

UNA MIRADA CRÍTICA AL USO DE LA PENA
DE PRISIÓN POR LOS JUECES
*GERMÁN SILVA GARCÍA**



A CRITICAL LOOK AT THE USE OF IMPRISONMENT
PUNISHMENT FOR JUDGES

RESUMEN

El trabajo examina bajo qué formas la pena de prisión consignada en el estatuto penal es objeto de apropiación, en consecuencia de usos singulares, por parte de los jueces, lo que implica que ella es concebida, adquiere sentidos y cumple funciones que, con elevada frecuencia, difieren de la manera como está contemplada en la legislación penal o, al menos, conllevan a un desarrollo judicial que en la práctica le agrega atributos particulares a la sanción penal. Estos usos, en muchas ocasiones, son contrarios a un modelo ideal de Estado social de derecho y procuran realizar un derecho penal máximo.

PALABRAS CLAVES: Prisión; Fines de la pena; Funciones de la pena; Tratamiento penitenciario; Resocialización.

SUMMARY

This article discusses the appropriation by judges of the prison penalty, as established in criminal statutes, for singular uses. In this particular context, the prison penalty fulfills functions and acquires meanings which often differ from those established by statute, or at least, lead to judicial developments that in fact add particular attributes to criminal sanctions.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la Universidad de Barcelona, Doctor en Sociología de la Universidad de Barcelona, docente e investigador universitario Director del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE, *e-mail* [germansilva.ilae@hotmail.com].

These uses often contradict ideal models of social constitutional States and are prone to apply criminal law maximums.

KEYWORDS: Prison, Purposes of criminal penalty, Functions of criminal penalty, Penitentiary treatment, Resocialization.

Fecha de presentación: 22 de marzo de 2010. Revisión: 16 de mayo de 2010. Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2010.



INTRODUCCIÓN

Este escrito no sólo sostendrá que las sanciones penales establecidas en la ley son, en grados harto significativos, distintas a las que se aplican en la realidad del mundo penitenciario sino, sobre todo, que los imaginarios de los jueces sobre la pena difieren, no pocas veces, de las concepciones y fines que, se supone, han sido incorporados en los dispositivos de la legislación penal o, en el mejor de los casos, se trata de interpretaciones que conllevan a una transformación de las reglas legales. Puede decirse, incluso, que el legislador establece una clase de sanciones penales con determinadas finalidades, que los jueces hacen una lectura propia de tales penas y sus objetivos que difiere de las consignadas en el ordenamiento jurídico, es decir, a su modo, se apropian de los mandatos legales sobre las sanciones y, en las sentencias, las usan de una forma singular, para que luego también los funcionarios de las instituciones penitenciarias les otorguen a las penas un sentido distinto, a imagen y semejanza de su propio entendimiento¹. En pocas palabras, una es la pena contemplada en la ley, otras son las sanciones aplicadas por los jueces y, finalmente, una cosa distinta son las medidas punitivas ejecutadas por los agentes penitenciarios y realizadas en las prisiones².

1 En ocasiones las aplicaciones judiciales son contrarias a la letra o espíritu de las normas jurídicas, en otras oportunidades se trata de interpretaciones, que involucran una creación judicial de derecho, pero no se contraponen al ordenamiento legal, por cuanto parten de la ley para desarrollar sus mandatos.

2 Un buen ejemplo de lo acotado correspondió en la historia penitenciaria colombiana a la Isla Prisión Gorgona donde, en la práctica, se aplicaba una pena inédita, no contemplada en la ley ni ordenada por el juez en la sentencia, lo que podía contrariar los principios de

Así, por ejemplo, una investigación empírica reciente, ha indagado acerca del entendimiento sobre la pena y sus fines entre guardianes de varias cárceles en Bogotá, para luego de establecer que los guardas de prisiones, en su gran mayoría, ni siquiera conocen cuáles son los propósitos de la pena adoptados en el estatuto penal, arribar a la conclusión de que la pena que realmente se cumple es otra distinta con, obviamente, funciones sociales que se alejan de las metas perseguidas en la ley³. También los operadores judiciales participan de diversos entendimientos acerca de la pena, y son tales concepciones, influidas por diferentes discursos ideológicos, las que van a determinar los sentidos que le son adscritos a dichos dispositivos punitivos y, por ende, los usos que se hace de ellos en las prácticas sociales de la administración de justicia.

Este trabajo, por tanto, va a procurar efectuar una revisión de algunos de los entendimientos y usos que prevalecen entre los jueces acerca de las sanciones penales, esto es, el imaginario judicial sobre para qué son, cuáles son los supuestos que deben comparecer para decidir su imposición, a quiénes deben ser aplicadas, qué criterios predominan para resolver su graduación o dosificación. Para el efecto, en primera instancia, se hará un breve resumen de las prescripciones legales relativas a la pena, junto a algunos otros elementos teóricos de interés, sólo con el interés de construir un referente que permita hacer algunas comparaciones con las prácticas judiciales. En seguida, se procederá a examinar el tipo de apropiaciones que de la pena hacen los operadores judiciales, con los consiguientes usos, para lo cual se consideraran tres grupos distintos: la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y los jueces penales ordinarios.

Las penas en Colombia, donde la sanción privativa de la libertad, valga decir la prisión, es la pena oficial de mayor importancia o principal, pretenden como fines la resocialización, la intimidación (prevención general), la retribución y la prevención especial (art. 4.º, Ley 599 de 2000). La ley no establece ningún orden de prioridad entre las

legalidad y de judicialidad de las penas, al respecto GERMÁN SILVA GARCÍA. *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*, Bogotá, Externado, 1997, pp. 128 y ss.

3 PATRICIA HORTA HERNÁNDEZ. *Vigilar, castigar y remedar*, Bogotá, informe de investigación inédito, 2005, pp. 11 y ss.

distintas finalidades contempladas. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que el juez no tiene que pronunciarse sobre cada una de ellas en la sentencia⁴. En esas condiciones, dicha multiplicidad de aspiraciones buscadas con la punición, aun cuando pueden ser contradictorias, en cualquier caso, deberían asegurar que, por una u otra razón, el individuo encontrado responsable vaya a parar a la cárcel.

Con todo, como se verá un poco más adelante, en forma paulatina se ha ido imponiendo la resocialización en el imaginario judicial hasta tornarse en un fin primordial, que la mayoría de las veces eclipsa a los otros al momento de hacer las valoraciones relativas a la pena. En ese espacio, reviste gran importancia el mandato (art. 10.º, Ley 65 de 1993) que establece que el tratamiento penitenciario consiste en alcanzar “la resocialización del infractor de la ley penal mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina”.

Ahora, las anteriores son, por tanto, las razones que justifican la imposición de las medidas que privan de la libertad a un individuo. Empero, la ley también ha señalado que la imposición de la sanción penal debe responder a principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (art. 3.º, Ley 599 de 2000), lo que apunta a introducir limitaciones a ese uso generalizado de la pena de prisión que ha caracterizado la historia judicial colombiana. Esta disposición genera una zona de tensión con otros preceptos legales y, sobre todo, con las ideologías preponderantes en el ámbito judicial. Se trata de una confrontación entre esa tendencia hacia el derecho penal máximo, que se inclina por el abuso de la prisionalización y, en la otra orilla, la norma citada que restringe el empleo de la pena privativa de la libertad, en especial, sujetándola a consideraciones de necesidad y razonabilidad⁵.

No sobra advertir que, en realidad, la legislación penal se refiere a los fines de la pena, aun cuando de manera equivocada alude a las funciones. Los conceptos de fin y función, tal como han sido explica-

4 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 11 de diciembre de 2003, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, expediente, 16576.

