

El funcionalismo y la pena en el nuevo sistema penal colombiano

*Gonzalo Bolívar**

Resumen

Para el autor, la pena resulta ser elemento determinante en la configuración de cualquier sistema de control social, y el derecho penal, el instrumento de control social más riguroso que conocen las modernas sociedades. De igual forma, el tipo de derecho penal con el cual se lucha contra el fenómeno de la desviación nos muestra el tipo de sociedad que se trata de conformar, sea democrática o totalitaria. Por eso, el problema de la represión es central en la actual teoría del Estado. Los pueblos como el nuestro se han esforzado por conseguir una sociedad que a la vez que permita el ejercicio de las libertades individuales, lo haga dentro del marco de un Estado Social de Derecho, que pueda dar respuesta a sus expectativas de justicia material.

Palabras clave: Derecho penal, Funcionalismo, Positivismo, Estado Social de Derecho, Garantías constitucionales.

Abstract

For the author, a sorrow (sentence) turns out to be a determinant element in the configuration of any system of social control, in turn, the instrument of the most rigorous social control that know the modern societies is the criminal law. Of equal form, the type

* Abogado Penalista, UN. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC.

of criminal law, against which one fights against the phenomenon of the diversion shows us the type of society who tries self to agree, it (she, I) is (am) this democratic or totalitarian. Because of it, the problem of the repression is central in the current theory of the State. The peoples (villages) since (as) ours have strained for obtained a society that simultaneously that allows the exercise of the individual freedoms, it (he, she, I) allows (allow) the above mentioned exercise of freedoms inside the frame of a Social State of right, which can give response to his (its, her) expectations of material justice.

Key words: Criminal law, Funcionalism, Positivism, Social State of Law, Constitutional rights.

Nuestra sentencia no es aparentemente severa. Consiste en escribir sobre el cuerpo del condenado, mediante la rastra, la disposición que él mismo ha violado. Por ejemplo, las palabras inscriptas sobre el cuerpo de este condenado —y el oficial señaló al individuo— serán: HONRA A TUS SUPERIORES (Kafka, 1960: 795).

El problema de la pena en el derecho de castigar es elemento central. Está presente en la conformación y constitución de un sistema legítimo de castigar en por lo menos tres dimensiones del análisis del saber jurídico-político. En primer lugar, aparece como elemento configurante del derecho mismo de castigar, dentro de una perspectiva amplia del concepto de control social, legitimando o deslegitimando el monopolio punitivo del Estado. En segundo lugar, como elemento estructurador del sistema penal en general, al articular las categorías centrales del sistema normativo (derecho penal sustancial y procesal), fundamentando las prácticas

sancionadoras en particular (sistema de ejecución penitenciaria). Y en tercer lugar, como categoría que converge sobre los elementos en que se edifica el núcleo de averiguación de la conducta por reprimir, es decir, la llamada teoría del delito. De esta manera, el desarrollo conceptual de la pena trasciende las diversas instancias de relación del Estado en general y del derecho penal en particular.

En Colombia se acaba de producir una reforma a nuestro sistema jurídico penal, esencialmente con la promulgación de las leyes 599 y 600. ¿Qué transformaciones doctrinarias se han produ-

cido? y, sobre todo, ¿qué consecuencias sobre la forma de comprender y de operar el derecho de castigar tienen dichas transformaciones? En lo que sigue se buscará mostrar de manera sucinta los “discursos” básicos que se traducen en las formas de legitimar el derecho de castigar a través de la fundamentación de la función de la pena, partiendo de la hipótesis de que es la pena la que estructura los discursos de responsabilidad y no a la inversa, como se nos ha acostumbrado a entenderlo.

1. La pena como elemento configurador del derecho de castigar

Tradicionalmente se ha comprendido la pena como la justa consecuencia de un proceso judicial, en el que una persona ha sido declarada culpable al haberse comprobado la realización de un hecho o conducta prohibida por el Estado. Es decir, la culpabilidad de una persona es la que determinaría la necesidad de castigo, o más modernamente, a partir de la comprensión de la culpabilidad se busca determinar las reglas de asignación de atribución de un resultado dañoso al ciudadano criminalizado o penalizado. En esta perspectiva, la pena sería el punto de llegada del análisis del delito.

Sin embargo, habría una segunda perspectiva, que invierte la dirección

de la relación, en el sentido de que la pena no surge como realización de la conducta culpable, sino que es la pena la que determina el contenido de la conducta culpable. El filósofo alemán Friedrich Nietzsche nos presenta esta visión de la siguiente manera:

Durante el más largo tiempo de la historia humana se impusieron penas no porque al malhechor se le hiciese responsable de su acción, es decir, no bajo el presupuesto de que sólo al culpable se le deban imponer penas: -sino, más bien, a la manera como todavía ahora los padres castigan a sus hijos, por cólera de un perjuicio sufrido, la cual se desfoga sobre el causante-, pero esa cólera es mantenida dentro de unos límites y modificada por la idea de que todo perjuicio tiene en alguna parte su equivalente y puede ser realmente compensado, aunque sea con un dolor del causante del perjuicio (1994: 71-72).

O sea, como castigo que luego encuentra su justificación en la culpabilidad, pero como mero desahogo de la furia o de la cólera de quien inflige la pena, o como simple ejercicio del poder, de quien puede castigar a quien ha desobedecido un mandato, o porque así lo ha querido aquel.

La idea de que la pena se debería corresponder con el daño causado por alguien a otro, y que por eso debería aquel recibir el dolor de la pena, no es reciente y parece que no surgió de

preceptos morales, como nos lo quieren mostrar los ascetas actuales, sino de los muy materiales de las obligaciones civiles; al respecto, Nietzsche nos dice: “¿De dónde ha sacado su fuerza esta idea antiquísima, profundamente arraigada y tal vez ya imposible de extirpar, la idea de una equivalencia entre perjuicio y dolor? Yo ya lo he adivinado: de la relación contractual entre acreedor y deudor, que es tan antigua como la existencia de ‘sujetos de derecho’ y que, por su parte, remite a las formas básicas de compra, venta, cambio, comercio y tráfico” (72). Ello trae como consecuencia la inversión de la relación, pues lo que fundamentalmente busca la pena -según esta línea de pensamiento- es, como lo afirma el mismo Nietzsche: “Criar un hombre al que le sea lícito hacer promesas”. Es decir, como algunos afirman, la función no declarada de la pena es la de generar al hombre moderno, al hombre soberano, al hombre libre para hacer contratos con la autonomía de la voluntad; al hombre ciudadano, que es libre para obligarse con el Estado; que goza del libre albedrío para que el Estado lo castigue. Nietzsche encuentra en esa inversión del sentido de la pena el elemento encubridor de la verdadera naturaleza y función de la pena; dado que lo que se busca en el interior del sistema social es en realidad la interiorización del cumplimiento de las promesas, el discurso jurídico penal actual orienta su mirada a la mera

