

## Ideologías punitivas y tratamiento penitenciario en la justicia

### 1. INTRODUCCIÓN

Se dice, en más de un sentido que el lector sabrá comprender, que el derecho penal que tenemos da pena. Y, en efecto, al menos en uno de los sentidos con que se efectúa esa afirmación, debemos reconocer que existe razón. El objeto del derecho penal, tanto sustancial como procesal, es la imposición de una pena o sanción punitiva. Ello, aunque deba reconocerse que el derecho tiene una naturaleza ambivalente, conforme a la cual es un instrumento de control que se realiza a través de la sanción penal y, a la vez, constituye un mecanismo para desarrollar los derechos y garantías de los ciudadanos. No obstante, aun cuando la pena es la realización del derecho y la justicia penal, sobre todo en tanto medio de control, es difícil encontrar un aspecto más descuidado en el análisis teórico realizado dentro del derecho penal, a lo que se agrega una toma en consideración de la pena como algo separado de la realidad social, como una cosa jurídica con una identidad apenas normativa y formal, con la que puede sobrevivir de manera coherente.

Un análisis de la pena bajo la perspectiva de la sociología del derecho exige partir

de un conocimiento acerca de la forma como se encuentran reguladas jurídicamente las sanciones punitivas, en combinación con el examen de la manera como dichas disposiciones se traducen en la vida social, volviéndose la realidad viva. El cuadro que estamos empezando a dibujar contiene varios elementos. El derecho penal y penitenciario, en tanto normas válidas, donde la institución del tratamiento penitenciario, así lo veremos en seguida, ocupa un papel esencial en el modo como las figuras se trazan. La política penal debe ser una concepción y técnica adecuada para abordar el manejo de la pena, un medio apropiado para plasmar la obra que se desea crear, para buscar el resultado perseguido con la pena. El colorido que proviene de la realidad social, del modo de aplicación de la pena por la administración penitenciaria. Y por último, ante ese cuadro, el estilo que el artista imprime desde su particular forma de interpretar el tema que enfrenta, la manera como el operador de la justicia entiende el derecho y los hechos de la vida social que tienen también que ver con él. Es la incidencia de la ideología de los operadores de la justicia acerca de la pena y el tratamiento penitenciario. Examinemos, pues, los distintos elementos mencionados.

## 2. EL PANORAMA DEL DERECHO

En el derecho penal colombiano la figura del tratamiento penitenciario es relevante y posee varios efectos prácticos en conexión con el tema de la libertad. Conviene hacer un breve repaso sobre su papel y la forma como está regulada en la legislación, con el objeto de ubicar ese extremo de la relación entre derecho y sociedad, cuyo análisis intentamos emprender. Son tres los momentos en que debe ser considerado el tratamiento penitenciario. El primero concurre al considerar la condena de ejecución condicional. El siguiente momento es relativo a los requisitos estipulados para la concesión de la libertad provisional. El tercero acaece al contemplar la posibilidad de aprobar la libertad condicional.

En cuanto a la condena de ejecución condicional, ésta contrae una suspensión en la aplicación de la sanción penal, privativa de la libertad, impuesta al condenado. Es decir, si hay una sentencia condenatoria que declara la responsabilidad penal y determina el monto de una pena de privación de la libertad, la sanción es suspendida, no se verifica en la práctica, y queda supe-ditada a unas condiciones que no es del caso examinar ahora<sup>1</sup>. Son dos los requisitos necesarios para concederla. El primero, de naturaleza objetiva, demanda la concurrencia de una pena de arresto o de prisión que no exceda de tres años. El segundo, de índole subjetiva, precisamente aquel que convoca nuestro interés, reclama que la «personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario»<sup>2</sup>.

La libertad provisional, por su parte, es un beneficio que se otorga al procesado a quien ha sido impuesta una medida de detención preventiva. La regla “general” es con-

signada en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal donde se exige, únicamente, la verificación del requisito objetivo necesario para otorgar la condena de ejecución condicional. Esto es que, en el caso de una hipotética condena, el procesado reciba una pena de prisión inferior a tres años<sup>3</sup>. La excepción a la regla, que por cierto comprende un número bastante extenso de casos, aparece señalada en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal, y reclama para la concesión de la libertad provisional el cumplimiento de los dos requisitos de la condena de ejecución condicional, el objetivo y el subjetivo, por lo que, de nuevo, cobra relevancia la figura del tratamiento penitenciario<sup>4</sup>.

El siguiente evento donde tiene incidencia el tratamiento penitenciario es en el otorgamiento de la libertad condicional, especie de interrupción de la pena decretada y aplicada. Allí ha sido dictada una sentencia condenatoria y señalada una pena privativa de la libertad, de la cual deben de haberse cumplido al menos las dos terceras partes y otros requisitos para proceder a solicitarla. Ciertamente es que el Código Penal al abordar la libertad condicional no hace expresa mención al tratamiento penitenciario, pero cuando advierte que puede concederse la libertad condicional a quien, entre otros requisitos, se supone se ha readaptado socialmente, implica la existencia de un tratamiento penitenciario que ha sido conducido de manera exitosa<sup>5</sup>. Tal sentido es corroborado por el Código Penitenciario y Carcelario cuando establece que la finalidad del tratamiento penitenciario es la resocialización del infractor de la ley penal<sup>6</sup>.

El anterior es el marco jurídico del problema que estamos examinando. Empero, el tratamiento penitenciario tiene dos facetas adicionales: un aspecto político, de política penal, y otro social. Antes de examinar el

papel que cumple la ideología en todo esto sería conveniente echar una mirada sobre estas dos materias con la finalidad de tener a la vista todas las cartas que entran en juego.

### 3. LA POLÍTICA PENAL

El tratamiento penitenciario es un dispositivo de la política penal. O sea, es uno de los medios por conducto de los cuales se aspira a transformar una determinada realidad y obtener unos objetivos previamente fijados. Antes de proseguir, permitámonos un paréntesis. Cuando trato de la política penal me refiero a lo que muchos entienden como política criminal, aunque en todo caso, con un sentido y alcance diferentes. El concepto de política criminal corresponde a una descripción desacertada de aquello que pretende comprender y es además una noción arcaica y atrasada, a pesar de su habitualidad. Debemos decir primero que la política no es criminal, aun cuando, a veces, topemos con ciertas políticas que merecen ese calificativo o existan algunos políticos que sean verdaderos delincuentes, lo que son cuestiones bastante diferentes.

En principio, es la misma situación que condujo al abandono de la noción de derecho criminal sustituida por la de derecho penal. Transición que empieza a ocurrir con la ascensión del Estado democrático liberal y el fin del absolutismo, lo que lleva al relevo del derecho criminal bajo arbitrio del soberano por el derecho penal fundado en el principio de legalidad<sup>7</sup>. Lo que también representaba un desplazamiento en cuanto al énfasis en el conocimiento del derecho, de la persona del delincuente (lo criminal) al interés jurídico protegido y la pena (lo penal)<sup>8</sup>.