5 En estricto sentido, el llamado principio de proporcionalidad supone una relación entre dos cosas, delito y sanción, que tienen una naturaleza distinta, por lo cual es imposible lógico hablar de proporcionalidad. El daño ocasionado con el delito es, en todo caso, un referente para la determinación de la pena.

dos en la sociología son diferentes, y la distinción que suponen es de significativa utilidad teórica⁶. Los fines tienen que ver con el mundo del deber ser, se refieren a las motivaciones, metas u objetivos que son perseguidos por una norma, institución, acción o medida que es adoptada. Los fines derivan de decisiones, en consecuencia son prescriptivos y no están sujetos a juicios empíricos sobre su falsedad o verdad, aunque puede debatirse su estructura lógica, también es posible discutir su legitimidad, los valores en que se funda, si son justos o no, etc. La filosofía, en especial, es una disciplina de indudable utilidad para el examen de los fines sociales y políticos.

Las funciones sociales están relacionadas con el mundo del ser, abarcan las consecuencias o efectos sociales que se desprenden en la práctica de una determinada norma, institución, acción o medida que es planteada o ejecutada. No son meros hechos, sino abstracciones teóricas con un cierto valor de generalización que se infieren de los sucesos o fenómenos. Las funciones emergen de los hechos, en consecuencia son descriptivas y, además, susceptibles a la verificación empírica. La sociología, al igual que otras ciencias sociales de base empírica, es de gran utilidad para el análisis de las funciones sociales. Ahora, es evidente que, en no pocas oportunidades, los fines perseguidos con el concurso de normas jurídicas, en la realidad social, conducen al cumplimiento de funciones sociales diversas, incluso, opuestas a los fines. De allí que, en la hipótesis de las sanciones penales, sea pertinente plantearse cuáles son los fines que han sido fijados e interrogarse después acerca de las funciones sociales que se han llevado a cabo en la realidad y, de modo particular, si ellas son o no coincidentes con los fines declarados de manera oficial.

Al tiempo, puede afirmarse que determinar si se impone o no una pena, específicamente, por qué, cuándo y cómo se estipula una sanción punitiva, constituye el objetivo fundamental del derecho penal. Por tanto, los fines de la pena, tantas veces descuidados en la enseñanza del derecho, la doctrina y la jurisprudencia, en términos teleológicos, representan la razón de ser de un derecho, cuya denominación, precisamente, alude a ese objeto.

6 El concepto de función social, al igual que la clasificación principal sobre el tipo de funciones, pueden ser consultados en ROBERT K. MERTON. *Teoría y estructura sociales*, 3.ª ed., México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 92 y ss.

Los fines oficiales de la pena, en concordancia con varios elementos que le son anexos, tienen efectos sobre otras figuras del derecho como la suspensión condicional de la ejecución de la pena o condena de ejecución condicional y la libertad condicional. Respecto de la antigua condena de ejecución condicional (art. 68, Ley 100 de 1980), era necesario determinar, además del aspecto objetivo referido al monto de la pena (arresto o prisión no mayor de tres años), los supuestos del aspecto subjetivo, lo que conllevaba a valorar si la personalidad, la naturaleza y las modalidades del hecho punible hacían necesario el tratamiento penitenciario que, como se indicó antes, tiene por fin la resocialización. El actual artículo 63 del Código Penal (Ley 599 de 2000) comprende también el mismo aspecto objetivo (pena de prisión de tres años, mientras que la sanción de arresto fue eliminada) y el subjetivo, cuya verificación debe comprobar si los antecedentes personales, sociales y familiares, al igual que la modalidad y gravedad del delito hacen necesaria la ejecución de la pena, todo lo cual implica una ligera modificación en el subrogado, además de las nominales.

El estudio de la personalidad del cual trataba el Código derogado se subsume dentro del examen de los antecedentes personales, pero la novedad radica en que el juicio se extiende a los antecedentes familiares y sociales, junto a otras clases de antecedentes personales no necesariamente vinculados a la personalidad. La “naturaleza y modalidades del hecho punible” son, a su vez, equivalentes a la “modalidad y gravedad de la conducta punible”, luego en este evento no hay modificaciones. Finalmente, la referencia al tratamiento penitenciario, como objeto del análisis que debía emprender el juez, deriva en algunos cambios al confrontarla con el nuevo referente: la “necesidad de ejecución de la pena”. La relevancia del tratamiento penitenciario, que involucra a la resocialización, no desaparece, pues ella puede ser la razón que hace necesaria la pena, pero la nueva disposición amplía el horizonte para también incluir las restantes finalidades de la pena⁷.

7 No obstante, la jurisprudencia ha sostenido que el cambio fue apenas nominal (a fin de rechazar peticiones de aplicación del principio de favorabilidad), puesto que se alega que condena de ejecución condicional y suspensión condicional de la ejecución de la pena conservan la misma estructura, Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 29 de mayo de 2003, M. P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS, expediente 20309.

En otro plano, la consecuencia de la primera de las modificaciones comentadas, es que la gama de factores relativos al autor del delito se amplían de modo notable, al punto de consolidar las infiltraciones del derecho penal de autor en la legislación. En esos términos un individuo será sujeto a prisión, no tanto por el delito en el cual incurrió, sino por sus antecedentes personales, familiares y sociales. La ilegitimidad del mandato es patente, si por ejemplo, una persona delinque motivada por la pobreza, lo que constituye un antecedente social, entonces podrá ser enviada a la cárcel, sin el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, porque es pobre. De esa forma, lo que se criminaliza es la pobreza. Inclusive, si semejante consideración fuera fundamento legítimo para enviar a alguien a la cárcel, podrían seleccionarse a los pobres para remitirlos a prisión antes de delinquir. La repercusión de la segunda modificación reside en que la ampliación de los referentes utilizados para decidir la concesión del subrogado (necesidad de ejecución de la pena), también ensancha las razones por las cuales puede denegarse el beneficio de la condena de ejecución condicional.

De otra parte, es conveniente cerrar este acápite introductorio con una puntualización concerniente a la resocialización, que debería leerse para meditar luego en torno a las diversas posiciones de la judicatura que serán examinadas. La investigación empírica sociojurídica, además de la doctrina avanzada, ha concluido que la ejecución de la resocialización no es viable en el ámbito de las cárceles, que carece de legitimidad y no es compatible con un Estado social de derecho⁸. Al contrario, el internamiento en la cárcel sería un factor criminógeno, no de recuperación social del reo⁹.

8 FRANCISCO MUÑOZ CONDE. “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979, pp. 626 y ss.; LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y razón*, 2.ª ed., Madrid, Trotta, 1997, pp. 264 a 274; JUAN BUSTOS RAMÍREZ. *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Temis, 1986, p. 96; ROBERTO BERGALLI. “¡Esta cárcel que tenemos... (pero no queremos)!” en *Derecho penal y Criminología*, n.º 45, Bogotá, Externado, 1991, pp. 131 y ss.; NORVAL MORRIS. *El futuro de las prisiones*, 3.ª ed., México D. F., Siglo XXI, 1985, pp. 38 y ss.; FERNANDO VELÁSQUEZ V. *Derecho Penal*, 3.ª ed., Bogotá, Temis, 1997, pp. 117 y 118; ANDREW VON HIRSCH. *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1998, p. 117.