realización de la conducta prohibida como justificación de la pena, por lo que la culpabilidad (entendida como realización del hecho o conducta con libre albedrío) se convierte en fundamento de la pena y no como la realidad concreta nos lo enseña, pues se impone la pena y se justifica con el discurso jurídico penal. Entonces es indispensable volverle el sentido genuino a la relación y, a partir de un análisis serio de esta, observar cómo incide su percepción y qué consecuencias conlleva. Veamos entonces, brevemente, en qué va la actual discusión jurídica en torno a la pena.

1.1 Teorías de la pena

1.1.1 Teorías de la retribución.

Responden a la convicción de que un mal no debe quedar sin castigo, y que el culpable debe encontrar en él su merecido; se fundan en razones religiosas, éticas y jurídicas; las más conocidas son las siguientes:

1.1.1.1 En sentido religioso. El Papa Pío XII, en mensaje al Congreso Internacional de Derecho Penal, nos muestra el punto de vista religioso cristiano: “Pero el Juez supremo, en su Juicio Final, aplica únicamente el principio de la retribución. Éste ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer” (Mir Puig, 2002: 51 y 65).

El presupuesto desde el que se parte es el de que hay una especie de corres-

pondencia entre las exigencias divinas de Justicia y el fundamento de la pena, sería de alguna manera expiación.

1.1.1.2 Desde el punto de vista ético. Es tal vez la perspectiva más sólida de la fundamentación retributiva de la pena; su más conocido defensor es el filósofo alemán Immanuel Kant, quien estructura el derecho en general y el penal en particular a partir del llamado imperativo categórico. En él la única decisión libre sería la decisión autónoma, el imperativo categórico diría algo así como “actúa como si tú mismo fueras el legislador del universo”. Entonces es ético todo acto que se realiza por deber, sin consideraciones de conveniencia o utilidad. La pena tendría como finalidad exclusiva la pura realización de la Justicia, pues cualquier otra finalidad o utilidad implicaría una afectación grave al principio de dignidad humana, según el cual “el hombre es un fin en sí mismo”; por tanto, no debe ser instrumento de finalidad inmediata alguna, como por ejemplo, la evitación del delito o la protección de la sociedad, sino que más bien la pena sería el efecto indispensable de la necesidad de justicia; ella no es fin en sí misma, sino que a la vez que pago por lo hecho (retribución) es materialización del principio de la dignidad humana, pues la realización de la justicia es a la vez dignificación de la persona humana.

La pena judicial (poena forensis), distinta de la natural (poena natu-

ralis), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, [...] sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (sachenrecht); frente a esto lo protege su personalidad innata. [...] Antes de que se piense sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo. La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquel que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica (es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo)! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra (Kant, 1993: 166).

La función de la pena sería mera retribución, contraprestación de un mal por otro mal, estaría desvinculada de los efectos sociales que su imposición genera y se sometería al principio de igualdad, “todos pagarían de acuerdo al acto realizado”. Es la realización del Talión, ojo por ojo, diente por diente; al mismo tiempo es la aplicación del principio de culpabilidad, “se paga por lo que se hace”.

1.1.1.3 Perspectiva filosófico-jurídica. Hegel, en su filosofía del

derecho, llega a resultados similares, al interpretar el delito como negación del derecho y la pena como negación de esa negación. Se distingue de Kant, sobre todo, en que el principio del Tali3n, en la pr3ctica irrealizable, es sustituido por la idea de la equivalencia del delito y de la pena. Est3 de acuerdo con Kant en no conceder como fines a la pena metas preventivas, como intimidaci3n y correcci3n, pues "con la fundamentaci3n de la pena de esta manera, es como cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se le trata segun su honor y libertad, sino como a un perro" (Hegel, 1997: 83); la pena tiene raz3n de ser en el restablecimiento de la vigencia de la "voluntad general", representada en el orden jur3dico, que a su vez resulta negada por la "voluntad especial" del delincuente con el acto del delito; es una aplicaci3n del m3todo dial3ctico hegeliano: la voluntad general (orden jur3dico) es la *tesis*; la negaci3n del orden jur3dico con el delito es la *ant3tesis*, y la negaci3n de esa negaci3n es la *sintesis*, que es la materializaci3n del castigo con la pena de prisi3n.

1.1.2 Teor3as preventivas

1.1.2.1 Preventiva general. Conocida esta perspectiva de la pena por las investigaciones de Filangieri, Feuerbach y Jerem3as Bentham, inscritos metodol3gicamente dentro del pragma-

tismo empirista, de cu3n t3picamente utilitarista, se funda en la idea de que la pena tiene por fin evitar el surgimiento de delincuentes en la sociedad. Para Feuerbach, la pena sirve como amenaza de la ley a los ciudadanos para evitar que delinca; en este sentido es una especie de "coacci3n psicol3gica".

Sin embargo, la sola intimidaci3n negativa por "coacci3n psicol3gica" no es lo 3nico que se debe buscar con la prevenci3n general; por ejemplo, una corriente doctrinal actual sostiene que esta prevenci3n no debe buscarse a trav3s de la pura intimidaci3n negativa, sino tambi3n mediante la afirmaci3n positiva del derecho penal, como afirmaci3n de las convicciones jur3dicas fundamentales de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el derecho (Mir Puig: 51). A la primera la llaman "prevenci3n general negativa" y a la segunda "prevenci3n general positiva". Este tipo de prevenci3n tiene por destinataria la comunidad, es decir, es de car3cter general y b3sicamente opera en el momento de la conminaci3n penal legal.

1.1.2.2 Preventiva especial. Su destinatario es una persona determinada, que ya ha tenido la experiencia de sufrir el dolor causado por la pena penal; busca evitar que alguien, que en algun momento sufri3 la pena, vuelva a delinquir, "reincidencia punitiva". Opera

en el momento de la imposici3n y ejecuci3n por parte del juez de la pena. Como fundamentalmente se dirige a un individuo concreto, a veces se ha dado en llamar "prevenci3n individual".