Pero sobre todo, en épocas más recientes, ha sido el debate contra el positivismo penal

y criminológico el que abre el camino para superar el equívoco, pues el positivismo, al hacer hincapié en los conceptos de derecho criminal, política criminal y sociología criminal, sostenía como objeto de estudio de tales disciplinas la existencia de una determinada realidad social que contendría en su seno hechos objetivos o condiciones que podrían ser reconocidas como criminales. Cuando lo criminal no deriva de la realidad, es una definición política traducida en lenguaje normativo, por medio de la cual ciertas conductas o personas son seleccionadas y calificadas como criminales, es decir, es producto de una construcción social<sup>9</sup>. En sentido similar, las expresiones política y derecho criminal dan a entender que las normas, doctrinas y medidas que las integran tienen como destinatarios a los criminales, cuando en realidad la política y derecho penales cuentan como destinatarios a la totalidad de la población, ya para controlar sus acciones o para procurar el desarrollo de sus derechos y la verificación de las garantías democráticas. La consideración de la política y del derecho como criminales intenta hacer pensar que ellos sólo afectan a los delincuentes, quienes serían los únicos que deberían de preocuparse por el curso que siguen, siendo que todos los ciudadanos están implicados. Por ejemplo, cuando determinadas concepciones político/penales antigarantistas se traducen en normas de derecho penal, la reducción de los derechos ciudadanos no perjudica apenas a los que se creería criminales, perjudica a todos los componentes de la sociedad, quienes encuentran incrementadas las posibilidades de llegar a ser definidos como delincuentes.

Ahora bien, en sede punitiva, el tratamiento penitenciario es, al menos en términos del discurso oficial, un instrumento fundamental de la política penal del Estado

colombiano. El Código Penal nacional prescribe que son “funciones” –debía decir fines– de la pena: la retribución, la prevención, la protección y la resocialización<sup>10</sup>. Por su parte, el Código Penitenciario y Carcelario, en su exposición de motivos, presenta a la resocialización como propósito principal de la pena (los demás serían secundarios) y, en su desarrollo normativo, tal finalidad se constituye en el eje central en cuyo derredor gira todo el discurso que estructura el sistema punitivo colombiano<sup>11</sup>. En ese mismo escenario se plantea que la resocialización se logra a través del tratamiento penitenciario; que el tratamiento se ejecuta por medio de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación; que el tratamiento se rige por los principios del sistema progresivo penitenciario<sup>12</sup>.

No existe una definición legal de resocialización. Con todo, el concepto corresponde a la existencia de un proceso secundario, o nuevo proceso de socialización, por el cual se busca que un sujeto internalice determinados valores y actitudes, modificando o eliminando aquellos que ha adquirido en otros procesos de socialización<sup>13</sup>.

Por otra parte, la legislación penal y penitenciaria incurre en un error: la resocialización y los demás objetivos de la pena estipulados en la ley no representan funciones sino fines o ideales que el legislador pretende lograr con la ejecución de las sanciones. Debe hablarse de funciones sólo en cuanto a los efectos o consecuencias sociales que determinada institución, en este caso la pena, alcanzan en la realidad social. Las funciones son objetivas, constituyen los papeles sociales que en la práctica desempeñan las instituciones, lo que nos ubica en el campo de la sociología. En cambio, al hablar de fines se ingresa en el mundo

subjetivo del deber ser; trataríamos entonces de aspiraciones y propósitos que se desean conseguir, también de las razones que justifican y, por ende, legitiman las penas, situándonos en el ámbito de la filosofía<sup>14</sup>. La distinción entre fin y función de la pena es importante; es la misma que nos permite diferenciar entre la filosofía punitiva y la sociología de la punición, entre lo que supuestamente se anhela y la realidad que termina al final construyéndose, como quiera que muchas veces las funciones que cumple una institución son diversas a los fines que querían obtenerse<sup>15</sup>.

Los cuestionamientos a la política penal fundada en la resocialización, en cuanto fin, son numerosos y bastantes conocidos. Cabe aquí hacer una relación muy sucinta, con el único propósito de destacar la profundidad y extensión del debate. De la resocialización se ha señalado que comporta una negación de la libertad del individuo, pues ella demanda someter a las personas a un procedimiento forzoso por el cual se pretende introducir modificaciones en su personalidad y alterar sus valores y actitudes<sup>16</sup>. También la resocialización supone que los delincuentes son sujetos que padecen de anormalidades sociales, psicológicas o físicas, auténticos desviados que requieren de corrección, cuando la delincuencia es un fenómeno normal que se origina en el conflicto social<sup>17</sup>. Promover la resocialización en los casos de delincuencia culposa, donde el reo es fiel a los valores y normas de conducta predicadas por el establecimiento, resulta igualmente incongruente<sup>18</sup>.

Se puede también intentar un juicio sobre la resocialización y el tratamiento penitenciario en términos de racionalidad. Esto es, averiguando si entre los medios de la pena (prisión y tratamiento penitenciario) y el fin de la pena (resocialización) existe una relación lógica de idoneidad, es decir,

si los medios propuestos son aptos para alcanzar los fines buscados<sup>19</sup>. En ese sentido la crítica debate la posibilidad de reinsertar a un sujeto en la sociedad utilizando el método de aislarlo de ella<sup>20</sup>. También concurre una interrogación sobre las perspectivas de transformar a una persona en conformista por medio de una enseñanza que lo instruya para vivir en las condiciones de la sociedad, cuando esas mismas condiciones son las que lo han llevado a la criminalidad, dado que el delito es un producto de la sociedad<sup>21</sup>.

En términos estrictamente políticos se ha subrayado el carácter reaccionario, proclive al totalitarismo, de la ideología correccionalista funda en la resocialización y el tratamiento penitenciario. Al respecto Luigi Ferrajoli es elocuente: «Estas doctrinas al suponer una concepción del poder punitivo como “bien” metajurídico –el Estado pedagogo, tutor o terapeuta– y simétricamente del delito como “mal” moral o “enfermedad” natural o social, son las más antiliberales y antigarantistas que históricamente hayan sido concebidas, y justifican modelos de derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado [...] La pena, en efecto, asume la forma de *tratamiento* diferenciado, que apunta a la transformación de la personalidad del condenado –no importa si es con auxilio del sacerdote o con el del psiquiatra– mediante su reeducación hacia los valores dominantes o, peor aún, su liberación médica»<sup>22</sup>.

Mención especial merecen los medios que, según la ley, representan los instrumentos de realización del tratamiento penitenciario. En particular, el trabajo y el estudio no constituyen mecanismos de resocialización, o acaso, por ejemplo, ¿los abogados estábamos en resocialización cuando estudiábamos la carrera de derecho y nos resocializamos al laborar en el oficio?