9 VINCENZO FERRARI. *Diritto e società*, Bari, Laterza, 2004, p. 91.

PLANTEOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En cuanto a la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, la resocialización constituye una finalidad de la pena de la mayor relevancia que, dada la forma como ha sido concebida de modo específico, sobre todo, trasciende en usos que están orientados a asegurar una mayor prisionalización. Esto se advierte, como un rasgo general, en las decisiones que atañen al tratamiento penitenciario que supuestamente debe conducir a la rehabilitación del penado, lo que se traduce en negativas que rechazan la concesión del beneficio de la suspensión de la pena o condena de ejecución condicional y de la libertad condicional.

Por ejemplo, en un caso en el que fue solicitado el último de los beneficios citados, la Corte Suprema de Justicia deniega la petición luego de reconocer que el factor objetivo se verifica, y respecto del factor subjetivo afirmar que, en efecto, la condenada se había resocializado, pero todavía no se había rehabilitado lo suficiente, porque debía convertirse en un ejemplo para la sociedad. Si la resocialización fuera posible, el imperativo lógico sería declarar que una persona está o no resocializada, pues es absurdo sostener que no lo está en modo suficiente, ya que en ese caso habría que concluir que no se ha resocializado aún y, por otra parte, en ningún momento la ley exige que la readaptación del sentenciado deba alcanzar cotas tan altas, casi heroicas o santificables, como para verlo transformado en un ejemplo a seguir para los demás miembros de la sociedad¹⁰.

Una de las más importantes determinaciones de la Corte Suprema, con hondas repercusiones en la valoración del tratamiento penitenciario, cuya necesidad es condición para la remisión a prisión y de la resocialización, radicó en la introducción jurisprudencial de dos principios o criterios que, en su concepto, debían aplicarse a las valoraciones que al respecto emitían los operadores judiciales, cuales eran: el de la idoneidad del operador judicial para decidir y el de la subjetividad de su decisión¹¹.

10 GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. IV, "Las ideologías profesionales", Bogotá, Externado e ILSA, 2001, pp. 155 y 156.

11 Una presentación y análisis del tema en GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. II, "Las prácticas jurídicas", Bogotá, Externado e ILSA, 2001, pp. 82 y 83.

En razón al primero de los principios, la Corte partía de afirmar como un axioma que el juez era idóneo, valga decir, poseedor de los saberes y competencias indispensables para determinar si una persona requería de tratamiento penitenciario. No obstante, dicha suposición establecida por vía de autoridad no es más que una ficción que sobrepasa a las mejores novelas del género: el juez no recibe en la universidad una formación en la materia, que además significa una preparación en áreas no jurídicas y, de manera suplementaria la información que posee acerca del reo es ínfima, por ende, ni siquiera dispone de los datos indispensables para hacer el juicio acerca de la necesidad del tratamiento. Debido al segundo de los principios, se caracterizaba la resolución sobre el tratamiento penitenciario como subjetiva, es decir, producto de la íntima convicción del juez. Al parecer la Corte cree que los restantes componentes de la decisión judicial que resuelve sobre la responsabilidad penal son objetivos, aun cuando la sentencia es una decisión, por ende, tiene un carácter prescriptivo, que emerge de un juicio de valor, es decir, en todos los aspectos que atañen al tema indicado es siempre un acto subjetivo. Con todo, el efecto, cabe decir la función social, de la combinación de los dos principios, a pesar de basarse en argumentos falsos, era el de blindar las determinaciones judiciales sobre el tratamiento penitenciario contra todo cuestionamiento. Si el juez sabía lo que hacía, o sea, era perito para tomar la decisión, si el juez adoptaba una resolución que emanaba de su intimidad, es decir, podía ser subjetivo, no sería factible debatir ni cuestionar la decisión, como tampoco solicitar pruebas en contrario.

En cuanto a la retribución, dentro de la doctrina moderna del derecho penal representa la otra gran tendencia en materia de justificación de las sanciones punitivas, como quiera que, de manera principal, la doctrina aparece hoy dividida entre quienes perseveran en sostener a la resocialización, reeducación, reinserción o readaptación social como fin fundamental de la sanción y aquellos que, por otra parte, postulan a la retribución justa como finalidad esencial de la pena. En ese escenario, la Corte Suprema de Justicia, que en todo caso conviene en respaldar de modo simultáneo ambos fines, de acuerdo con reiteradas jurisprudencias, ha definido la retribución como expiación¹².

12 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 29 de mayo de 2003, M. P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS, expediente 20309.

Aquí resulta indispensable explicar, aunque sea de manera sumaria, que frente a la retribución han existido a lo largo de la historia del derecho penal variadas posturas doctrinales, con sustanciales diferencias de concepción entre sí. Ahora, de todos los discursos retribucionistas, que poseen expresiones tanto clásicas como contemporáneas, por ejemplo con autores como FEDERICO HEGEL o GÜNTHER JAKOBS, para sólo mencionar algunas, aquella que entiende a la retribución como expiación no sólo constituye la versión más arcaica, prácticamente ausente en la teoría moderna del derecho penal, también la más cuestionada en términos filosóficos y políticos sino que, además, no es la adoptada por el estatuto penal colombiano¹³. En el último sentido, cabe señalar que el término que introdujo el último estatuto penal, en comparación con el Código anterior (art. 12, Ley 100 de 1980), el cual refiere que la retribución debe ser “justa”, es un agregado que remite a la moderna teoría retributiva de la pena y descarta el discurso de la expiación.

La idea de expiación, que tiene un origen religioso cristiano, y responde a las ideas de pecado y penitencia, donde el dolor debe redimir al pecador por medio de la expiación de la culpa, hizo de la sanción penal un sinónimo de castigo¹⁴. Empero, así mismo, al ser la pena un castigo correlativo a la falta, como justificación de la pena derivaba en simple venganza, ya que al daño irrogado con el delito la respuesta era infringir otro daño al reo. Ahora, el patrocinio de la venganza como justificación de la pena no es compatible con un Estado social de derecho, pues finalmente la venganza es solamente la satisfacción de saber que se ha producido perjuicio y dolor a otro.

La posición de la Corte Suprema de Justicia que asume a la expiación como significado de la retribución, si bien es ajena a las corrientes contemporáneas del derecho penal, es compatible con el entendimiento común de la mayoría de la población, que impera en el saber

13 Una revisión de varias de las más importantes líneas teóricas sobre la retribución en GERMÁN SILVA GARCÍA. “La resocialización y la retribución. El debate contemporáneo sobre los fines y las funciones de la pena”, en JAIME BERNAL CUÉLLAR (COORD.). *Memorias XXV jornadas internacionales de derecho penal*, Bogotá, Externado, 2003, pp. 307 y ss.

14 FERRAJOLI. *Derecho y razón*, cit., p. 254. También, SANDOVAL EMIRO HUERTAS. *Penología. Parte general*, Bogotá, Externado, 1982, pp. 48 y 49.

cotidiano, donde la pena es percibida simplemente como castigo e, igualmente, concuerda con el parecer de muchos de los agentes del sistema penitenciario. La retribución, incluso comprendida como expiación, no tiene los efectos prácticos directos que posee la resocialización en el campo jurídico, sin embargo, de manera indirecta, retrata la ideología del derecho penal máximo dominante en la Corte y otras instancias, lo que tiene una repercusión menos visible en las prácticas judiciales del derecho, pero mucho más importante, porque impulsa a los operadores jurídicos a buscar y obtener siempre interpretaciones del derecho que aseguren el mayor castigo, lo que suele traducirse en niveles superiores prisionalización.