Segun Santiago Mir Puig, Von Liszt proyect3 en el programa de Marburgo la siguiente pol3tica criminal relacionada con la pena:

- 1) La pena correcta o justa es la pena necesaria, que se determina con arreglo a la prevenci3n especial.
- 2) La finalidad de la prevenci3n especial se cumple de manera distinta segun las tres categor3as distintas de delincuente que muestre la criminolog3a.
- 3) Segun la criminolog3a de ese momento, habr3a tres tipos de delincuentes, el ocasional, el no ocasional corregible y el habitual o incorregible. Para el delincuente ocasional, que necesita de correctivo, la pena constituye un recordatorio que le inhiba de la reincidencia; para el delincuente no ocasional, pero corregible, la pena debe tener por funci3n la correcci3n y la resocializaci3n por medio de una adecuada ejecuci3n, y por 3ltimo, para el delincuente habitual incorregible, la pena debe ser de tal duraci3n que con ella se logre la inocuizaci3n definitiva del individuo a trav3s de un completo aislamiento de la sociedad.
- 4) La funci3n de la pena es la prevenci3n especial, que impida la

reincidencia por medio de la intimidaci3n individual, la correcci3n resocializadora y la inocuizaci3n de los incorregibles. De ah3 que el derecho penal sea para Von Liszt un instrumento de lucha contra las causas emp3ricas del delito que inciden en la personalidad del delincuente, con el objetivo de proteger bienes jur3dicos (Mir Puig: 54).

1.2 El derecho penal orientado a sus consecuencias

En la actualidad se desarrolla una nueva concepci3n que tiene su origen en el llamado *proyecto penal alternativo*, con Claus Roxin y, 3ltimamente, Winfried Hassemer, que sin dejar de lado los fines de la pena ya mencionados ordena su aplicaci3n y agrega elementos para su comprensi3n.

Proponen la aplicaci3n de cada uno de los fines de la pena, solo que de manera escalonada; as3 por ejemplo, en el momento legislativo la pena se dirige a la protecci3n de bienes jur3dicos y de las prestaciones p3blicas imprescindibles, protecci3n que solo puede buscarse a trav3s de la prevenci3n general.

Hay un segundo momento en la realizaci3n del derecho penal: el de la aplicaci3n judicial, que sirve de complemento a la funci3n de prevenci3n general, pues con su aplicaci3n el ciudadano puede confirmar la seriedad

de la pena; sin embargo, en la aplicación de la pena el juez no puede sobrepasar la culpabilidad del autor, con lo que se evita la objeción de que el sujeto es utilizado como medio para los demás, pues el autor es castigado según la medida de su persona y, en todo caso, la culpabilidad es límite techo de la pena, pero nunca como límite mínimo, que bien puede incluso llegar al grado de innecesaria. Finalmente, la prevención especial se encargaría de mirar la utilización de las facultades del delincuente, en casos en que aquel no precise de ningún tipo de tratamiento terapéutico social.

Como misión, el derecho de castigar se encargaría de la protección de bienes jurídicos relevantes, es decir, aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro de manera efectiva intereses materiales de otras personas.

El otro concepto que se desarrolla es de la dañosidad social, que se funda en dos presupuestos o bases: la primera, que el derecho penal ha de tomar en cuenta las necesidades e intereses del sistema social, y la segunda, que no toda lesión de un interés humano (bien jurídico) exige una reacción mediante el derecho penal, sino tan sólo aquellas que, además, presentan el carácter de socialmente dañosas, pues sus efectos nocivos trascienden más allá del conflicto entre el autor y la víctima (Hassemer, 1994: 36-40).

2. Las escuelas jurídico-penales

Referido al derecho penal en general, tradicionalmente se ha entendido que existe multiplicidad de escuelas jurídico-penales, sin embargo, respecto de la comprensión de la pena como elemento fundamentador del sistema, considero que hay dos grandes formas de comprensión del fenómeno jurídico penal. A continuación haré una breve descripción de los aspectos fundamentales de cada una de ellas, concentrándome en su relación con la pena y en las consecuencias que derivaron de ella. Por eso aparecen en orden, el método científico, su concepto de pena, de delito y de delincuente.

2.1 El paradigma de la escuela clásica penal italiana

La primera gran forma de comprender el derecho penal es la llamada *escuela clásica penal italiana*; sus más importantes cultores son el jurista italiano Francesco Carrara y el diplomático cortesano de la misma nacionalidad Cesare Beccaria. Uno y otro desarrollan esferas distintas del saber penal, pero que se integran en un pensamiento común: la defensa de las garantías democráticas. Carrara se ocupa de la parte jurídica, mientras que Beccaria se ocupa de los postulados básicos de una incipiente política criminal.

Utilizan el método lógico deductivo abstracto, que parte de criterios de lógica, de razón y no de datos que se extraigan de la experiencia (empiría) jurídica, política o sociológica, sino que a partir de las leyes más generales, como el derecho natural, o de aquellas que emanan por deducción de la naturaleza racional del hombre o de las que emergen del hipotético contrato social, establecen los grandes criterios jurídico-políticos que permiten regular la conducta del hombre en sociedad. El derecho positivo es utilizado por ellos tan solo como soporte de sus aciertos, pero no es este el material fundamental de sus investigaciones.

A partir del método lógico deductivo, esta escuela desarrolla sus postulados fundamentales, en esencia dos: en primer lugar, un presupuesto político social, en el que reivindica los derechos ciudadanos, pues establece y cimienta la razón y los límites del derecho de castigar del Estado, oponiéndose de manera contundente a la barbarie de la pena y, en todo caso, defendiendo las garantías individuales; un segundo presupuesto, de orden filosófico-jurídico, adscribe su sistema al derecho natural (ideal básico de la ilustración), que le permite concretar su interés exclusivo por el estudio y análisis del delito y la pena como entidades jurídicas abstractas.

En Beccaria, considerado por algunos como el primer representante del

saber penal moderno, la razón de ser de la pena estaba referida al Contrato Social, en términos de necesidad de protección tanto de la sociedad-víctima y comunidad- como del sujeto infractor. "Fue, pues, la necesidad, quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste a mover los hombres para que le defiendan..." (Beccaria, 1994: 29).