El estudio es más bien una forma de aprender un conocimiento y unas habilidades; el trabajo, un medio para procurarse el sustento material; ambos, no siempre, formas vitales de realización como persona<sup>23</sup>. Cosas similares pueden afirmarse de la cultura, la recreación y el deporte, en cuanto que no son vías necesarias a la resocialización. Queda la disciplina, que impuesta es una forma de dominación, la única que un grado variable y con un éxito limitado puede imponer hábitos de comportamiento, pero ni siquiera ésta es capaz de alterar el pensamiento y los valores de las personas.

#### 4. MIRADA A LA REALIDAD DE LAS PRISIONES

En lo que respecta a la realidad del encierro penitenciario, el panorama, como todos sabemos, es deplorable. Ninguna de las condiciones que se viven en las prisiones parecen compatibles con el fin de la resocialización, ni muestran éxito en la aplicación de tratamientos penitenciarios.

Las condiciones de alimentación son pésimas, en varias prisiones el sistema de alcantarillado se encuentra destruido con las consecuencias que ello acarrea a la higiene. De acuerdo con una investigación realizada para el Ministerio de Justicia por la Universidad Externado de Colombia en 1993, para el período 1989 a 1992, el índice de hacinamiento en la cárceles de Distrito era de 43.3 %; para ese mismo período, en promedio 51 % de los prisioneros recluidos eran presos sin condena, es decir, personas que se suponían inocentes<sup>24</sup>. Desde entonces el hacinamiento, lejos de haberse corregido, se incrementó en forma acelerada a partir de 1995. Los índices de reincidencia de la criminalidad son también elevados y evidencian los pocos resultados de la reso-

cialización. El número total de trabajadores sociales, psicólogos, pedagogos y criminólogos que laboran en las prisiones es ínfimo, correspondiéndole a cada profesional el tratamiento de varios miles de internos. Las mismas prisiones son escenarios para la práctica cotidiana del delito, espacio donde impera y rige una subcultura carcelaria<sup>26</sup>. La reunión de todas las miserias de la humanidad en los recintos carcelarios parece ser la verdadera expresión social de la resocialización y el tratamiento penitenciario.

Sólo, y tal como ha sido señalado en distintas oportunidades, puede llegar a observarse el cumplimiento de una función por conducto del tratamiento penitenciario. Ella sería la de preservar la seguridad interna en las prisiones<sup>26</sup>. El tratamiento penitenciario, guiado por el llamado “sistema progresivo penitenciario”, es apenas un modelo simple de un sistema de recompensas y castigos<sup>27</sup>. Su forma de operación es sencilla, el reo debe tratar de mantener una conducta conformista y obrar de acuerdo con las expectativas de comportamiento que recaen sobre él, con el fin de obtener una serie de beneficios, como las rebajas por trabajo y estudio, la libertad preparatoria, la ubicación en determinado patio, la posibilidad de recibir visitas, etc. La consecuencia, no siempre lograda, es conservar una relativa seguridad y tranquilidad carcelaria.

Hasta este momento, en el análisis que seguimos, tenemos una política penal que adopta la resocialización y al tratamiento penitenciario como finalidad y medio predilecto para la realización del objeto del derecho penal, aun cuando su justificación y su viabilidad son bastante discutibles; una realidad social que nos indica que la resocialización y el tratamiento penitenciario son meras ficciones, sin asidero en la vida

real; una legislación penal y penitenciaria que incorpora la figura del tratamiento penitenciario como criterio para la concesión de la condena de ejecución condicional, la libertad provisional y la libertad condicional, es decir, un supuesto que no existe más que como un discurso, como criterio principal para decidir sobre la libertad de las personas; inclusive una jurisprudencia emanada de los más altos tribunales donde se especula sobre las determinaciones punitivas que se deben adoptar, sobre la base de aquello que no existe. En este estado, conviene examinar cuál es la ideología judicial; en otras palabras, frente a los distintos componentes del cuadro que se ha descrito, cuál es el pensamiento y la actitud de los operadores de la justicia.

##### 5. IDEOLOGÍA DE LOS OPERADORES JUDICIALES

No utilizamos la expresión ideología en un sentido peyorativo. La ideología es el conjunto de valores, creencias y concepciones que poseen las personas sobre el mundo y los fenómenos sociales. Ahora bien, la posibilidad de investigar de manera empírica acerca de la ideología ha sido puesta en cuestión. Así, por ejemplo, para Theodor Geiger las ideas, que son la materia prima de la ideología, no pueden ser objeto de investigación, pues pertenecen a la conciencia de las personas, ámbito que no podría ser reconocido por las técnicas de investigación<sup>28</sup>. No obstante, el grueso de la sociología se aparta de este punto de vista, en la medida en que las ideas pueden ser reconocidas al ser hechas públicas, en actitudes y en acciones. En nuestro caso, en una investigación en curso, de la cual presentamos aquí un avance, se utilizaron encuestas y entrevistas en profundidad

con el objeto de conocer el pensamiento de los operadores de la justicia, para lo que aquí compete, sobre la resocialización y el tratamiento penitenciario.

El tamaño de la brecha a través de la cual interviene la ideología judicial para configurar las decisiones es determinado por la aceptación, número y precisión de las reglas jurídicas establecidas por la legislación para la materia en cuestión, junto con los criterios de interpretación que hacen parte de la cultura jurídica y también del ordenamiento legal. En la situación que comentamos, los únicos elementos que poseen los funcionarios judiciales para decidir sobre el tratamiento penitenciario, en el marco de la ley, son las referencias que relacionan el tratamiento penitenciario con la personalidad del procesado o condenado, la naturaleza y modalidades del delito.

En cuanto a la personalidad, la correlación sería válida para determinar el tratamiento penitenciario si existiera una personalidad delincencial, misma que no existe<sup>29</sup>. Pero entonces no necesitaríamos de abogados, jueces o fiscales, bastaría un ejército de psicólogos que aplicaran *test* de personalidad para detectar los propensos a la delincuencia y aplicarles medidas de seguridad, impidiendo, incluso con anticipación, el delito.

La personalidad es irrelevante, salvo el caso de una persona con trastornos psicológicos, por tanto de un ininputable, pero en ese evento el individuo no es sujeto de pena ni objeto de la resocialización de acuerdo con nuestra legislación. También las valoraciones de la personalidad son arbitrarias: una misma actitud puede ser considerada en términos muy diversos y con connotaciones morales distintas, según quien hace la calificación y qué intereses lo motivan. El asunto es explicado por

Robert Merton como un fenómeno de alquimia moral. Dice Merton que «el alquimista experto debe saber inmediatamente que la palabra “firme” se declina apropiadamente del modo siguiente: “Yo soy firme, tú eres obstinado, él es terco”»<sup>30</sup>. Este rezago del derecho penal y la criminología positivista implica, además, agravar la situación punitiva de una persona, no por el hecho que cometió sino por su personalidad, que no nos gusta. Porque, en realidad, el tema de la personalidad es solamente una cuestión de gustos y, en veces, de intereses.