Sobre la prisión domiciliaria, una medida destinada a reducir la problemática del hacinamiento carcelario, reducir costos y procurar un uso racional de la prisión, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha introducido elementos que varían sustancialmente las condiciones y el objeto del dispositivo. Cabe recordar que según el artículo 38 del Código Penal, la prisión domiciliaria, en tanto mecanismo sustitutivo de la prisión en establecimiento penitenciario, procede cuando quiera que la sanción mínima prevista en la ley no exceda de los cinco años, se preste además caución que garantice el cumplimiento de las obligaciones que comporta y que la vida personal, laboral, familiar o social del condenado no permitan concluir que colocará en peligro a la comunidad o que evadirá el cumplimiento de la pena. Tales consideraciones, conforme a su naturaleza, tienen que ver, en el primer caso, con la prevención especial (no delinquirá amparado por el sustituto punitivo) y, en el segundo, con la retribución (no burlará la sanción).

Pues bien, la Corte, al interpretar la figura, ha reorientado su sentido hasta desnaturalizarla, ya que para efectos de negar el beneficio, procede a tomar una finalidad de la pena distinta como referente: la prevención general, a lo que agrega ponderaciones relacionadas con la alarma social, que no tienen lugar en la legislación penal colombiana¹⁵. Para la Corte Suprema el propósito de disuadir en otros la idea

15 De manera adicional, el desasosiego en la comunidad al que alude la Corte Suprema de Justicia, asimilable a la noción de alarma social, aparece conectada a políticas punitivas populistas, que responden a demandas de seguridad y castigo de la población, como una estrategia política para calmar los miedos sociales, donde no interesa mucho el delito,

de la comisión de hechos delictivos quedaría desactivado e, incluso, semejante cuadro de impunidad animaría a la comisión de delitos, si la comunidad advierte que el condenado regresa a su casa¹⁶. Empero, la prevención general no es la finalidad de la pena involucrada en las dos hipótesis consignadas en la ley para reprobar el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

No hay una correlación entre el ingrediente que plantea como condición el poner en peligro a la comunidad y la decisión de asegurar la prevención general. La idea de colocar en peligro a la comunidad, que supone el riesgo de la comisión de un nuevo delito por parte del sentenciado, es una cosa muy distinta a que integrantes de la comunidad vayan a poner en peligro a la sociedad, como resultado del supuesto mal ejemplo implícito en la sanción de prisión domiciliaria. Así mismo, de acuerdo con la ideología dominante en la Corte, es palpable que la prisión domiciliaria no es vista como una sanción penal, aun cuando se trata de una especie de pena privativa de la libertad, sino como un dispositivo que genera impunidad.

Ahora, el adoptar una medida de mayor gravedad punitiva, dentro de la meta de preservar el supuesto poder intimidativo del derecho penal, significa que se convierte al condenado en un instrumento de los fines del Estado, si se quiere en un “chivo expiatorio”, lo cual es contrario al derecho penal democrático. So pretexto de amenazar a otros con el ejemplo de la sanción, se agrava la situación del sentenciado, que de tal manera resulta penado no por el delito que cometió (principio de culpabilidad), sino por consideraciones de la política penal del Estado.

LOS DISCURSOS DE LOS JUECES PENALES ORDINARIOS

Respecto de las finalidades de la pena, las posiciones ideológicas de los operadores judiciales en los escalones menores de la administra-

sino generar la sensación simbólica de su control severo frente a la criminalidad, al respecto DAVID GARLAND. *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University, pp. 140 y ss.

16 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 27 de abril de 2005, M. P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS, expediente 17718.

ción de justicia penal son variadas. No obstante lo cual, comparecen algunas tipologías que tienen grados significativos de representación. Así mismo, ocurre que la finalidad de la resocialización concentra en forma abrumadora el lugar principal en las concepciones y en las sentencias proferidas por esos jueces penales¹⁷.

Una de las tendencias mencionadas, que tiene también opositores entre los jueces, pero que, en todo caso, goza de un apoyo significativo, es aquella que utiliza los antecedentes penales como factor decisivo para resolver si una persona requiere o no de tratamiento penitenciario y, en consecuencia, disponer las medidas punitivas pertinentes. Es decir, los antecedentes penales, que muchas veces en estricto sentido jurídico ni siquiera lo son porque se trata de meras imputaciones, son considerados un antecedente personal o social que hace necesaria la ejecución de la pena¹⁸. Existe un cierto consenso en cuanto a que el ordenamiento jurídico colombiano abandonó el modelo del derecho penal de autor, para fundar las respuestas del control social jurídico en un derecho penal de acto. Sin embargo, los antecedentes penales han sido, por excelencia, un recurso del derecho penal de autor, tal como aparece con claridad en la doctrina de la escuela positivista del derecho penal y la criminología, que toma a la reincidencia como signo inequívoco de peligrosidad criminal y que, a su vez, concibe a la peligrosidad como el objeto principal de las intervenciones penales que habrán de asegurar los principios de la defensa social¹⁹. De manera paralela, al irrogar una consecuencia punitiva negativa al imputado en razón a la existencia de antecedentes penales, se utiliza el delito anterior para sancionar dos veces al autor, lo cual es manifiestamente contrario a los principios elementales del derecho constitucional y penal colombiano.

Con relación al tratamiento penitenciario, la utilización de recetas, tanto para concluir que es requerido, como para descartarlo, es

17 SILVA GARCÍA. *Las ideologías*, cit., p. 167.

18 La prohibición constitucional de tomar como antecedentes penales simples sindicaciones es burlada con el recurso de definir las como antecedentes personales o de la personalidad.

19 La defensa social fue la política penal apadrinada por los regímenes fascistas en Europa, también por los Estados totalitarios del llamado socialismo “real”, con la inspiración de la escuela positivista del derecho penal y la criminología. Sobre los vínculos de la reincidencia y la peligrosidad con la escuela positivista: ENRIQUE FERRI. *Principios de derecho criminal*, Madrid, Reus, 1933, p. 270; ENRICO ALTAVILLA. *La dinámica del delito*, t. II, Bogotá, Temis, 1962, p. 649.

una práctica notoriamente frecuente. Las recetas son fórmulas típicas que se aplican de manera indistinta a situaciones que se consideran análogas, pero como los casos son complejos y se diferencian entre sí, lo que suceden es que ellos terminan adaptándose a la receta y, así, la tipificación es la que define la realidad social o, mejor dicho, suprime los elementos fácticos diferenciales para construir la realidad social a su imagen y semejanza²⁰.

En las prácticas penales que envuelven a los jueces ordinarios, se acostumbra despachar el pronunciamiento sobre el tratamiento penitenciario y la resocialización en dos o tres renglones, sin análisis alguno, para lo que se recurre a una receta que se aplica en forma idéntica caso tras caso, como si todos ellos fueran iguales²¹. En esos términos la decisión judicial deviene en una especie de determinación estándar, que se aplica bajo un formato a cualesquiera casos.

En cuanto a los usos dados a las instituciones del tratamiento penitenciario y la resocialización resulta de interés comparar las posiciones, en lo que toca a la educación percibida por el reo, asumidas por los jueces penales ordinarios y la sala penal de la Corte Suprema de Justicia. Al valorar la cuestión del nivel de educación alcanzado por el procesado o condenado, los jueces penales comunes, en muchos eventos, consideran que las deficiencias en la materia, representadas en un bajo o ningún grado de escolaridad serían un síntoma inequívoco de la necesidad de tratamiento penitenciario, puesto que la falta de educación se correlaciona con la criminalidad. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia arriba a una conclusión idéntica, pero con argu-

20 La teoría sociológica de la fenomenología desarrolló la tesis sobre la construcción social del mundo a partir de recetas, lo que puede ser consultado en SCHÜTZ, ALFRED. *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu, 1962, pp. 39 y 44; SCHÜTZ, ALFRED. *La construcción significativa del mundo social*, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 205 a 235. También, PETER BERGER y THOMAS LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1991, pp. 74, 75 y 94.

