación subjetiva de cada agente penitenciario.

Un punto que constituye una de las principales críticas a la institución de la prisión es el hecho de que pueda representar una ‘escuela del delito’, pues en ella los delincuentes tienen todo el tiempo disponible para instruir a los otros (sean culpables o inocentes) en el perfeccionamiento de su arte. Casi todos los agentes admiten que dicha crítica no es

⁴⁴ Germán Silva García, *El Mundo real de los abogados y de la justicia* Tomo IV, Ob. cit. Pp. 140 a 150

infundada. Sin embargo, se encontró con sorpresa que la gran mayoría de los guardianes entrevistados coinciden en afirmar que desde hace aproximadamente dos años ésta situación ha cambiado, y que el cambio se debió a las nuevas políticas del Gobierno, de la Dirección Nacional de la institución y al manejo de la guardia que decidió poner fin al desorden y al caos que reinaba en las cárceles colombianas. Así mismo aseguran que se ha visto un cambio en los mismos internos quienes conscientes de su situación se ven obligados a evitarse más problemas tratando de convivir en paz. Esta posición la resume el agente número 18 de la Cárcel Nacional Modelo de la siguiente manera: "...En este momento hay muchos pactos entre ellos, para no agredirse... O si no los mismos internos dicen que los caciques los "arriaron" es decir, aquí los sacan del patio porque no pueden convivir, entonces ellos se lo entregan a uno y le dicen: éste ya no puede convivir, en vez de golpearlo, porque es una política en la que la Modelo ha cambiado, es una política muy buena, en vez de herirlo, golpearlo matarlo, más bien 'lo bajan', el famoso cambuche son su cobija y su colchón, ellos lo recogen y lo bajan, lo entregan al comandante del pabellón. Entonces a uno le toca ir mirar dónde lo pone, donde lo reciben o si no también le toca brindarle seguridad, eso es un problema con los mismos delincuentes, entre ellos mismos, pero es mejor así porque yo estuve en ésta cárcel hace 5 años donde eso era de a 2 o 3 muertos diarios, era tremendo, y ya a ido hasta cambiando el pensamiento de la delincuencia, se han ido tan reeducando que ya hacen eso, ni un herido. Y eso se está extendiendo a las demás cárceles, pero es un cambio tremendo. El año pasado por ejemplo sólo hubo un muerto en una población de 5000 internos y eso porque fue un loco. Eso se debe a que la delincuencia está cansada entre ellos mismos también...".

No obstante, la mayoría de los agentes admite que, a pesar de que ha disminuido la delincuencia al interior de la cárcel, la crítica que se le hace por constituirse en escuela del delito no es infundada, y, señalan, que ello es consecuencia directa de la desidia del Gobierno en materia penitenciaria que se hace evidente ante la falta de políticas penales serias y en la escasez de recursos con que cuenta el Inpec que no le per-

mite construir más y mejores cárceles que estén dotadas de todos los medios que ellos consideran resocializadores. Igualmente, los guardianes en su mayoría advierten la escasez de personal en la guardia, la falta de dotación y de capacitación sobre las materias que les competen, así como las difíciles condiciones salariales y prestacionales en las que se encuentran.

Conclusiones

La ley penal y penitenciaria señala todo un catálogo teleológico para justificar la imposición de la sanción penal. Se establecen como fines de la pena, aunque denominados funciones, los de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social, protección al condenado, y, en materia penitenciaria finalmente la mal denominada resocialización. De lo anterior se observa que el legislador colombiano asume una posición ecléctica sobre los fines de la pena, mezclando finalidades contradictorias y excluyentes entre sí como lo han sido tradicionalmente la prevención y la retribución, y estableciendo otras imposibles de realizar como la resocialización.

Esta posición y la ausencia de una conceptualización expresa que permita comprender el alcance de dichos fines, hacen que la ley sea interpretada de distintas maneras por los administradores de justicia al momento de fundamentar sus providencias y que el agente penitenciario, guardando coherencia con lo anterior, ejecute eso mismo: confusión.

Sin embargo en sede de ejecución la situación es aún mas compleja que en las dos instancias que la preceden (conminación legal e interpretación y aplicación de la ley) debido a la falta de capacitación de los guardianes acerca de los fines que deben orientar el cumplimiento de sus funciones.

El desconocimiento de los guardianes acerca de los fines de la pena tiene varias causas: pero apunta principalmente al desinterés del gobierno para establecer e informar una política penal seria y definida que organice a las distintas instancias que intervienen en la producción y aplicación de la sanción penal en torno a los mandatos constitucionales de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Aleyda Patricia
Horta

Sin una orientación ideológica clara que defina la manera en la cual deben cumplir con su misión, los agentes ejecutan la pena ciegamente y según su propia ideología desconociéndose los parámetros que deben determinar el cumplimiento de las sanciones penales que debe imponer el Estado, y desconociéndose el principio de legalidad en virtud del cual las penas deben establecerse clara y expresamente en la ley con anterioridad a la comisión del hecho punible, pues, tal como están las cosas en materia penitenciaria, con la sentencia condenatoria el juez le da un cheque en blanco a la administración penitenciaria para que ella ejecute lo que alcanza a interpretar en medio del caos político, legislativo y judicial.