Por su parte, la naturaleza y las modalidades del delito nos pueden decir bastante sobre el daño social que ocasiona la infracción o, tal vez, explicarnos la alarma social que despierta. Sin embargo, no creo que arrojen luces sobre la necesidad de resocialización o de tratamiento penitenciario. E, igual, la mayoría de la veces los operadores de la justicia no tienen en cuenta estos dos factores (naturaleza y modalidades del delito) para resolver sobre la conveniencia del tratamiento penitenciario, sino para establecer el monto de la pena, en atención a la gravedad y extensión del daño social ocasionado<sup>31</sup>.

Con la excepción de las orientaciones anteriores, el operador de la justicia no cuenta con muchas alternativas, pues la ley no define la resocialización, su descripción del tratamiento penitenciario es bastante general e imprecisa: como vimos, apenas se encuentran referencias vagas a la necesidad de considerar la personalidad del procesado o condenado. Tampoco existen indicaciones legales o doctrinales que sirvan para sopesar la naturaleza y modalidad de la infracción. De allí que, frente al problema que analizamos, la ideología de los operadores de la justicia –me refiero en particular a fiscales y jueces– tenga una trascendencia mayor.

Por tanto, en este ámbito priman las decisiones originadas en la ideología de los operadores o, en lo que algunos llaman el derecho judicial. Nosotros creemos que la ideología judicial cumple un papel determinante en el contenido y calidad de las determinaciones de la justicia, aun en los eventos en que se encuentran mejores definiciones normativas de los elementos que entran en juego. Pero frente a la resocialización y al tratamiento penitenciario, dada la ausencia casi total de instrucciones, su importancia es crucial, pues aumenta el espacio para la discrecionalidad.

Respecto a la resocialización, según los resultados de la investigación, se encontraron dos grupos que merecen ser comentados aquí, cada uno con una determinada tipología de pensamiento. Dentro de la primera tipología, los operadores opinaban que dicha finalidad de la pena era de primordial importancia para orientar las decisiones de la administración de justicia. La otra tipología creía que, en realidad, la pena de prisión se limitaba a cumplir un papel retributivo. El resto de fines ocupaban posiciones intermedias, en cuanto a la importancia reconocida.

La investigación arrojó una serie de datos peculiares, sobre todo en relación con el tratamiento penitenciario. El punto materia de interés eran los criterios de interpretación adoptados para determinar quién requería de tratamiento penitenciario, por ende, quién podría ser acreedor de los beneficios de la condena de ejecución condicional, la libertad provisional y la libertad condicional.

Frente al tema planteado se identificaron tres tipologías de pensamiento. La primera, que llamaremos la tipología X, consideraba que al momento de adoptar cualquiera de las decisiones a las que nos hemos referido, el funcionario debía atenerse exclusivamente a los requisitos objetivos, haciendo

caso omiso de la figura del tratamiento penitenciario. Sobre esta posición del pensamiento judicial volveremos más adelante.

Una segunda tipología, que denominaremos tipología Y, sostenía que no debía ignorarse la figura del tratamiento penitenciario. Pero al momento de tomar la decisión respectiva debía examinarse, exclusivamente, si el procesado o condenado tenía antecedentes penales.

La tercera tipología, que hemos apodado tipología Z, era también partidaria del tratamiento penitenciario, sobre el que decidía con base en la existencia de antecedentes, mas también con fundamento en otros factores.

Como el tema de los antecedentes es común a las tipologías Y y Z, debemos comenzar allí nuestro análisis y creo que tres comentarios serían suficientes para resumir la cuestión. Desde el punto de vista del derecho penal, converge una violación al principio de legalidad, pues se adopta una decisión negativa para el imputado o condenado, con fundamento en un hecho distinto a aquel por el cual es o ha sido juzgado. En términos ideológicos, la postura que se apoya en la existencia de antecedentes denota la primacía de una cultura jurídica, penal y criminológica, de índole positivista, basada en el supuesto de la peligrosidad<sup>32</sup>. Políticamente las nociones de peligrosidad son antidemocráticas, y apenas han servido de fundamento para justificar la selección penal contra grupos sociales vulnerables. En un plano sociológico, la consideración de los antecedentes como soporte de la remisión a tratamiento penitenciario es un absurdo de lógica, pues el razonamiento significa que si una persona registra como antecedente el haber sido sometida a un tratamiento penitenciario, que no sirve ni sirvió, la solución para eso es someterla a un tratamiento penitenciario,



a un algo que no sirve ni servirá. Además, también en un sentido sociológico, la peligrosidad de individuos que tienen antecedentes es un presupuesto que no ha podido demostrarse empíricamente.

La tipología Z, la más interesante, agregaba una serie de elementos adicionales a los antecedentes, tales como: es casado o soltero; vive con la esposa o una compañera; tiene hijos o no ha procreado, desde luego en el matrimonio; cuenta con una familia extensa en su derredor o no; tiene empleo estable, es subempleado o desempleado; qué grado de educación posee; tiene un domicilio permanente o no. Los solteros o quienes viven en unión libre, aquellos sin hijos, los sin familia, los desempleados, los analfabetas o poco instruidos, los desechados, eran candidatos seguros para el tratamiento penitenciario.

Concentremos primero el análisis en aspectos como el estudio y el trabajo, interroguémonos sobre cuál es la base lógica para sostener que la falta de educación formal y el desempleo ameritan, en el evento de la comisión de un delito, el destino del tratamiento penitenciario. Lo cierto es que el argumento tiene tantas razones, que ellas mismas, puestas al contrario, podrían ser utilizadas para sostener que quien reclama el tratamiento penitenciario es el sujeto que, habiendo delinquido, tiene un elevado nivel de educación y dispone de un empleo que de modo satisfactorio llena las necesidades mayores de cualquier persona. En la primera hipótesis, del analfabeta y desempleado, se dirá que tales condiciones explican su delito y exigen el tratamiento. Del culto y rico, en la hipótesis contraria, podrá argüirse que eran mayores las expectativas sobre su conducta, dadas las buenas condiciones que poseía, luego necesita de tratamiento. Ahora, si un mismo factor puede ser utilizado de

manera simultánea para llegar a conclusiones del todo opuestas, lo evidente es que el mencionado factor (ocupación y grado de instrucción) no dice nada, se anula en el uso argumentativo contradictorio. De hecho eso ocurre con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, organismo que para justificar la necesidad de tratamiento penitenciario suele invocar la alta posición social y educación de la clientela a su cargo, que por razones de fuero, acostumbra poseer esas características. Entonces, la baja educación y el desempleo son usados en las instancias inferiores de la administración de justicia para prescribir la necesidad de tratamiento penitenciario y, simultáneamente en evidente contradicción, un nivel educativo avanzado y buena posición en el mercado de trabajo son utilizados por la más alta instancia de la administración de justicia penal para diagnosticar el requerimiento de tratamiento penitenciario. Lo único común a las dos posturas es que mantienen al reo en prisión.