21 Hay casos en los que la receta consiste, con una redacción casi idéntica, en la introducción de una nota muy breve (que replica la hipótesis normativa), de carácter abstracto, sin argumentos ni análisis, como tampoco ninguna mención especial al imputado o condenado, SILVA GARCÍA. *Las ideologías*, cit., p. 186. Empero, las decisiones que se apoyan en el argumento de la preexistencia de antecedentes penales para negar el subrogado, aunque contienen un argumento, se plasman también en una fórmula típica que se itera sin modificaciones en casos considerados similares.

mentos radicalmente opuestos. Para el tribunal, que suele conocer de casos que involucran a personas con una posición social elevada, a diferencia de lo que ocurre sobre todo con los jueces penales municipales, un alto grado de escolaridad, por ejemplo representado en una formación universitaria, implica deberes superiores o una mayor exigibilidad de comportamiento, donde en mejores condiciones socioeconómicas de lo que la educación es un indicador, la criminalidad implicaría insuficiencias en el campo moral, lo que a su vez demandaría el tratamiento penitenciario.

Entonces el componente educación, cuando implica baja escolaridad, es tomado en cuenta para proscribir el envío a prisión y, de manera simultánea, en otra instancia de la justicia, cuando detecta una escolaridad avanzada, es considerado para basar el mandamiento de prisión. De tal modo, igual elemento, aunque interpretado de manera opuesta, lo que significa el contrasentido lógico de afirmar dos cosas distintas sobre un mismo respecto, es usado en ambos casos para dictaminar la prisionalización²².

Otros funcionarios judiciales se han rebelado contra el factor subjetivo incurrido en los juicios sobre tratamiento penitenciario y resocialización, en la práctica de la administración de justicia, lo que significa que sólo contemplan el factor objetivo al momento de tomar decisiones como las referidas a los subrogados penales²³. Un sector de la judicatura, entonces, se muestra reacio a convertir en su objeto de trabajo algo que, en la práctica, no existe: la resocialización. El planteo, que omite una de las exigencias normativas en las valoraciones judiciales, no obstante lo anterior, es compatible en mayor medida con el espíritu del Estado social de derecho.

Otra tipología considera que la "utilidad social", calificada como el desempeño de alguna actividad útil en prisión para la sociedad, el condenado o para la reparación de la víctima, justifica la pena²⁴. Sin embargo, dicho propósito no está incluido dentro de la baraja de alternativas de la ley penal nacional. Así mismo, aun cuando es deseable

22 GERMÁN SILVA GARCÍA. "Ideologías punitivas y tratamiento penitenciario en la justicia", *Revista Derecho del Estado*, n.º 7, Bogotá, Externado, 1999, p. 181.

23 SILVA GARCÍA. *Las ideologías*, cit., p. 168.

24 *Ibid*, p. 168.

que el encierro en prisión sea socialmente útil, este tendría que ser un valor agregado a la pena de prisión que, en consecuencia, tendría que estar previamente justificada en una consideración distinta. Es más, puede que la reclusión carcelaria sea aprovechada por el prisionero para progresar con la superación de deficiencias que posea, por ejemplo, en el terreno de su educación, pero nunca podría afirmarse que la pena se legitima debido a la existencia de esas deficiencias, porque ello llevaría al exabrupto de mandar a la prisión a las personas, no por el delito cometido, sino por insuficiencias socioeconómicas y personales (el analfabetismo o una baja escolaridad, por ejemplo). Con todo, la visión comentada puede reforzar de modo indirecto la resocialización y el uso de la cárcel como solución, a la par de suministrarle al operador judicial un discurso que le hace sentirse mejor emocionalmente cuando ordena la prisión: creer que hace algo para el bien o a favor del condenado.

Sobre la dosificación punitiva, la ley penal contempla un conjunto de reglas para orientar la decisión en cuanto al monto de la pena a imponer, es decir, su graduación entre un mínimo y un máximo, lo que en todo caso permite distintas estimaciones del operador judicial y, sobre todo, representa una amplia franja para hacer elecciones. En ese sentido, una investigación que analizó distintas sentencias condenatorias de jueces penales municipales radicados en Bogotá encontró varios hallazgos que representaban diferentes tendencias.

Allí se detectó, dentro de una primera tipología, que los jueces imponían condenas de prisión distintas para delitos análogos, aunque las variaciones no eran descomunales. De otra parte, se estableció que frente a delitos diversos, por ejemplo, en razón al número de agravantes que concurrían, con alguna frecuencia relevante, se imponían penas menos severas para los delitos mayores en comparación con aquellos más leves. En tercer lugar, se halló que frente a casos distintos, en particular por el daño ocasionado con la infracción, se aplicaban penas idénticas. En cuarto término, la investigación arrojó evidencias en cuanto a que en casos diferentes, que debían percibir sanciones distintas, lo que en efecto acaecía, las medidas punitivas adoptadas eran desproporcionadas con relación a las variables que incidían en la individualización de la pena. Finalmente, una quinta tendencia judicial mostró que las penas eran dispensadas de manera

congruente con la legislación y con los criterios de dosificación penal²⁵. Las cuatro primeras tendencias evaluadas, la quinta sería inobjetable, contraían una violación a los principios de igualdad, de rango constitucional, y de justedad de las penas (retribución)²⁶. La interpretación de las razones que motivaban esos resultados dispares no podían ser dilucidadas con la investigación citada, pero la arbitrariedad y la penetración de preferencias y actitudes ideológicas singulares se erigen como dos hipótesis interesantes.

De otra parte, la tercera tipología mencionada, casos distintos con penas equivalentes, lo que tenía una expresión habitual en los delitos de inasistencia alimentaria, donde con independencia del tiempo transcurrido sin brindar los alimentos, el número de hijos desatendidos, etc., se imponía casi siempre la misma pena (12 meses), implicaba otro tipo de justicia fundado en recetas o tipificaciones sociales.

POSTURA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, por su parte, se pronunció en forma profusa sobre la finalidad de la resocialización. Lo interesante del caso, a su vez lo paradójico, radica en que el alto tribunal no resolvió la inexecutable de las normas que le servían de soporte, a pesar de las múltiples evidencias que comprueban la afectación de derechos fundamentales como los referidos a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia. Al contrario, la Corte Constitucional optó por el extraño camino de construir un concepto propio de resocialización que, entonces y conforme a su peculiar interpretación, fuera compatible con la norma fundamental.

La resocialización corresponde a un nuevo proceso de socialización, que implica “borrar” o suprimir las socializaciones anteriores, primaria y secundarias, para implantar en el individuo determinados valores y actitudes seleccionados por quienes dirigen la reeducación

25 GERMÁN SILVA GARCÍA y RAFAEL VELANDIA MONTES. “Dosificación punitiva. Ideologías y principio de igualdad”, *Sociología jurídica. Análisis del control y del conflicto sociales*, Bogotá, Externado, 2003, pp. 363 y 364.

26 Una explicación sobre el carácter justo que debe poseer la pena para que sea retributiva en JOSÉ CID MOLINÉ. *¿Pena justa o pena útil?* Madrid, Ministerio de Justicia, 1994, pp. 114 a 118.