Tres sujetos son objeto de protección de manera diferenciada, el Estado, la víctima y el infractor. En primer lugar, el Estado debe ser objeto de protección, pues él tiene por finalidad la realización de la libertad en armonía; en segundo lugar, las víctimas del delito deben ser resarcidas en la medida de su perjuicio, y finalmente, el delincuente debe ser especialmente protegido, ya que paradójicamente la única forma de legitimar el derecho de castigar consiste precisamente en fundar este derecho sobre las garantías constitucionales que amparan las libertades individuales. Esta forma de ver el derecho de castigar, sin embargo, no es espontánea, es más bien el producto acabado de una prolongada lucha social que comienza en las democracias griegas y que se termina de materializar en el iluminismo del siglo XVII; sobre esta volveremos más adelante.

Siguiendo con el aspecto jurídico de la escuela penal clásica italiana, ubiquémonos en los desarrollos teórico jurídicos del maestro Francesco Carrara, quien define la pena como "el mal, que de conformidad con la ley del Estado, infligen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito" (1956, T. II: 34). Es decir, la pena es por su naturaleza mera retribución, un mal a quien ha realizado otro mal; sin embargo, en cuanto a los objetivos de la pena, Carrara considera que no tiene por finalidad la realización de la justicia, ni la venganza del oprobio, ni mucho menos que se produzca el resarcimiento del daño, ni que el delincuente expie su falta, ni la intimidación de los ciudadanos. El fin de la pena para este jurista es "el restablecimiento del orden externo de la sociedad" (T. I: 6), idea que está presente en su definición de delito, cuando refiere a la ley promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, es decir, como reconfiguración del orden social afectado por la infracción penal, como sucedáneo contra la intranquilidad ante el miedo a la inseguridad.

El delito, a su vez, es un ente jurídico abstracto y universal que resulta de la relación contradictoria ente el hecho del hombre y la ley penal. La idea de delito, entonces, se circunscribe al concepto de infracción, lo que implica considerar la antijuridicidad no solo como un elemento del delito sino como su esencia.

Ahora bien, para esta escuela el delincuente no es un ser anormal o diverso, sino básicamente el protagonista de la infracción, el que se aparta del ordenamiento jurídico; por esta razón no es valorado a priori como *bueno o malo*, simplemente es aquel que desobedece el ordenamiento; sus motivaciones, sus pulsiones, no pueden ser consideradas por esta escuela como ingredientes a tener en cuenta en la constitución de las categorías básicas del delito, si se aspira a la coherencia del sistema que se pretende edificar sobre la generalidad y abstracción, por tanto esto repugna con las particularidades del accionar humano; de ahí que construye un derecho penal fundamentado en la libertad de los individuos. Al respecto, Carrara dice: "El derecho es la libertad. Por lo tanto, la ciencia criminal bien entendida es el supremo código de la libertad, que tiene por objeto sustraer al hombre a la tiranía de los demás, y ayudar a liberarse de la tiranía de sí mismo y de sus propias pasiones" (5). Por ello, esta escuela edifica la categoría de la imputabilidad penal con base en el *libre albedrío*, aquel que permite elegir entre el bien y el mal, por lo que sólo puede cometer delito la persona con capacidad de comprender y querer.

Finalmente, la responsabilidad penal se funda en la culpabilidad, que a su vez se concretiza en el libre albedrío, concepto propio del cristianismo, del que Carrara es confeso profesante:

Dios habría podido crear al hombre impecable, negándole la capacidad de transgredir los preceptos suyos, así como negó a los cuerpos el poder de resistir a la fuerza de gravedad; pero entonces no habría habido ni deberes, ni derechos, y todo sería necesidad. Mas esto destruía el libre albedrío y hacía al hombre incapaz de mérito o de demérito. Supuesto pues el libre albedrío, o era preciso enviar sobre la tierra una legión permanente de espíritus superiores como guardianes y vindicadores de la ley moral, o se llegaba a este inevitable dilema: dejar el precepto moral sin observancia, o encomendar su tutela al brazo del hombre (Carrara, T. I: 6).

Es pues la capacidad de elegir entre el bien y el mal lo que permite imputar responsabilidad penal a una persona; entonces, es la culpabilidad la que fundamenta y delimita el castigo, da razón del castigo, porque solo es responsable aquel que ha realizado un hecho necesariamente con culpabilidad, y, a su vez, es la cantidad de culpabilidad la que determina el quantum punitivo o de pena.

De todo lo dicho se desprende que la misión del derecho penal se circunscribe a la protección del derecho o tutela jurídica: "Y he aquí que, rechazadas las ideas utópicas o vejatorias del correccionalismo o del ascetismo, y la fórmula arbitraria y prepostera de la defensa social, se encuentra que tanto en el tema de la represión como en el de la prohibición, la idea fundamental

del derecho criminal está en la tutela jurídica" (6).

2.2 Escuela positiva italiana

La escuela positiva italiana parte de la observación de la experiencia; de lo particular o contingente se pasa a lo necesario o general, a la regularidad (que se repite con alguna frecuencia), es decir, de la investigación de un conjunto de hechos particulares se eleva hacia la determinación de una disposición general aplicable a esos hechos y a todos aquellos que con ellos guarden una relación de comunidad y semejanza (Morillas, 1990: 94). Este método tiene una gran relación con el principio de causalidad, "ningún fenómeno es producto del azar, pues todo lo que debe suceder, efectivamente sucede, porque el hecho no es sino el efecto de causas determinantes".

La pena es entendida básicamente como instrumento de mantenimiento del orden social vigente, como defensa social. Enrico Ferri, principal figura de esta tendencia del pensamiento jurídico penal, nos explica la naturaleza de la pena. El Estado, en ejercicio de su función punitiva, "no ha de llevar a cabo ninguna misión filosófica, religiosa o ética, sino que debe solamente organizar la defensa social represiva contra la delincuencia". Por tanto, la pena, como defensa social represiva, no debe proporcionarse a la gravedad objetiva

y jurídica del acto delictivo, sino que debe adaptarse también, y en primer término, a la personalidad más o menos peligrosa del delincuente, “porque la sociedad castiga tan solo para conservar el orden existente en un determinado momento histórico” (Ferri, 1933: 12-13). En sentido estricto, no existiría pena, sino que se trataría de una especie de tratamiento fundamentalmente “curativo”, que se le aplicaría al delincuente que es visto más que como infractor, como enfermo.