En efecto, la formación profesional del guardián está orientada más hacia la seguridad y la vigilancia que al cumplimiento de los fines propuestos por el legislador penal, los cuales lejos de ser los objetivos a alcanzar se convierten en simples catálogos filosóficos cuya aparente abstracción los transforma en utopías.

Como se advirtió anteriormente, el problema del desconocimiento de los fines de la pena por parte de los ejecutores de la misma, y su confusión, obedece a la falta de instrucción sobre esta materia, pero se ha querido resaltar que no se trata solamente, como podría pensarse a simple vista, de un problema de capacitación de la guardia. El problema viene desde el momento de la conminación legal en la cual el legislador penal adopta una postura ecléctica en la materia estableciendo fines contradictorios y excluyentes entre sí que dan al traste con la necesidad de dar una sola orientación ideológica coherente a esta rama del derecho.

Para que el Derecho Penal sea legítimo en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, es necesario que esté fundamentado en unos objetivos claros y coherentes cuyo contenido racional cuente con el respaldo o con la aceptación de los gobernados y que justifiquen la imposición de una sanción penal limitadora de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. La pena debe buscar una o varias finalidades definidas y sobre todo no excluyentes entre sí que le resten a los operadores jurídicos y a los ejecutores de la misma la posibilidad de ejercer un poder discrecional que pueda deslegitimarla. Pero más aún, la finalidad que orienta al derecho penal y a la pena debe corresponderse

con las funciones que se cumplen y que pueden ser verificadas en la realidad penitenciaria para que esa legitimidad de los fines no sea desvirtuada por la ilegitimidad de sus funciones o consecuencias lo que conllevaría a su vez la ilegitimidad de esta rama del derecho.

La crisis carcelaria no sólo obedece a las difíciles condiciones humanitarias o a ese “estado de cosas inconstitucional” que demanda la Corte Constitucional de nuestro país y que pregonan los medios de comunicación. La crisis tiene varias causas, algunas de las cuales se derivan de la naturaleza misma de la institución. La mezcla de fines contradictorios y desconocidos por quienes deben cumplirlos solo es una de ellas, y con ésta investigación se intentó señalarse su importancia como factor que contribuye con dicha crisis.

¿Qué debe hacerse al respecto? Observar nuestro contexto político, social y económico, determinar qué fines deben establecerse para darle un norte definido al sistema penal, acorde con sus necesidades y con la idiosincrasia colombiana, y no implantar teorías importadas que nada tienen que ver con nuestra sociedad ni con nuestra historia, como por ejemplo las alemanas de la prevención general positiva, que requieren para su aplicación la existencia de una sociedad organizada e igualitaria (características que no describen la realidad colombiana), o las de la prevención especial positiva que buscan transformar o modificar la conducta de los infractores a través de la implementación de diversas técnicas que han sido aplicadas por países que sí cuentan con una economía lo suficientemente sólida como para dotar a las autoridades penitenciarias con los recursos necesarios para ello, (de nuevo, no es el caso colombiano, donde alrededor del 40% de la población vive en la inopia), sin contar con los escasos logros alcanzados con dichos programas en los países más industrializados.

A pesar de que el principal aporte de este escrito radica fundamentalmente en la investigación empírica, a través de la cual se intentó contribuir a la ciencia del derecho penal con la indagación acerca de un campo poco explorado como es el pensamiento del guardián sobre los fines de la pena, más que hacer una contribución teórica sobre la materia, se dirá solamente que si en Colombia se está viviendo una coyuntura política compleja en la cual se están sentando

las bases jurídicas para solucionar un conflicto armado interno de casi medio siglo, el fin de la pena debe apuntar hacia la resolución de los conflictos sociales, el derecho penal no puede ser un derecho total o represivo, y por lo tanto los fines del derecho penal y por ende de la pena, deben guardar coherencia con los que orientan al Estado y que están establecidos en su Constitución Política, entre ellos, el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes señalados en el mismo estatuto, y el aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Haciendo eco de lo dicho por los autores pertenecientes a la corriente garantista del derecho penal, entre ellos el italiano Luigi Ferrajoli, quien al apoyar el paradigma del derecho penal mínimo asume como única justificación del derecho penal su papel de defensa no ya de la sociedad sino del más débil (que en el momento del delito sería la parte ofendida, en el momento del proceso el imputado y en el de ejecución penal el condenado), pero enfatizando la labor del derecho penal como instrumento del Estado para garantizar la armonía social y el orden justo, se considera que la prevención no debería ser una finalidad de la pena.