(se supone que serían las normas de la sociedad). Para llevarla a la práctica serían necesarios dispositivos como: un control total sobre el destinatario, la negación de status anteriores y la utilización de sanciones severas²⁷. Como socialización se trataría un proceso de aprendizaje, el cual busca que el sujeto interiorice o internalice los contenidos, roles o mensajes, que le son suministrados, mediante técnicas conductistas, concretadas en este caso en el llamado tratamiento progresivo penitenciario. No muy distantes son los planteos de la psicología, que en este contexto y desde la perspectiva comprometida con la rehabilitación carcelaria, ha definido a la prisión como un escenario para la intervenciones terapéuticas sobre los presos o tratamiento, orientadas a variar su comportamiento, con técnicas clásicas de modificación de conducta, por medio de programas que tienen por objetivo principal influir en el modo de pensamiento de los delincuentes, en su desempeño de roles y que buscan moldearlo y entrenarlo en ciertas habilidades sociales²⁸.

Para la Corte Constitucional, en cambio, la nueva resocialización imaginada tendría las siguientes cualidades: 1. Supondría para el reo “el respeto de su autonomía y dignidad”, aunque la institución supone la supresión de la autonomía, de por sí ajena a quien se encuentra privado de su libertad, y comporta en razón a las técnicas que emplea y a la necesidad de eliminar la identidad social del interno un atentado contra la dignidad humana; 2. Debía ser entendida respecto de la administración como “obligación institucional de ofrecer todos los medios para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer ese desarrollo”, a pesar de la incongruencia manifiesta que para una institución total, como es la prisión, acarrea el deber supuesto de asegurar la libertad; 3. Significaría no la imposición de determinados valores al prisionero, sino “la autodeterminación” para que con el suministro de los medios solicitados, el recluso busque su reinserción social, aun cuando esta finalidad de la pena traduce, en razón a su naturaleza, precisamente, una imposición de valores y la modificación de la con-

27 JULIO IGLESIAS DE USSEL. “Socialización y control social”, en SALUSTIANO DEL CAMPO (ed.). *Tratado de sociología*, t. I, 2.ª ed., Madrid, Taurus, 1992, p. 172.

28 JORGE SOBRAL. “Psicología jurídica”, en JOSÉ LUIS ÁLVARO, ALICIA GARRIDO y JOSÉ RAMÓN TORREGROSA (coords.). *Psicología social aplicada*, Madrid, McGraw Hill, 1996, pp. 263 y 264.

ducta, que siendo forzada y dirigida por la autoridad, no ofrece margen alguno a la autodeterminación reclamada, ni puede hacerlo, dado que ni siquiera es percibida de manera consciente por su destinatario y cuyo no acatamiento le implica sanciones de distinta índole²⁹.

No obstante, esa labor ingente de construcción teórica afrontaba un pequeño problema: la noción de resocialización de la Corte se separaba de la definición elaborada y adoptada, en medio de un consenso general y universal, por las ciencias sociales y humanas, en especial por la sociología y la psicología; pero sobre todo significaba no sólo un disenso, sino una dirección conceptual del todo contraria a las acepciones asumidas por la administración de justicia penal, desde los juzgados municipales hasta la Corte Suprema de Justicia; al tiempo que, de modo análogo, contrariaba la opinión común de la doctrina del derecho penal sobre la resocialización³⁰.

De manera paralela, al idear esa novedosa significación adscrita a la resocialización, la Corte hacía caso omiso de la realidad social, no apenas al creer que su resocialización era posible en el escenario de las cárceles colombianas, también al pensar que la pena de prisión puede resocializar. Finalmente, la Corte Constitucional contravenía la propia naturaleza de la noción de resocialización, esto es, sus atributos materiales, los cuales se han inferido en forma empírica. Ciertamente es que la palabra, valga decir el discurso, tiene el don de edificar realidades sociales, pero es en extremo difícil que esto ocurra como simple y mecánico efecto de variar el sentido de un término. Categorías tales como proceso de socialización y resocialización, son elementos con-

29 Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 1997, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; Corte Constitucional. Sentencia C-261 de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

30 De bastante mayor coherencia con la teoría sociológica sobre la resocialización es el concepto de la Corte Suprema de Justicia, para la cual, por resocialización debe entenderse la adaptación de una personalidad al medio del cual se desprendió (la sociedad), en razón de la conducta y del delito cometido, para lo cual se busca que el individuo retorne al medio social desprovisto de aquellos motivos, factores y estímulos que lo han llevado a delinquir, lo que se obtiene mediante el tratamiento penitenciario, Corte Suprema de Justicia. Auto del 20 de septiembre de 1999, M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, expediente 12694. Por lo demás, se advierte con facilidad que el concepto, con sus implicaciones, es del todo distinto al promovido por la Corte Constitucional. Así mismo, es una noción compatible con las reglas y modelo teórico de operación del régimen penitenciario, lo que no acaece con la acepción ideal imaginada por la Corte Constitucional.

ceptuales de índole descriptiva introducidos por la sociología, como resultado de una teorización de los hechos sociales que los representan. De allí que no pueda variarse el sentido y alcance de un concepto teórico de la sociología por el simple efecto de una decisión, como si se tratara de un término prescriptivo, aun cuando es claro que de modo tradicional los abogados suelen pensar lo opuesto: que basta una decisión, condensada en una norma o en una sentencia, para transformar la realidad social.

Sobre todo, debe notarse la incongruencia del planteamiento sobre la “autodeterminación” del prisionero en su proceso de rehabilitación, en comparación con la ilustrativa exposición de la psicología que fue citada antes, donde ese mismo proceso implica una intervención dirigida con el concurso de técnicas conductuales, con la aspiración de modificar el comportamiento e incidir en el cambio de pensamiento del recluso, cuestiones todas que descartan la autodeterminación. También deben subrayarse las diferencias con la impresión de la Corte Suprema de Justicia sobre la resocialización que, igualmente, significa una intervención activa de los agentes penitenciarios destinada a suprimir aspectos del sujeto que se consideran negativos, puesto que se les endilga la motivación del delito. Por último, el imaginario de la Corte Constitucional debe ser confrontado con la figura del tratamiento penitenciario, el instrumento de la resocialización, que no aparece incorporado en el Código Penitenciario y Carcelario como un aditamento sujeto a la autodeterminación, sino como un dispositivo de intervención sobre el recluso que debe ser ejecutado por los funcionarios de prisiones.

A fin de cuentas, si la resocialización dependiera de la autodeterminación y fuera libre, deberían ser los propios reclusos los que tendrían que calificar si la han alcanzado, pero como ello no es así, porque son jueces y agentes del sistema penitenciario los que determinan si dicha meta se ha logrado, entonces a los prisioneros les toca acomodarse a los parámetros de los jueces y los funcionarios de prisiones para que se concluya que se han resocializado, luego no hay autodeterminación posible.

Son los componentes anteriores los que ilustran la enorme paradoja expuesta por la Corte Constitucional. Crea un concepto de resocialización contrario a la teoría sociológica, al saber de la psicología,

a la ideología de los jueces penales que la usan cotidianamente, a la doctrina penal, a la realidad material y a la misma naturaleza y características de la institución social, pero a la vez piensa que su noción será aplicada por todos y, con la tranquilidad que le puede dispensar ese estado de cosas, decide no dictaminar la inconstitucionalidad de la figura de la resocialización.

Por tanto, como quiera que es improbable que de acuerdo con la situación descrita alguien vaya a utilizar dicha categoría de resocialización, la cual es también del todo ajena a los funcionarios del sistema penitenciario, el único efecto práctico de la decisión de la Corte Constitucional aparece limitado a mantener la intangibilidad de la resocialización, pero para ser aplicada tal como es entendida en otras esferas de la administración de justicia y por los agentes de la órbita penitenciaria. En pocas palabras, la función social desarrollada consiste en la legitimación de la resocialización. Esto, de paso, supone de manera indirecta un aval para las prácticas judiciales relativas a la resocialización que fueron examinadas con anterioridad, las que resultan contrarias al Estado social de derecho.