En cuanto tiene que ver con el delito, este se plantea como un “síntoma” revelador de una personalidad más o menos peligrosa. Por eso lo que se pena no es la acción del individuo sino las características particulares de las personas, en algunos casos tan solo las externas, color de la piel, raza, o en otros casos, elementos particularmente más específicos, como color de los ojos, peso o tamaño de la persona, y en casos radicalmente más particularistas, una característica como la hendidura en la base del cráneo, como en el análisis de Lombroso: “improvisadamente, una mañana, en día nebuloso de diciembre, en el cráneo de un bribón encontraría una serie de anomalías atávicas, análogas a aquellas que se encuentran en los invertebrados inferiores, como sucede cuando una gran llanura es alumbrada por un horizonte iluminado, me he dado cuenta que el problema de la naturaleza y del origen de los

criminales era para mí resuelto” (en Acuña, 1991: 137). Desde entonces, como afirma el maestro Acuña, se inicia un inusitado furor por definir las características morfológicas que permitieran encontrar a simple vista al criminal; el hombre se convierte así en objeto de estudio.

El delincuente sería entonces el objeto central de las nascentes ciencias del hombre, por lo que partiendo de la antropología criminal, en la que se niega el libre albedrío, se trata de confirmar con hechos que el delincuente no es un ser normal, sino que constituye una clase particular de persona que, por diferentes razones, conserva para sí, en su proceso de evolución, caracteres salvajes, primitivos, bárbaros, que hacen que se comporte y sea de esa manera diversa. Una persona que mantiene, a diferencia de los demás miembros “normales” de la sociedad, una serie de sentimientos “atávicos” que se manifiestan en la producción del delito. Por esto no solo se debe atacar el acto, sino principalmente al hombre peligroso. De ahí que la pena no se pueda entender como retribución por un acto, sino que es vista como tratamiento curativo, y su duración no puede estar sometida a la cantidad de culpabilidad demostrada por el infractor en el acto, sino que debe durar tanto como el sujeto nos parezca peligroso. La fórmula del tratamiento curativo permite, entonces, la *inocuisación* de los sujetos que a juicio del detentador

del poder puedan poner en cuestión el orden existente, y su *inocuisación* puede durar incluso indefinidamente. Se niega el libre albedrío porque al aplicar el método de la causalidad naturalística, el delincuente no puede dejar de delinquir, “pues todo lo que debe suceder, efectivamente sucede”.

Entonces podemos concluir que la función del derecho penal para esta escuela positiva es fundamentalmente la defensa social. La insistencia de la determinación de la peligrosidad no es gratuita, en ella se funda la necesidad de protección de la sociedad, y a su vez esa protección exige que se produzca *ex ante*, por lo que no es necesario que algo se haya producido, sino que pueda producirse, y entonces el derecho debe destinar todos sus esfuerzos a las necesidades de protección, lo que significa claramente prevención, cualquiera, general o especial, pero fundamentalmente prevención.

2.3 El salto al funcionalismo

Luego del finalismo, aparece el llamado *proyecto alternativo*, mencionado anteriormente. Su principal mentor es el penalista alemán Claus Roxin. De manera general podemos considerar que sus postulados fundamentales se desarrollan a partir de las ideas de Franz Von Liszt, en cuanto a que la misión del derecho penal es la realización de la llamada política criminal

del Estado, a la vez que la función del poder punitivo es la prevención de riesgos para los bienes jurídicos tutelados, buscando fundar la imputación objetiva en la producción o aumento de esos riesgos y en la realización de los mismos en el resultado típico.

De otro lado, Gunther Jakobs, profesor alemán de filosofía del derecho, propugnador del funcionalismo sistémico, basa sus desarrollos jurídicos en la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann: “la sociedad es un sistema autorreferente y autopoietico que se compone de comunicaciones”. Por tanto, como el derecho es un subsistema de lo social, el derecho penal es el subsistema que se debe encargar de sostener la comunicación, manteniendo en equilibrio las condiciones del riesgo.

En lo jurídico, Jakobs parte de la afirmación de que la función del poder punitivo es el reforzamiento del sistema, mediante la certeza en la interacción -mantenimiento de las expectativas sociales- conforme a roles. La pena, en ambas tendencias -la jurídica y la sociológica- cumpliría una función esencialmente preventiva (Zaffaroni y otros, 2000: 446).

3. La pena en nuestro sistema penal

Por el anterior camino hemos arribado al sistema penal colombiano. Hagamos

un inventario de lo realizado hasta el momento: hemos descrito las diversas formas como se comprende la pena en la teoría del derecho penal moderno, y las hemos relacionado con las diversas percepciones del delito y del delincuente, que las dos escuelas fundamentales han estudiado, para ver su incidencia en la teoría del delito. Ahora nos resta tan solo ver cuál es el sentido que le da a la pena nuestro ordenamiento fundamental, para luego tratar de vislumbrar qué tipo de ordenamiento jurídico penal es el que se configura.

Proponemos dejar tan solo en esbozo el análisis de dicho sistema, para luego, en posteriores investigaciones, desarrollar de manera un poco más completa las líneas generales aquí presentadas parcialmente.

3.1 A partir de la Constitución

3.1.1 Del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho. Lo primero que debemos tener en cuenta es que con la promulgación de la Constitución de 1991, Colombia ha dejado de ser un simple Estado Liberal de Derecho y ha pasado a ser un Estado Social de Derecho; este es un hecho histórico-jurídico de especial relevancia y significación.

Comencemos por diferenciar las nociones jurídico-políticas de Estado Liberal de Derecho y del Estado Social de Derecho.

El Estado Liberal de Derecho nació como fórmula de compromiso que aunaba las diversas garantías formales proclamadas por una Constitución que consagraba la tridivisión de poderes y el principio de legalidad con una serie de garantías materiales, pues el primado de la ley reposaba en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por lo tanto, podemos caracterizar el Estado Liberal de Derecho de la siguiente manera:

- a. Guía su actividad por principios racionales.
- b. No es una institución puesta al servicio de fines trascendentales de carácter divino, ni de los intereses de quienes gobiernan.
- c. Sus tareas se limitan a la garantía de la libertad, la seguridad y la propiedad de los ciudadanos, a través de la ley, concebida como norma emanada de los representantes de la voluntad general.