La resocialización debe dejar de ser el fin de la pena, no solo porque el término extraído de la sociología implica una imposibilidad absoluta, sino porque la rehabilitación, que es lo que en realidad quiso decirse con él, no puede ser un objetivo del derecho penal en tanto la delincuencia no es una enfermedad. El trabajo y la educación intra o extracarcelarios son derechos y acaso deberes ciudadanos que el Estado debe garantizar y no instrumentos resocializadores imposibles de otorgar dentro de los establecimientos penitenciarios bajo el supuesto de que sería injusto que los infractores de la ley tuvieran acceso a algo a lo que los demás ciudadanos no pueden acceder.

De esta manera el tiempo destinado a criticar inútilmente la situación carcelaria y a manifestar la frustración que genera el fracaso de los programas resocializadores se destinaría a buscar soluciones de fondo al problema. La prisión implica un castigo, lo cual no significa que el castigo deba ser su fin, y ese castigo debe limitarse con el cumplimiento de las garantías

legales y constitucionales de procesados y condenados.

Mientras no surja una pena que reemplace a la prisión ésta seguirá existiendo y con ella sus custodios. Pero éstos deberían velar por el cumplimiento de unos fines realizables y no asumir mediocremente una serie de roles que no les corresponden y para los cuales no están capacitados, ni tratar de remedar modelos extranjeros que supuestamente modifican la conducta (cuya efectividad no ha sido demostrada ni siquiera en los países que los han desarrollado de verdad) tal como sucede en la actualidad al tratar de cumplir con la resocialización.

La reinserción social y la protección al condenado no deberían ser fines de la pena. La protección al condenado debería incorporarse al catálogo de principios que orientan al derecho penal al mismo nivel de los principios de igualdad y dignidad humana. La inclusión reiterativa de la protección dentro de los fines del derecho penal presupone el desamparo o el abandono de éste hacia el condenado. En tanto que la reinserción social debe entenderse como una orden que la Constitución imparte al Estado, más que un fin que deba lograr el derecho penal, pues es aquel quien debe proveer los mecanismos reinsertadores a la sociedad mediante políticas económicas y sociales que van más allá de la creación de empleos y que tienen que ver con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado establecidos en el artículo segundo de la Constitución Política.

Solamente la retribución debe erigirse en el fin de la pena, pero ésta no debe entenderse simplemente como castigo, como se entendía en sus orígenes, sino por el contrario, debe adoptarse en su más reciente acepción como reparación integral y restablecimiento del derecho. En este orden de ideas, la cárcel debe pasar a ser una pena subsidiaria y acaso simbólica prevista sólo para los delitos en los cuales sea imposible repararse o restablecerse el derecho lesionado o vulnerado por el infractor.

Superada la confusión legal debe informarse suficientemente de ello a los agentes penitenciarios, directos ejecutores de la pena, para que actúen en consecuencia, aplicando una ley coherente y comprensible que obedezca a la realidad social de nuestro país.

Bibliografía

- BAZZANI MONTOYA, Darío. “Teoría de la pena y proceso penal”, en *XXV Jornadas internacionales de derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BECCARÍA, César. *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.
- BERGER, Peter y LUCKMAN, Thomas. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrurtu, 1991.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El Proceso Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BETTIOL, Giuseppe. *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Temis, 1965.
- DURKHEIM, Emilio. *La división del trabajo social*, Madrid, Niel Jorro, 1928.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2001.
- . “La pena en una sociedad democrática”, en, *La Pena: Garantismo y Democracia*, Bogotá, Gustavo Ibañez C. Ltda, 1999.
- FEUERBACH, Paul Johann. *Tratado de derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi S.R.L., 1989.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2002.
- GARLAND, David. *Punishment and modern society*, Chicago, Oxford University Press, 1990.
- HEGEL, Wilhelm Friedrich. *Fundamentos de la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Siglo XX, 1987.
- JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos S.A, 1989.
- LESCH, Heiko H. *La función de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- MELOSSI, Darío y PAVARINI, Massimo. *Cárcel y Fábrica*, Bogotá, Siglo XXI editores, 1980.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Barcelona, Muntaner, 1996.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Código de Hammurabi*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1966.
- . *Derecho Penal Parte General*, Bogotá, Temis, 1987.
- ROXÍN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1997.
- RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis, 1984.
- SILVA GARCÍA, Germán. *El Mundo real de los abogados y de la justicia*, Tomo IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- . „Ideologías punitivas y tratamiento penitenciario en la justicia“, en Revista Derecho del Estado, N°7, diciembre, 1997.
- . „La resocialización y la retribución. El debate contemporáneo sobre los fines y las funciones de la pena“, en *XXV Jornadas Internacionales de derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- URBANO MARTINEZ, José Joaquín. *Legitimación del derecho penal, equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*, Tesis de Grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Parte General*, Bogotá, Temis, 1997.