En otro terreno, ya referido a la finalidad de la prevención general, la Corte Constitucional ha sostenido que la pretensión de intimidar a los integrantes de la sociedad para que no cometan infracciones penales, usando a ese efecto al condenado, a quien entonces se le impondría una pena no sólo debido al delito que cometió, sino también para amenazar a quienes puedan verse tentados a ejecutarlo (prevención general negativa), es propia de un Estado social y democrático de derecho³¹. Sin embargo, con dificultad podría encontrarse otra figura que, al convertir al ser humano en un mero instrumento de los objetivos políticos del Estado, derruya la dignidad de la persona. No obstante, esa finalidad de la pena tampoco fue decretada inexecutable, lo que también sirve a la legitimación de usos de la misma, como el explicado a raíz de la prisión domiciliaria.

En el entablado de la acción de tutela, la Corte Constitucional se pronunció acerca del derecho a la familia que resulta, naturalmente, afectado de manera intrínseca por la pena de prisión. La Corte examina si es legítimo el internamiento de un recluso en un establecimiento

31 Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2002, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

penitenciario ubicado en lugar distinto y alejado de aquel en el cual reside la familia del penado. El alto tribunal, en todo caso matriculado con la pretensión resocializadora de la pena, considera que debe procurarse, dentro de lo posible, limitar el resquebrajamiento de la unidad familiar al que conduce la pena privativa de la libertad, ya que le atribuye a la familia roles en el logro de la resocialización. La Corte, que admite razones de seguridad para resolver un traslado, como criterio de excepción en la materia, incursiona en un nuevo aspecto de la problemática carcelaria, tal vez el más sensible de todos de cara a la escandalosa precariedad de las cárceles colombianas: el hacinamiento. Así, la Corte partidaria de disminuir los efectos desintegradores de la familia, decide no amparar el derecho en el caso controvertido, pues en su opinión son bastante mayores los efectos nocivos del hacinamiento respecto de los derechos fundamentales de los penados³².

Son bastante conocidas, además de apropiadas en tanto encajan con el perfil de un Estado social de derecho, las determinaciones de la Corte tendientes a forzar la solución de lo que llamó el “estado de cosas inconstitucional”, que predominaba en las prisiones nacionales como resultado del hacinamiento, y que acarreaba múltiples vulneraciones a los derechos fundamentales de la población reclusa³³. Como resultado de tales decisiones, el Estado se vio empujado a mejorar la capacidad instalada del sistema penitenciario. No obstante, los problemas de hacinamiento persisten. A la vez, es claro que el colombiano es un Estado pobre, con grandes necesidades en materia de inversión social, pero que además debe destinar gran parte de sus recursos de inversión al sostenimiento del conflicto interno. Dentro de ese cuadro, la decisión de la Corte que suponía la admisión del principio de “realidad social”, con el propósito de resolver las contradicciones envueltas en el caso que examinaba, abre otra puerta para combatir el fenómeno del hacinamiento.

En esa dirección una investigación empírica y documental, realizada hace varios años, se ocupó de modo principal del problema del hacinamiento. Entonces, con cerca de un tercio de la población penitenciaria actual, ya asomaba como un asunto de notable gravedad,

32 Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2005, M. P.: HUMBERTO A. SIERRA PORTO.

33 Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

el cual además podía empeorar, como en efecto ocurrió. El estudio discurre sobre distintas medidas de política penal encaminadas a reducir la prisionalización (restricción de la detención preventiva y descriminalización), para así mismo sostener que era indispensable un manejo más racional de los cupos existentes en las cárceles mediante el traslado de reos a prisiones que disponían de capacidad de albergue. En efecto, por aquellos días, en un 68% se habría solucionado el problema del hacinamiento con la reubicación en prisiones con cupos disponibles de 3.115 reos que se encontraban en cárceles saturadas³⁴.

En otra importante providencia, la Corte Constitucional resolvió la inequidad inmersa en el Código Penal que contemplaba (art. 64, Ley 599 de 2000) la concesión del subrogado de la libertad condicional, sólo para aquellos sujetos condenados a penas superiores a tres años, lo que con abierta violación del principio de igualdad, excluía a quienes fueran sentenciados a una sanción menor y no obtuvieran la suspensión condicional de la ejecución de la pena³⁵. Yerro legislativo que, en forma adicional, podía conllevar al absurdo conforme al cual un condenado a pena que sobrepasara los tres años, luego de obtener la libertad condicional, cumpliera un tiempo menor de privación de la libertad, en comparación con una persona sentenciada a sanción inferior a tres años, sin que lo beneficiaran con la condena de ejecución condicional, pero que al no tener derecho a la libertad condicional, podría terminar purgando una pena mayor para un delito menor.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La tesis, conforme a la cual se sostiene que los jueces, al menos un sector relevante de la judicatura, se apropian y hacen un uso de la pena de prisión y de las figuras jurídicas que le son anexas, en oportunidades contrario al ordenamiento jurídico, en otras ocasiones creando derecho a partir de los preceptos normativos, ha quedado demostrada con los casos y ejemplos relacionados en el escrito, algunos aportados a propósito de este trabajo, los demás extraídos de

34 GERMÁN SILVA GARCÍA. “Fluctuaciones de la población penitenciaria colombiana”, *Derecho Penal y Criminología*, n.ºs 54-55, vol. XVII, Bogotá, Externado, 1995, p. 155.

35 Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2002, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

distintas investigaciones de la sociología jurídica sobre las prácticas del derecho. No obstante, la cuestión de mayor relevancia, a la par lo preocupante, es que muchas de las expresiones de las formas ideológicas bajo las cuales es asumida la institución de la prisión, aparecen conectadas a concepciones contrarias al Estado social de derecho, y ellas se traducen luego en medidas punitivas que tienden a desarrollar un modelo de derecho penal máximo, dentro del ánimo único de propiciar un mayor castigo o hacer más gravosa la situación del condenado. Correlacionado con lo anterior, emergen también las percepciones acerca de la prisión y demás figuras del control social penal conectadas a esa pena privativa de la libertad donde, de nuevo, hacen carrera concepciones ideológicas que también hacen mutismo de la realidad social penitenciaria.

En esas condiciones, el panorama referido a la apropiación y uso de las figuras jurídicas relativas a la prisión por parte de los jueces, en distintos niveles y jurisdicciones de la administración de justicia, no es alentador. Alguna franja de los jueces comunes, penales municipales y, en especial, penales del circuito, exhiben posturas críticas traducidas en prácticas democráticas del derecho. A ellos se suma la Corte Constitucional, con algunas decisiones. Con todo, prevalecen en la magistratura todavía múltiples estereotipos y prejuicios referidos a la criminalidad, que inciden en el uso de la prisión. A ese respecto, no debe descuidarse ni ser materia de olvido que la manera como es entendida la criminalidad guarda una relación estrecha con los distintos modos de percibir las finalidades de la pena, junto al papel que le corresponde desempeñar al derecho penal como dispositivo de control social y, a la postre, en concordancia con ello, a la pena de prisión³⁶.

La Corte Constitucional, aunque ha proferido determinaciones, sobre todo en el campo de la tutela, que han procurado mejorar la situación de vida de los reclusos y evitar las infracciones de mayor protuberancia a los derechos fundamentales, se quedó a mitad de camino en la tarea de extender el Estado social de derecho al ámbito penitenciario. En particular como resultado de las jurisprudencias

36 La presentación y discusión de algunas de las formas de comprender la criminalidad relacionada con las finalidades prescritas para la pena en SILVA GARCÍA. "La resocialización", cit., pp. 336 a 340.

que admitieron la constitucionalidad de la resocialización y de la prevención general.