De ello se derivan las siguientes consecuencias:

Primera: prevalece el sentido formal de los derechos, frente al material. Es el respeto de la fórmula sacramental de la ley y no la materialidad de la misma, son los criterios de su interpretación y aplicación.

Segunda: abstención de las autoridades en su intervención frente a aspectos diferentes a la salvaguardia de la libertad, la seguridad y la propiedad. Los contenidos de justicia material no eran objeto de protección del Estado, o eran sobredeterminados por las necesidades de protección y seguridad.

Tercera: los intereses generales sobredeterminados, como ya se ha dicho, prevalecen frente al derecho de las minorías, ya sean étnicas o políticas, que son consideradas como simples agregados, pero no como sujetos de derecho.

Cuarta: sobrestimación del individualismo económico y restricción del individualismo político.

Quinta: presentación del Estado como organismo neutral material.

Por su parte, el Estado Social de Derecho tuvo un origen que podríamos llamar híbrido, pues fue fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares. De un lado, fue una conquista política del socialismo democrático (Constitución de Weimar), y del otro, fruto de las exigencias políticas del capitalismo maduro, que lo concebía como instrumento adaptable a las nuevas fases de expansión del capitalismo moderno (keynesianismo).

Resultado de las transformaciones introducidas por la constitución de

Weimar y por la economía de Keynes, es el nuevo modelo político-económico de Estado Social de Derecho, que se desenvuelve en continuos movimientos contradictorios, como su origen mismo. La principal antinomia de este modelo estatal la constituye la necesidad de conciliar entre los derechos de los particulares y la soberanía del Estado. Esta lucha es la que está a la orden del día en la discusión de la teoría política de la actualidad. Sobre esta discusión volveremos más adelante.

Podemos, consecuentemente, caracterizar de manera provisional el Estado Social de Derecho de la siguiente manera:

- a. No es un organismo neutral material; debe intervenir en las esferas de la producción, la circulación y la distribución de los bienes y servicios. Por tanto, sus funciones no solo se deben circunscribir a los ámbitos de seguridad y justicia, sino que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados: "El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan" (Constitución Política de Colombia, art. 13).

b. El Estado no puede sacrificar la materialidad del derecho so pretexto de proteger las formas jurídicas; ello no obsta para proteger de manera mucho más radical aquellas formas que tengan por función proteger la materialidad de un derecho fundamental (el derecho a la defensa, el debido proceso, etc.). El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Sin embargo, es importante destacar que la materialidad de la ley no significa la vulneración de la legalidad, sino que se deben complementar; la ley es uno de los grandes legados del liberalismo clásico, que debe ser respetado, pero en la dimensión en que dicha ideología lo propuso, es decir, como protección de las libertades ciudadanas. No entendidas únicamente como libre mercado, sino más bien en el sentido de protección de la libertad del individuo y de restricción de la soberanía del Estado frente a este.

c. Se sobrestima el individualismo político y se restringe el liberalismo económico, sobredeterminando a las fuerzas del mercado y propugnando una participación del individuo en las decisiones que tienen que ver con él.

d. Respeto de las minorías políticas y étnicas como elemento constitutivo de la nacionalidad, y

e. La función judicial se debe despojar de formalismos y hacer prevalecer el derecho material. El operador judicial no es un simple aplicador de las normas sino su más auténtico *intérprete*, lo que implica que, sin violar el principio de legalidad, debe propugnar la protección de los derechos fundamentales (bienes jurídicos tutelados) en el marco de la solución jurídica más razonable. No necesariamente la más pegada al texto de la ley es la más justa, ni la que se sale de los marcos legales (y toma por ejemplo los constitucionales) es contraria a la recta administración de justicia (antijuridicidad material, por ejemplo).

3.1.2 La pena en la Constitución colombiana. A partir de los postulados establecidos anteriormente y de los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, la pena en la Constitución colombiana se podría configurar así:

- Además de ser jurídica, pública y judicial, se ha considerado que la pena debe ser también necesaria, útil y proporcional.

- Su carácter necesario significa que la pena no debe ser impuesta de manera arbitraria, es decir, debe guardar relación con el fin que persigue. También es una institución-límite de la filosofía liberal, pues en ella misma la ética individual kantiana, en la cual el individuo es el fin último, cede ante una ética

utilitarista, cuyo principio rector se encuentra en la protección de la sociedad.

- La pena, además de necesaria, debe ser útil. Debe ser un instrumento adecuado para servir a sus fines de prevención, retribución, protección o resocialización. Si los fines de la pena se pueden conseguir por otros medios menos costosos o menos aflictivos, la pena no es necesaria y, por lo tanto, no puede ser útil.

- La pena debe ser también proporcional. La proporcionalidad se obtiene con la comparación entre el daño ocasionado por el delito y el daño causado por ella.

El maestro Fernández Carrasquilla nos muestra el sentido de la proporcionalidad de la siguiente forma: "El estado actual de la relación de razonable proporción entre delito y pena, que desde luego no es natural ni matemática sino valorativa, es el de hacer depender la gravedad de la pena, en abstracto y en concreto, de dos baremos fundamentales: la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad" (1995, T. II: 460).

La pena tiene en nuestro sistema jurídico un *fin preventivo*, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, presentada como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones;

tiene un *fin retributivo*, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un *fin resocializador*, que orienta su ejecución de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas (Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 1996). El fin resocializador se materializa constitucionalmente con la prohibición de la pena de muerte.

3.1.3 La pena en nuestro ordenamiento penal legal. El artículo 3 de la ley 599 de 2000 prescribió como principios de las sanciones penales la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad de la pena. A su vez, la necesidad debe ser entendida "en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan".

Un claro ejemplo de la aplicación del principio de la necesidad de la pena lo constituye el parágrafo del artículo 124 del actual Código Penal, que establece como circunstancias de atenuación punitiva al delito de aborto "cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas". Y "cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, *el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto*" (cursiva mía).

A su vez, el artículo 4 de la misma ley establece las funciones de la pena. Esta cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

Es decir, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con todas las herramientas para la aplicación de un derecho penal moderno, derecho penal de acto, que no solo tenga en cuenta las funciones retributivas clásicas sino que además implemente la aplicación de criterios racionales de castigo. Sólo falta que el operador judicial se actualice y reinterpretar su función como administrador de justicia.