En lo que atañe a los restantes elementos sociales, dos conclusiones generales pueden derivarse de la postura ideológica examinada. Las alusiones a la familia monogámica, a la vida en pareja dentro del matrimonio heterosexual, a la realización de la finalidad bíblica de la unión marital referida a la reproducción de la especie, indican la persistencia de una ideología tradicional y conservadora sobre la estructura y papel de ciertas instituciones sociales, con fuertes componentes moralistas en la concepción de la vida social (casi religiosos), denotando además una inclinación por la intervención estatal en ámbitos de la vida privada. En teoría, la conexión entre estos elementos y la exigencia de tratamiento penitenciario no sería ingenua. El tratamiento penitenciario y la resocializa-

ción buscarían imponer una adecuación del pensamiento de los reos al perfil ideológico antes descrito<sup>33</sup>. Empero, dada la ausencia de realización material de ese fin, junto con la carencia de racionalidad entre la finalidad pretendida y el medio utilizado, el único saldo que queda es el del ejercicio de la magistratura como una vocación de poder ciego que defiende un modelo y estilo de vida social.

En segundo lugar, la comprensión de elementos como el domicilio permanente, el nivel de instrucción formal y la situación laboral, expresan una posición ideológica que en términos sociales y políticos deviene también en conservadora, implicando una forma de pensamiento que refuerza la marginación de las clases bajas, convertidas en objeto principal de la reacción penal. La correlación entre tratamiento penitenciario y estos elementos no tiene soporte dentro de la lógica del tratamiento penitenciario, pero cobra sentido en términos del ejercicio del poder de dominación social y político. Así mismo, resulta de gran importancia subrayar que la inmensa mayoría de los usuarios de la justicia penal, procesados y condenados, son personas que pertenecen a las capas más bajas de la población, aquellas que exhiben mayores debilidades frente a los criterios judiciales comentados; por ende, es muy elevado el número de casos probables donde pueden ser aplicados tales criterios<sup>34</sup>.

Si regresamos sobre el tema para examinar, en su conjunto, el uso de los elementos que venimos comentando, podemos descubrir algunas luces adicionales. Tenemos, ya lo había apuntado, que en la utilización contradictoria de los elementos comentados, sectores importantes de la judicatura deducen consecuencias negativas para quienes carecen de empleo, educación, familia, hijos,

etc.; mientras algún otro sector, que parece menos representativo, dispone de consecuencias negativas para quienes gozan de muy buenas condiciones de empleo y educación. A su vez, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que por su rango suele conocer de casos que involucran a personas de elevado estatus social y político, interpreta en forma negativa los elementos que sirven para la ubicación favorable de las personas en las escalas sociales. Todo ello podría demostrar una inclinación por el modelo ideal de la clase media, mismo estrato social al que pertenece en su gran mayoría la judicatura. Desde puntos de vista culturales, sociales y políticos, el modelo ideal de la clase media se caracteriza por su eclecticismo, su esfuerzo por apartarse de rasgos que puedan ser objeto de estigmatización (polos de pobreza o riqueza) y que por tanto puedan pasar más desapercibidos, ser anónimos.

El lector pueden preguntarse por qué no he hecho referencia a los abogados y a los juristas que laboran en otros oficios, relacionados con la operación de la justicia. La investigación que acometí también los comprendió. Sin embargo, la disolución entre pensamiento y obra, cuando se trata de los abogados, es absoluta, al menos en sede de la resocialización y el tratamiento penitenciario. Los abogados son actores que escenifican papeles en el teatro del proceso, intercambiables según su posición e intereses; a veces, cuando actúan de defensores adoptan un determinado papel, otras el opuesto cuando el director, la vida, les asigna el papel de representantes de la parte civil o acusación privada. El éxito del abogado se encuentra en conocer la ideología de los jueces y fiscales y adecuar su táctica a las expectativas de conducta y concepciones de los funcionarios judiciales<sup>35</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS

La problemática expuesta requiere de la presentación de varias propuestas alternativas. Una necesidad es la reforma de la legislación penal con el objeto de eliminar las figuras del tratamiento penitenciario y la resocialización, junto con las alusiones a la personalidad del procesado o condenado. Dichas instituciones, aunque ese no haya sido el parecer de la Corte Constitucional colombiana, son inconstitucionales, puesto que vulneran los derechos fundamentales a la libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad. Otra medida paralela y conveniente es la reformulación de la política penal. En esa dirección, aunque la pena pueda llegar a buscar como fin accesorio la utilidad social, consideramos que una nueva definición de los fines de la pena debe concentrarse en la retribución.

Sobre el fin retributivo de la pena existen diversas concepciones. Una de las más comunes es alentada por el enfoque expiacionista de la retribución. Nosotros descartamos la visión expiacionista, entendida como penitencia ante el mal atribuido al delito, restitución de un mal con la causación de otro. Con una dirección distinta y algunos ajustes, nos inspiramos en el planteamiento de Federico Hegel. Para Hegel, en términos dialécticos, el delito es la tesis, la pena es la antítesis, es decir, la sanción penal debe ser la negación de la infracción penal, su opuesto<sup>36</sup>.

No obstante, nos apartamos de Hegel en cuanto a la síntesis que debe resultar de la contradicción entre delito y pena. Hegel adopta allí un enfoque autoritario, como quiera que suponiendo la universalidad del derecho (ley), proclama la prevalencia de la ley en esos términos, sobre el interés particular lesionado, que devendría en ven-

ganza si tuviera su expresión por conducto de la pena<sup>37</sup>. Ello significaría que la síntesis es la recuperación de la autoridad del Estado, como guardián de la ley universal, que recobra su legitimidad con la sanción que censura el atentado contra los principios y normas que ampara<sup>38</sup>. Nosotros creemos que la síntesis debe ser el restablecimiento de los derechos, entendido como los bienes jurídicos particulares o sociales lesionados como consecuencia de la perpetración del delito. Debe ocurrir un desplazamiento en la preocupación que motiva la intervención del Estado, del ánimo de renovar el poder del Estado ha de pasarse a la idea del restablecimiento del derecho, del valor de la autoridad transgredida al interés social vulnerado, lo que implica una tentativa por resolver el conflicto de intereses trabado.