La ideología de la resocialización debe ser objeto de permanente crítica, hasta obtener una transformación mayor en el pensamiento de los operadores judiciales sobre su utilización, lo que significaría la exclusión del tipo de consideraciones y juicios, por ejemplo, sobre los antecedentes penales o acerca de la presencia de atributos desviados o anómalos en el delincuente, que sirven para la adopción de determinaciones que agravan la situación del condenado. El cambio en las concepciones de los jueces debería ser la antesala de una modificación definitiva en el ordenamiento jurídico, que expulse a la resocialización del catálogo de finalidades punitivas del derecho penal, ya sea por la vía de la reforma legislativa o de un pronunciamiento de la Corte Constitucional, mediante sentencia de inexecutable que varíe su jurisprudencia actual.

La resocialización, ampliamente usada en las decisiones judiciales, en ocasiones, ya que ello no sucede siempre, no obstante tratarse de una mera ficción, cumple dos funciones sociales, aunque distintas al fin que se persigue de readaptación. La primera, que ha sido criticada en este texto de manera extensa, consiste en la legitimación de un conjunto de prácticas judiciales conectadas al derecho penal máximo, que tienen en común la meta de hacer más onerosa la situación del penado. La segunda, es la de contribuir a preservar la disciplina al interior de los establecimientos penitenciarios, donde la pretensión de alcanzar los beneficios que se desprenden de la institución, como los descuentos en el monto de la pena, pueden llevar al recluso a acomodarse al sistema, desde luego a fingir la rehabilitación, pero a mantener un comportamiento en la cárcel acorde con su reglamento³⁷.

Una reforma legislativa eliminaría ambos efectos sociales, lo que puede ser aconsejable para el primer caso, aunque no para el segundo. Así que, de manera simultánea, es conveniente mantener la posibilidad de reducir la pena, pero bajo la condición de una conducta

37 En ese sentido, más que ilustrativo, es del todo contundente e, incluso, bastante cómico el relato de un preso que narra sus peripecias para manipular la institución de la resocialización y obtener distintas ventajas, entre ellas la libertad más pronta, que es introducido en JUAN FERNANDO GUTIÉRREZ. "Más allá de las líneas... de la prisión", *El Otro Derecho*, n.º 29, Bogotá, ILSA, 2003, pp. 113 y ss.

disciplinaria apropiada e, inclusive, de un aprovechamiento del encierro que sea socialmente útil (trabajo y/o estudio del interno) como valor agregado, lo cual puede hacerse sin necesidad de enmascarar esos objetivos detrás del discurso de la resocialización. En esas condiciones, los prisioneros podrían obtener beneficios como la libertad condicional una vez verificado el factor objetivo (cumplimiento de la proporción de pena ordenada en la ley), prueba de los antecedentes disciplinarios y comprobación en cuanto a que se ha procurado, con actividades laborales y/o lectivas, hacer del cumplimiento de la pena algo socialmente útil. De presentarse un giro en la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de la resocialización, la resolución debería proferirse con el mismo alcance, esto es, con la conservación de figuras como la libertad condicional y la suspensión condicional de la pena, pero con la eliminación simultánea de las alusiones a la resocialización, el tratamiento penitenciario, los antecedentes personales, familiares y sociales del imputado o penado.

Es más, en la actualidad los jueces pueden, como ya lo hace alguna tendencia de la judicatura progresista, omitir toda mención al factor subjetivo (análisis de la resocialización) salvo la indispensable para cumplir la formalidad, y tomar las decisiones del caso con los elementos que se citaron en el párrafo anterior.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTAVILLA, ENRICO. *La dinámica del delito*, t. II, Bogotá, Temis, 1962.
- BERGALLI, ROBERTO. “¡Esta cárcel que tenemos... (pero no queremos)!”, *Derecho Penal y Criminología*, n.º 45, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.
- BERGER, PETER y THOMAS LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1991.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al derecho*, Bogotá, Temis, 1986.
- CID MOLINÉ, JOSÉ. *¿Pena justa o pena útil?*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1994.
- Corte Constitucional. Sentencia C-261 de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 1997, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

- Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2002, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
- Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2005, M. P.: HUMBERTO A. SIERRA PORTO.
- Corte Suprema de Justicia. Auto del 20 de septiembre de 1999, M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, expediente 12694.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 29 de mayo de 2003, M. P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS, expediente 20309.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 11 de diciembre de 2003, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, expediente, 16576.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 27 de abril de 2005, M. P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS, expediente 17718.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*, 2.ª ed., Madrid, Trotta, 1997.
- FERRARI, VINCENZO. *Diritto e società*, Bari, Laterza, 2004.
- FERRI, ENRIQUE. *Principios de derecho criminal*, Madrid, Reus, 1933.
- GARLAND, DAVID. *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Oxford, Oxford University, 2001.
- GUTIÉRREZ, JUAN FERNANDO. “Más allá de las líneas... de la prisión”, *El Otro Derecho*, n.º 29, Bogotá, ILSA, 2003.
- HIRSCH, ANDREW VON. *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1998.
- HORTA HERNÁNDEZ, PATRICIA. “Vigilar, castigar y remedar”, Bogotá, informe de investigación inédito, 2005.
- IGLESIAS DE USSEL, JULIO. “Socialización y control social”, en SALUSTIANO DEL CAMPO (ed.), *Tratado de sociología*, t. I, 2.ª ed., Madrid, Taurus, 1992.
- MERTON, ROBERT K. *Teoría y estructura sociales*, 3.ª ed., México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992.
- MORRIS, NORVAL. *El futuro de las prisiones*, 3.ª ed., México D. F., Siglo XXI, 1985.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979.
- SANDOVAL HUERTAS, EMIRO. *Penología. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.
- SCHÜTZ, ALFRED. *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu, 1962.
- SCHÜTZ, ALFRED. *La construcción significativa del mundo social*, Barcelona, Paidós, 1993.

- SILVA GARCÍA, GERMÁN. "Fluctuaciones de la población penitenciaria colombiana", *Derecho Penal y Criminología*, n.ºs 54-55, vol. XVII, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. "Ideologías punitivas y tratamiento penitenciario en la justicia", *Revista Derecho del Estado*, n.º 7, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. El mundo real de los abogados y de la justicia, t. II, Las prácticas jurídicas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e ILSA, 2001.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. El mundo real de los abogados y de la justicia, t. IV, Las ideologías profesionales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e ILSA, 2001.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN y RAFAEL VELANDIA MONTES. "Dosificación punitiva. Ideologías y principio de igualdad", en *Sociología jurídica. Análisis del control y del conflicto sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN, "La resocialización y la retribución. El debate contemporáneo sobre los fines y las funciones de la pena", en JAIME BERNAL CUÉLLAR (coord.). *Memorias xxv jornadas internacionales de derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SOBRAL, JORGE. "Psicología jurídica", en JOSÉ LUIS ÁLVARO, ALICIA GARRIDO y JOSÉ RAMÓN TORREGROSA (coords.). *Psicología social aplicada*, Madrid, McGraw Hill, 1996.
- VELANDIA MONTES, RAFAEL y GERMÁN SILVA GARCÍA. "Dosificación punitiva. Ideologías y principio de igualdad", en *Sociología jurídica. Análisis del control y del conflicto sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- VELÁSQUEZ V., FERNANDO. *Derecho Penal*, 3.ª ed., Bogotá, Temis, 1997.