4. Las dificultades del actual momento

4.1 La coyuntura de violencia actual

La coexistencia de un régimen político estrecho, exclusivo y excluyente, de un lado, y un alto grado de violencia, tanto política como común, por otro, es una de las características distintivas de la historia republicana de Colombia. Característica que en ciertos casos, como por ejemplo durante la época de la llamada "Violencia política", adquirió ribetes dramáticos, costando la vida de miles de personas (algunos calculan que entre 300 mil y un millón).

Esta guerra civil, que enfrentó a los partidos liberal y conservador, llegó a su fin cuando los dos partidos tradicionales lograron un gran acuerdo político (el mal llamado Frente Nacional), mediante el cual se comprometieron a alternarse en el poder cada cuatro años y a compartir paritariamente la administración del Estado.

El acuerdo político que puso fin a la "Violencia" devolvió a Colombia la estabilidad institucional, pero creó simultáneamente las condiciones para la futura exclusión del sistema político de grupos ajenos al liberalismo y al conservatismo.

Los grupos guerrilleros liberales supervivientes de la "Violencia" constituyeron el germen de los movimientos guerrilleros actuales que, como en el resto de América Latina, surgieron en la década del sesenta, alentados tanto por el advenimiento de la crisis político estatal interna como por el triunfo de la Revolución Cubana.

La expansión del fenómeno guerrillero por el territorio colombiano ha tenido lugar tanto en zonas donde el Estado ha tenido débil presencia militar como en aquellas de intensos conflictos sociales.

En los decenios del sesenta y setenta la confrontación entre las fuerzas armadas y los movimientos guerrilleros probablemente ha constituido una de las

principales fuentes de violencia en Colombia. Esto es así no sólo por las víctimas de estos enfrentamientos, sino también por los civiles que sin pertenecer directamente a uno u otro bando han encontrado la muerte en el contexto de dicha confrontación. En los ochenta aparece otro fenómeno que compite en importancia en cuanto a la violencia, es el llamado narcoterrorismo.

Otro aspecto de importancia, a nuestro entender, es el hecho de que Colombia ha vivido bajo el estado de sitio o de excepción, prácticamente sin interrupción, desde el fin de la llamada "Violencia". Sucesivos gobiernos han otorgado a las fuerzas armadas un papel cada vez más creciente, no sólo en la lucha contrainsurgente, sino también en el mantenimiento del "orden público" en general. En este proceso, los mecanismos de protección contra los posibles excesos de las fuerzas del orden se han ido debilitando gradualmente.

En el marco de la lucha contrainsurgente se impulsó la creación de los llamados grupos de autodefensa campesina. Para que los afectados por los actos y las prácticas abusivas de las guerrillas, y por quienes veían en ellas una amenaza, defendieran sus intereses.

En este complicado marco de conflictividad que padece la nación colombiana es que en las elecciones presidenciales

del 2002 resulta elegido presidente el doctor Álvaro Uribe Vélez, quien de manera reiterada ha anunciado que el mandato recibido lo orientará a devolver las condiciones de seguridad a los ciudadanos colombianos. En los últimos días ha planteado la necesidad de implementar fuertes medidas de seguridad, y bajo el amparo del estado de conmoción promulgó el decreto 2002 que, en líneas generales, pretende revestir a la fuerza pública de funciones judiciales y la restricción de las clásicas libertades individuales. Así mismo, impulsa un proyecto de reforma constitucional a la Fiscalía, en el que pretende que el Congreso colombiano lo revista de facultades plenas para la implementación de una nueva reforma a nuestro sistema penal.

4.2 El sistema penal en el marco de una sociedad democrática

Como lo hemos visto, un indicativo de lo democrática que puede ser una sociedad lo constituye el régimen de represión de las libertades ciudadanas. En este sentido, la teoría política moderna ha desarrollado estos dos modelos de Estado paradigmáticos:

El *modelo democrático*, que se funda en las libertades individuales y hace de la dignidad humana y de los derechos de la persona la base del Estado y, por ello, pone a las autoridades al servicio de la comunidad y de las personas. La

razón y el fin del Estado es la persona humana, y, por consiguiente, es claro que están proscritas de esos ordenamientos las políticas que permitan una absorción de la sociedad por el Estado o la instrumentación de las personas en beneficio del simple engrandecimiento y glorificación del Estado.

A la vez, en sentido contrario, los *estados totalitarios*, como el nazismo y el fascismo, tenían como rasgos distintivos, entre otros, que no sólo eran regímenes de terror sino naciones en donde no existían límites entre el Estado y la sociedad, de suerte que la sociedad era absorbida por el Estado. Además, en ese tipo de sociedades las personas estaban al servicio del Estado, que era considerado un fin en sí mismo. Mussolini nos dice al respecto: "Todo dentro del Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado" (en: Biscaretti, 1996:475).

En Colombia, la Constitución política de 1991 inscribe nuestro modelo de Estado en la idea programática de sociedad democrática; ni siquiera en los estados de excepción o conmoción se puede suspender las garantías fundamentales; la protección de los derechos individuales es finalidad central del Estado colombiano y, sobre todo, la protección de la dignidad humana, que implica la prohibición de toda instrumentalización de la persona humana, constituye la base sobre la que

descansa cualquier idea de ordenamiento jurídico. La separación entre sociedad civil y Estado es uno de los elementos centrales de la configuración del Estado colombiano. Ninguna razón de Estado puede ser invocada como fundamento de restricciones a las libertades individuales.

4.3 Pena, sistema jurídico penal colombiano y garantías constitucionales

Como hemos visto en todo lo anterior, la pena resulta ser elemento determinante en la configuración de cualquier sistema de control social; a su vez, el instrumento de control social más riguroso que conocen las modernas sociedades es el derecho penal. De igual forma, el tipo de derecho penal con el cual se lucha contra el fenómeno de la desviación nos muestra el tipo de sociedad que se trata de conformar, sea esta democrática o totalitaria. Por eso, el problema de la represión es central en la actual teoría del Estado. Los pueblos como el nuestro se han esforzado por conseguir una sociedad que a la vez que permita el ejercicio de las libertades individuales, permita dicho ejercicio de libertades dentro del marco de un Estado Social de Derecho, que pueda dar respuesta a sus expectativas de justicia material. Recurrámos, entonces, al pensamiento más preclaro -como lo habíamos anunciado- que ha iluminado a la humanidad, es decir, a la Ilustración.