Son varias las objeciones que pueden agregarse al discurso hegeliano. La legitimidad del Estado no debe radicar exclusivamente en la prevalencia de la legalidad, sino en la realización de sus objetivos sociales. La autoridad representada en la ley es un medio o una condición, no un fin. Además, al definirse la recuperación de la autoridad como un fin, es fácil recaer en un ejercicio ciego de dominación, donde lo que en realidad importa es el mantenimiento del poder. Su referencia a la universalidad de la ley apenas intenta encubrir la particularidad y la fragmentación de los intereses y valores que ella suele encarnar.

Por el contrario, la reivindicación de la retribución como fin de la pena debe partir de un reconocimiento del carácter conflictivo de la sociedad, por tanto del delito como expresión de la divergencia en torno a intereses y valores entre los actores sociales, donde el Estado y el derecho intervienen, no como voluntad universal, abstracta y superior, sino apropiándose del conflicto para seleccionar, total o par-

cialmente, unos intereses y valores y rechazar otros definidos como delictivos, intentando resolver así el conflicto. Allí Hegel ha olvidado su dialéctica, debe reprobar al sujeto particular que busca restablecer su interés por cuenta propia (acto que considera venganza), pues de lo contrario descubriría que la intervención del Estado no es más que un acto en pro de intereses particulares, cuando lo que desea es defender una universalidad, ética, social, económica y política depositada supuestamente en el Estado, que traduce un falso consenso y la negación del conflicto.

Incluso, bajo la perspectiva de la búsqueda de una sociedad más democrática, la posibilidad de obtener mayores consensos debe pasar por el reconocimiento de la diferencia de intereses y valores y del carácter conflictivo de la sociedad. El sistema penal, ora en sus definiciones ya en su operación, establece que determinados bienes son derechos, siguiendo criterios políticos y sociales, concretados en un proceso de criminalización que excluye otros intereses opuestos y en conflicto. La criminalización debe, por una parte, evitar el desconocimiento de la pluralidad, ser producto del mayor consenso posible y adecuarse a principios de necesidad y mínima intervención. Ahora, frente a aquellos casos donde la divergencia y el conflicto social deben manejarse por medio del sistema penal, a falta de otras alternativas, el objetivo debe ser el restablecimiento de los intereses vulnerados como síntesis de la contradicción entre delito y pena.

Los efectos prácticos que acarrea la distinción con la posición de Hegel no son pocos. De modo principal, desde el punto de vista de Hegel, no habría espacio para la aplicación del principio de oportunidad, tendría que predominar en forma absoluta el principio de legalidad, como tampoco

sería posible abrir las puertas a la introducción de formas alternativas de resolución de los conflictos. Desde nuestra concepción, tanto la aplicación del principio de oportunidad como la descriminalización y reconocimiento de formas no institucionales de resolución de conflictos son posibles y procedentes, dado que lo importante es atender el conflicto social.

La retribución concretada por conducto de una pena no siempre significará un restablecimiento efectivo del derecho inculcado, podrá también ser una reparación simbólica. Eficaz cuando ocurre, por ejemplo, la indemnización del derecho patrimonial afectado, por medio del pago de una suma de dinero, de una multa o de la realización de un trabajo compensatorio. Apenas simbólica en casos como el homicidio (donde la indemnización no es el restablecimiento del bien jurídico vulnerado), o en todos aquellos eventos donde ha sido imposible obtener una restitución, etc. En los últimos casos la satisfacción no es real, es una representación de ella a través de una declaración judicial que reconoce la primacía de un interés, la vida u otro, que ha sido afectado con ocasión de la comisión de un delito e impone como expresión de ese reconocimiento una sanción penal. Retribución que tampoco puede tener expectativas mayores de proporcionalidad, pues salvo algunos casos específicos, la proporción entre delito y pena es un imposible material, y pretenderla puede llegar a ser un absurdo<sup>39</sup>.

La concepción de la pena como retribución, en los términos explicados, puede desarrollarse mejor con la utilización de penas distintas a la prisión. La imposición de una pena privativa de la libertad es casi siempre una forma simbólica de declarar, en forma efectiva y con un resultado visible, la primacía de un interés lesionado. El

trabajo comunitario, la multa, entre otras sanciones, pueden realizar mejor la retribución con ánimo de reparación.

Con todo, es también conveniente comentar aquí la aguda crítica de Luigi Ferrajoli a la posición de Hegel, con la cual rechaza la proposición de un fin retributivo para la pena. Será, entonces, necesario, al exponer sus puntos de vista sobre Hegel, delimitar las diferencias con la variable que he propuesto, debatiendo la recepción que sus cuestionamientos pueden tener frente a la postura que expliqué. Ferrajoli define con acierto el planteamiento de Hegel como “retribución jurídica”: «justificada por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden legal violado». Al respecto, hemos tomado ya distancia, al señalar que la retribución jurídica constituye una propuesta formalista y autoritaria, que desconoce el auténtico trasfondo del conflicto penal, mismo que radica en los intereses sociales afectados y no en la transgresión del derecho. De allí que Ferrajoli refute el argumento hegeliano que, en el marco de la retribución jurídica, intenta negar el trastorno al orden social oponiendo la norma jurídica, haciendo equivalentes naturaleza y derecho. La perspectiva conflictualista, por el contrario, lo que entendería sería la concurrencia de una oposición entre intereses sociales, económicos o políticos, uno de cuyos extremos obtiene reconocimiento en el derecho, en la síntesis resultante de la contradicción, al lograr una declaración prescriptiva favorable a su reconocimiento. La pregunta de Ferrajoli ¿por qué castigar? es, pues, absuelta en la finalidad de conseguir no el restablecimiento del derecho o de la legalidad sino del interés social, políticamente reivindicado, que ha sido afectado<sup>40</sup>.

También es indispensable que los temas que venimos tratando, en especial las investigaciones empíricas vinculadas a esos

temas, sean objeto de estudio y discusión en el desarrollo de los programas de formación especializada de los administradores de justicia. El conocimiento de la realidad social en la cual se nutre y transforma el derecho es indispensable en ese proceso de formación. Las formas de pensamiento, concepciones y creencias de los operadores de la justicia sobre el derecho y la realidad social constituyen un excelente punto de partida. Es imposible cumplir el cometido de eliminar el margen de intervención que la ideología juega en las decisiones judiciales, como fuera aspiración del pensamiento iluminista. La cuestión será, entonces, abrir un debate transparente sobre la ideología judicial, el cual puede ser iniciado en los cursos de formación de administradores de justicia.

Pero mientras todo ello ocurre, en nuestro concepto, debe recogerse la posición de los jueces y fiscales que pertenecen a la tipología X, es decir, aquellos que hacen caso omiso de la figura del tratamiento penitenciario al momento de adoptar las respectivas decisiones. Es la única postura que no incurre en la extraña paradoja de ordenar el envío o la permanencia en prisión de una persona, so pretexto de ser indispensable que reciba algo que no existe, el tratamiento penitenciario.