El movimiento político filosófico occidental denominado *iluminista*, asentado sobre las bases de la cultura griega, se nos presenta como el hito desde el cual se desenvuelve la civilización moderna; es entonces la *Ilustración* la base sobre la que se edifican las sociedades y, en especial, el Estado moderno. En Hegel, uno de los más importantes pensadores de la filosofía clásica alemana, el Estado es la realización del espíritu y la concreción de la razón, en él los hombres lograrían su autorrealización como individuos considerados aisladamente y como colectividad, se obtendría de esta manera la superación de la necesidad en su sentido concreto. La *ilustración* sería el principio de la autorrealización humana, la generalización de la racionalidad, el apaciguamiento del hombre y el logro de la convivencia social, todo ello perfectamente posible con la instauración del Estado de la modernidad.

Sin embargo, hay una gran promesa irresuelta del *iluminismo*: la emancipación humana; emancipación del hombre en dos sentidos: como especie y como género; lo primero en cuanto a que superaría la situación de carencia material y, al dominar las fuerzas de la naturaleza, lograría la satisfacción de sus necesidades, y lo segundo, en cuanto pretendía que la modernidad rompiera toda atadura del orden social, es decir, las sujeciones derivadas de

la sociedad de privilegios -sistema socio-económico feudalista- y también las que se mantenían a partir de los rezagos culturales del antiguo régimen -ignorancia, desigualdad, mitos religiosos y metafísicos, etc.-. Esta ruptura implicaba superar toda dependencia y el advenimiento de un nuevo individuo; un hombre libre, desprejuiciado, racional y, sobre todo, autónomo, que radicalizaba la idea de libertad individual, en la que él es considerado un fin en sí mismo; todo lo demás son tan solo instrumentos para el logro de dicha libertad. En esa perspectiva se ubica Beccaria, para quien el Estado y el derecho son propiciadores de autonomía; por ello, el ciudadano sólo debe entregar a la autoridad aquella parte de su libertad que le permita su realización, no solo como especie sino también como género.

Ahora bien, esa determinación de la necesidad del derecho de castigar, referida a las necesidades de protección social y de defensa personal, se nos muestra como inclinada a favor de la defensa de las libertades individuales, pues no de otro modo se entiende que "cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, solo aquella que baste [...] para que le defiendan", la libertad solo puede ser enajenada en microinfinitesimal medida y solo a condición de que el individuo satisfaga la realización de su libertad individual.

El eje programático de “los delitos y las penas” pretende que el Estado tiene legítimo derecho de castigar si lo hace de manera reglada, evitando todo exceso del soberano; por eso reprobaba el uso de la tortura como medio de obtener la verdad, pues no es legítimo que el Estado castigue un crimen con otro crimen: “La tortura misma ocasiona una infamia real a quien la padece; luego con este método se quitará la infamia quitando la infamia” (Beccaria: 54).

4.4 Las finalidades de la pena y el sistema penal posible

No solo las necesidades de prevención de las conductas nocivas deben estar presentes en las tareas represivas de las autoridades colombianas; sin embargo, y este parece ser un punto problemático, la prevención debe ser dosificada o se convierte en inútil, pues la absoluta prevención detiene el desarrollo social, económico y político. Es claro que en la historia de las sociedades hay una enorme lucha por la preeminencia de dos conceptos: la *seguridad*, que implica la necesidad de prevención, y la *libertad*, que implica el desarrollo del riesgo. En esta dirección, la pena debe estar dirigida a la protección de la sociedad -tutela jurídica-, pero no en términos generales y abstractos, como

lo quiso Carrara, sino como lo refiere Beccaria, es decir, como protección de bienes jurídicos tutelados. Lo que no implica que se le niegue algún sentido utilitario, sino que ese sentido utilitario no puede ser nucleado a través de las funciones de intimidación o prevención, debe preferirse la retribución y castigarse de acuerdo con la infracción realizada, finalidad criminosa cumplida, riesgo realizado, rol no cumplido, etc., y este castigo debe estar limitado por las consecuencias que la pena pueda acarrear a los protagonistas del acto criminoso.

En esta perspectiva, creemos que la aplicación ciega de un modelo de derecho penal funcionalista puro no es la forma más racional de dar respuesta al problema planteado; es fundamental investigar cuáles son nuestras necesidades concretas de represión formal y, de acuerdo con ello, desarrollar la legislación que sea más eficaz, no solo frente a las necesidades de configuración y reconfiguración de la sociedad sino a las necesidades de la persona humana.

Tenemos la esperanza de que podamos seguir desarrollando las líneas generales apenas insinuadas en el presente trabajo.

Bibliografía

- ACUÑA VIZCAYA, Francisco, 1991, “El delincuente desde la óptica criminológica”, *Politeia*, Bogotá, Universidad Nacional.
- BECCARIA, Cesare, 1994, *De los delitos y de las penas*, Barcelona, ediciones Altaya.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, 1996, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica.
- CARRARA, Francesco, 1956, *Programa de Derecho Criminal, 2 tomos*, traducción de José J. Ortega Torres, Bogotá, Editorial Temis.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, 1995, *Derecho penal fundamental*, Tomo II, Bogotá, Editorial Temis.
- HASSEMER, Winfried, 1994, *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Editorial Bosh.
- HEGEL, Georg Wilhelm F., 1997, “Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho”, en: ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, Editorial Civitas.
- KAFKA, Frank, 1960, “La Colonia Penitenciaria”, en: *Obras Completas*, Buenos Aires, Ediciones Emece.
- KANT, Immanuel, 1993, *La Metafísica de las costumbres*, Barcelona, Ediciones Altaya.
- MIR PUIG, Santiago, 2002, *Derecho penal*, Parte General, 5 edición, Barcelona, Edit. REPERTOR S.L. (Trasmontant, “La perspective Chrétienne”; Villey, “La fonction rétributive).
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, 1990, *Metodología y ciencia penal*, Granada (España), edición de la Universidad de Granada.
- MUSSOLINI, Benito, 1971, *La doctrina del fascismo*, Bogotá, Ediciones Tercer Mundo.
- NIETZSCHE, Friedrich, 1994, *La genealogía de la moral*, Trad. Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alanza editorial.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros, 2000, *Derecho penal*, Parte general, Buenos Aires, Ediciones Ediar.