GERMÁN SILVA GARCÍA

Coordinador Programa de Doctorado en Derecho de las Universidades Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

1. Es equivalente a la *probation*, aunque cada sistema legal que la aplica le ha introducido sus propias particularidades. Igual, en este caso, a diferencia de otros sistemas, existiría una sentencia condenatoria.

2. Artículo 68, *Nuevo Código Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981, pp. 29 y 39.

3. Ello llevaba a una variación respecto de la legislación procesal anterior: «La modificación tuvo por objeto evitar que el funcionario, con criterio estrictamente subjetivo, sin contar con elementos de juicio necesarios, negara la libertad provisional afirmando simplemente que, en su opinión, la persona necesitaba tratamiento penitenciario. Resultaba insólito negar la libertad provisional con el argumento del tratamiento penitenciario, y que a la postre culminara la actuación con preclusión de investigación o sentencia absolutoria». JAIME BERNAL y EDUARDO MONTEALEGRE. *El proceso penal*, 2ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 174.

4. Con todo, continúa siendo un contrasentido afirmar que quien no haya sido condenado, es decir quien sea inocente, requiera de tratamiento penitenciario y por ello deba permanecer en detención preventiva. Sería una violación al artículo 29 de la Constitución Política que establece: «Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable». JORGE ORTEGA TORRES. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Temis, 1991, p. 15.

5. Artículo 72, *Nuevo Código Penal*, *Cit.*, p. 31.

6. Artículo 10 del Código Penitenciario y Carcelario. En: *Leyes de 1993*. Bogotá: Ministerio del Interior, 1994, p. 379.

7. Una relación del debate sobre el uso de las acepciones derecho criminal y derecho penal puede consultarse en JUAN BUSTOS. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1986, pp. 3-6.

8. De Allí la posterior oposición del derecho y la criminología positivista que reivindicaba la noción de derecho criminal, por cuanto prefería que la disciplinas mencionadas tuvieran como epicentro de sus estudios la persona del criminal.

9. En el sentido explicado por Peter Berger; THOMAS LUCKMANN. *La Construcción social de la realidad*, 1ª reimp. Trad. Silvia Zuleta. Buenos Aires: Amorrortu, 1991.

10. Artículo 12, *Nuevo Código Penal*, *Cit.*, p. 12.

11. REPÚBLICA DE COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Proyecto de ley 204/92*. Ministerio de Justicia, 1992, p. 17.

12. Artículos 10, 12, 79, 94 y 142, del Código Penitenciario y Carcelario.

13. «En todo caso la resocialización es difícil de efectuarse, pues en cierta medida exige reproducir las condiciones de la socialización primaria pero en la época adulta. Por ello alguna de las siguientes condiciones indicadas deben producirse: 1. Control

total sobre el individuo. 2. Supresión de *status* pasados. 3. Negación del valor moral del viejo yo. 4. Participación del individuo en su propia resocialización. 5. Sanciones extremas. 6. Intensificación de las presiones y apoyo del grupo de iguales». JULIO IGLESIAS DE USSEL. “Socialización y control social”. En: *Tratado de sociología*. 2ª ed., T. I, Madrid: Taurus, 1992, pp. 172-173.

14. Las bases teóricas de la diferencia entre fin y función fueron establecidas, en la sociología general, por ROBERT K. MERTON. *Teoría y estructura sociales*. 3ª ed. Trad. de Florentino M. Torner y Rufina Borques, México: Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 96-97.

15. En los términos expuestos, constituye un equívoco la distinción entre “funciones declaradas de la pena” y “funciones no declaradas de la pena” inmersa en la obra de EMIRO SANDOVAL HUERTAS. *Penología. Parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1982, p. 41; también diversas alusiones en EMIRO SANDOVAL HUERTAS. *Penología. Parte especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1984.

16. Representando una violación al derecho «al libre desarrollo de la personalidad», artículo 16 de la Constitución Política; ver JORGE ORTEGA TORRES. *Constitución...*, *Cit.*, p. 12. La crítica anterior es reseñada también en LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995, p. 272.

17. GERMÁN SILVA GARCÍA. “Fluctuaciones de la población penitenciaria colombiana”. *Derecho Penal y Criminología*. Nº 54/55 (septiembre 1994/abril 1995) p. 161; también GERMÁN SILVA GARCÍA. “La concepción sobre el crimen: Un punto de partida para la exploración teórica”. En: *Congreso Internacional: Derecho público, Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectivas para el próximo milenio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 845, 846, 852-854.

18. FRANCISCO MUÑOZ CONDE. “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”. En: *Doctrina Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 630.

19. Hablamos de racionalidad en sentido weberiano; al respecto, MAX WEBER. *Economía y sociedad*. 2ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 6.

20. NORVAL MORRIS. *El futuro de las prisiones*. 3ª ed. Trad. Nicolás Grab, México: Siglo XXI, 1985, p. 38.

21. FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Op. Cit.*, p. 626.

22. LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y Razón, Cit.*, pp. 270-271; la cursiva es original.

23. Se admite que los escenarios laborales y educativos son espacios donde pueden verificarse procesos de socialización secundaria, de baja intensidad frente a la socialización primaria, mas sin embargo, no de resocialización. Al contrario, en la realidad social de la vida en prisión se realizan procedimientos secundarios muy particulares de aprendizaje, pero en las pautas de conducta y actitudes subculturales que son necesarias para sobrevivir en la cárcel y que tienen poco que ver con la finalidad de la resocialización.

24. GERMÁN SILVA GARCÍA. "Fluctuaciones...", *Cit.*, pp. 133 y 149.

25. Por ejemplo, en los primeros cuatro meses de 1997 ocurrieron 31 motines en las principales prisiones, también en 1990 ocurrieron 164 homicidios y 785 casos de lesiones personales en las prisiones; al último respecto, *cfr.* REPÚBLICA DE COLOMBIA, POLICÍA NACIONAL. *Criminalidad 1990*. Bogotá: Policía Nacional, 1991, p. 170.

26. ERVING GOFFMAN. *Internados*. 2ª ed., Trad. María Antonia Oyuela de Grant. Buenos Aires: Amorrortu, 1972, p. 89.

27. Artículos 117, 121, 131, 132 y 144, del Código Penitenciario y Carcelario.

28. THEODOR GEIGER. *Estudios de sociología del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 340.

29. Con todo, en los escenarios judiciales, incluida la Corte Suprema de Justicia, prevalecen interpretaciones de esta índole: «arribó a la conclusión lógica y razonable que requería de tratamiento penitenciario, debiendo purgar de modo efectivo la pena impuesta en la sentencia, porque se trata de persona inclinada al mismo tipo de delito». CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado ponente Nilson Pinilla, Casación 8805, Acta 046, 30 de marzo de 1995.

30. ROBERT K. MERTON. *Teoría y estructura sociales, Cit.*, p. 426.

31. La investigación encontró que, en algunos casos, la naturaleza y modalidades del delito eran asociadas con las posibilidades de victimización de los funcionarios judiciales, lo que traducía a la postre un manejo más severo.

32. Posición que no tiene mayores diferencias respecto de la sostenida por la Corte Suprema de Justicia, aunque allí lo tomado por antecedentes ni siquiera lo fuera en estricto sentido jurídico: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado ponente Dídimo Páez Velandia, expediente 3169, Acta 56, 8 de

septiembre de 1988, donde lo tomado como antecedente de la personalidad es una denuncia en un caso donde, habiendo llamamiento a juicio, prescribió la acción penal; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado ponente Guillermo Duque Ruiz, Radicación 4405, Acta 64, 23 de octubre de 1990, donde se relaciona la existencia de un proceso sin sentencia; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado ponente Nilson Pinilla, Casación 8805, Acta 046, 30 de marzo de 1995, recurriendo a otro caso por delito similar que aún se investigaba, pues había sido declarada una nulidad en la actuación. Frente a la legislación penal colombiana en todos los eventos citados, los procesados debían ser considerados inocentes del segundo hecho imputado; no obstante, la Corte los toma como antecedente indicativo de la personalidad. Antecedente de la personalidad sería, pues, algo de lo cual la ley presupone es inocente el imputado.

33. Sin embargo, además de las dificultades materiales para realizar ese objetivo en las instituciones penitenciarias, la posibilidad de una ruptura entre las concepciones judiciales y las penitenciarias acerca del tratamiento penitenciario y la resocialización pueden alejar aún más la posibilidad de un tratamiento aplicado en la dirección comentada.

34. La investigación empírica fue desarrollada recogiendo las opiniones de funcionarios de nivel bajo y medio de la judicatura: fiscales locales, fiscales regionales, fiscales de segunda instancia o delegados ante los tribunales, jueces penales municipales y jueces penales del circuito. Estos funcionarios conocen en la mayoría de los casos de infracciones cometidas por las capas bajas de la población.

35. Mas, sin embargo, en esa dirección reproducen las concepciones ideológicas conservadoras de los funcionarios judiciales, pues en sus alegatos hacen especial énfasis en el tema de la buena conducta precedente y la ausencia de antecedentes penales; al respecto, sin mucho éxito en los resultados obtenidos, se puede examinar, por ejemplo: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado ponente Pedro Elías Serrano, Acta 67, 28 de agosto de 1984; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado ponente Jorge Enrique Valencia, Casación 3100, Acta 0040, 26 de julio de 1989; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado ponente Guillermo Duque Ruiz, Radicación 4405, Acta 64, 23 de octubre de 1990; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado ponente Dídimo Páez Velandia, Acta 061, 19 de mayo de 1992. Al margen, para la Corte Suprema de Justicia los antecedentes se consideran como criterio para resolver cuando existen, pero no parece considerarlos cuando están ausentes.

36. «La superación del delito es el castigo, pues según el concepto es vulneración de la vulneración, y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia tiene otra tal». G. F. HEGEL. *Filosofía del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1975, p. 111.

37. «En lugar de ser vulnerada la parte, es lesionado lo universal, que en el juicio tiene realidad propia y se encarga de la persecución y del castigo del delito, que, en consecuencia, cesa de ser sólo el cambio subjetivo y contingente por medio de una venganza y se transforma en una verdadera conciliación del derecho consigo mismo, en la pena; esto es, en la consideración objetiva, como conciliación de la ley que se restablece a sí misma mediante la negación del delito...». *Ibid.*, p. 223.

38. La concepción dialéctica de Hegel ha sido criticada de manera similar en relación con otras materias, pues en el desarrollo de su dialéctica siempre encontró al Estado, en particular al Estado prusiano, como el límite (político) de su análisis dialéctico.

39. La igualdad entre delito y pena subsiste en cuanto a valores, no referida a los aspectos específicos de la ejecución. Al respecto, G. F. HEGEL. *Op. Cit.*, pp. 112-113.

40. De lo citado: LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y razón*, *Cit.*, pp. 254-258.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BERGER, PETER y THOMAS LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*. 10<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Amorrortu, 1991.
- BERNAL, JAIME y EDUARDO MONTEALEGRE. *El proceso penal*, 2<sup>a</sup> reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1986.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*, Madrid: Trotta, 1995.
- GEIGER, THEODOR. *Estudios de sociología del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1983.
- GOFFMAN, ERVING. *Internados*, 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Amorrortu, 1972.
- HEGEL, G. F. *Filosofía del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1975.
- IGLESIAS DE USSEL, JULIO. “Socialización y control social”, 2<sup>a</sup> ed., En: *Tratado de Sociología*, T. I. Madrid: Taurus, 1992.
- MERTON, ROBERT K. *Teoría y estructura sociales*, 3<sup>a</sup> ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- MINISTERIO DEL INTERIOR. *Leyes de 1993*. Bogotá, 1994.
- MORRIS, NORVAL. *El futuro de las prisiones*, 3<sup>a</sup> ed. México: Siglo XXI, 1985.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”. En: *Doctrina Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- Nuevo Código Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981.
- ORTEGA TORRES, JORGE. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Temis, 1991.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, MINISTERIO DE JUSTICIA. *Proyecto de ley 204/92*. Bogotá: Ministerio de Justicia, 1992.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, MINISTERIO DE JUSTICIA. *El nuevo derecho penitenciario*. Bogotá, 1991.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, POLICÍA NACIONAL. *Criminalidad 1990*. Bogotá: Policía Nacional, 1991.
- SANDOVAL HUERTAS, EMIRO. *Penología. Parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1982.
- SANDOVAL HUERTAS, EMIRO. *Penología. Parte especial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1984.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “La concepción sobre el crimen: Un punto de partida para la exploración teórica”. En: *Congreso internacional: Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: Perspectivas para el próximo milenio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “Fluctuaciones de la población penitenciaria colombiana”.



*Derecho Penal y Criminología*, Nº 54/55, (septiembre 1994/abril 1995).

WEBER, MAX. *Economía y sociedad*, 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

#### JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación, Magistrado ponente Pedro Elías Serrano, Acta 67, 28 de agosto de 1984.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación, Magistrado ponente Dídimo Páez Velandia, expediente 3169, Acta 56, 8 de septiembre de 1988.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación, Magistrado ponente Jorge Enrique

Valencia, Casación 3100, Acta 0040, 26 de julio de 1989.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación, Magistrado ponente Guillermo Duque Ruiz, Radicación 4405, Acta 64, 23 de octubre de 1990.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación, Magistrado ponente Guillermo Duque Ruiz, Radicación 4405, Acta 64, 23 de octubre de 1990.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación, Magistrado ponente Dídimo Páez Velandia, Acta 061, 19 de mayo de 1992.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación, Magistrado ponente Nilson Pinilla, Casación 8805, Acta 046, 30 de marzo de 1995.

