

TEORÍA DE LA PENA, CONSTITUCIÓN Y CÓDIGO PENAL

*Miguel Córdoba Angulo y Carmen Ruiz López**

Frente al concepto de pena han existido diversidad de criterios y definiciones, entendiendo en su mayoría por pena la auto constatación del poder coercitivo del Estado, reafirmación de su existencia en forma general¹. El concepto de pena ya no puede ser entendido en el sentido tradicional, como la existencia de un mal para retribuir la culpabilidad de un individuo por haber realizado un hecho típico y antijurídico; ese concepto de mal se encuentra unido más a un concepto ético o moral que a uno jurídico. En la actualidad el problema que plantea la teoría de los fines de la pena no es un problema metafísico sino absolutamente terrenal con el que se busca asegurar la convivencia entre los miembros de una comunidad², por ello es aceptada por la inmensa mayoría la famosa frase: “La pena no es un problema metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas”³.

La pena, su sentido, función y finalidad no pueden comprenderse si al mismo tiempo no se analizan dentro de un contexto socioeconómico determinado y dentro de un marco de Estado; la teoría de la pena está, entonces, indefectiblemente ligada a la teoría del Estado⁴; a medida que éste evoluciona y se transforma⁵, la pena también lo

* Profesores Departamento Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia.

1. Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALLARE. “Pena y Estado”, en *Papers*, revista de sociología n.º 13, Sociedad y delito, Barcelona, Península, 1980, p. 121.
2. Cfr. CLAUS ROXIN. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, MUÑOZ CONDE (trad., introducción y notas), 1981, p. 98.
3. Cfr. HANS SCHULTZ, citado por ROXIN. *Culpabilidad...* cit., p. 98.
4. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALLARE. “Pena y Estado”..., cit., pp. 99 y ss.
5. Sobre la evolución y desarrollo de los diferentes modelos de estado véase CROSSMAN R. H. S. *Biografía del Estado moderno*, Madrid, Colección Popular, 1986, J. A. FERNÁNDEZ DE CASTRO (trad.); WOLFGANG

hace. Haremos una breve referencia a la evolución de las diferentes teorías que sobre los fines de la pena se han expuesto, para luego estudiar el código penal colombiano a la luz de las mismas.

Podemos agrupar las teorías que sobre los fines⁶ de la pena se han expuesto, de la siguiente manera:

1. TEORÍAS ABSOLUTAS

Frente a las teorías absolutas de la pena algunos autores han señalado la subdivisión en teorías de la expiación y de la retribución⁷; también haremos referencia a las teorías absolutas como teorías de la retribución.

Cuando el Estado absoluto empieza a resquebrajarse con la aparición del mercantilismo se inicia un replanteamiento del tema, el poder ya no viene de Dios sino de los hombres (contrato social), surge el Estado liberal burgués auspiciado por la Revolución Francesa (1789). La pena no puede ser la expiación del pecado sino que es la retribución a la perturbación del orden jurídico que se han dado los hombres y consagrado por las leyes; la pena es la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido⁸.

La función⁹ de la pena se limita simplemente a la realización de la justicia (retribución); es decir, no se considera que la pena pueda tener algún fin; el fundamento de la pena no es otro que el libre albedrío.

Las teorías absolutas, llamadas teorías retributivas, tuvieron su apogeo con el idealismo alemán, fundamentalmente a través de los postulados teóricos propuestos por KANT y HEGEL, para quienes la función de la pena simplemente es la realización de la justicia; la pena se agota en sí misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo¹⁰.

ABENDROTH, KURT LENK. *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, Anagrama, MIGUEL FABER-KAISER (trad.), 1971.

6. Consideramos apropiado hablar de fines de la pena, y no de funciones. En reiteradas ocasiones la doctrina señala que cuando se habla de función de la pena se hace referencia al *ser*, es decir, por qué se impone una pena, o como lo ha señalado el profesor BUSTOS: “La función de la pena en un Estado social y democrático de derecho no es otra que la autoconstatación del propio sistema mediante el cual se protegen bienes jurídicos que se han fijado como producto de las relaciones sociales. Por el contrario, cuando se habla de fines de la pena se hace referencia al *deber ser*: qué busca el Estado con la imposición de una pena, respondiendo a la pregunta para qué. Hacemos una simple referencia al tema que deberá ser objeto de desarrollo en posteriores trabajos.
7. Cfr. HEIKO LESCH. *La función de la pena*, JAVIER SÁNCHEZ VERA (trad.), Universidad Externado de Colombia, 2000, Bogotá, pp. 18 y ss.
8. Cfr. BUSTOS. “Pena...”, cit., p. 103.
9. Consideramos que tratándose de teorías absolutas sí se puede hablar de funciones de la pena y no de fines.
10. Cfr. IGNACIO BERDUGO. *El concepto, el método y las fuentes del derecho penal*, p. 75.

Para KANT¹¹ la pena no puede ser impuesta como simple medio para procurar a otros bienestar, debe ser impuesta simplemente por el hecho de haber delinquido. El hombre no puede ser usado nunca como medio de las intenciones de otros, ni mezclado entre los objetos del derecho de cosas¹².

Para HEGEL la pena tiene como función aniquilar y negar la existencia del delito; es decir, el delincuente con su conducta niega la existencia de la norma. Al imponerse la pena se niega la existencia del delito como nueva norma con la que se pretende establecer la licitud de la conducta; de esta manera se fundamenta la dialéctica de la negación de la negación. La libertad sin responsabilidad no es realmente verdadera libertad, sino mero arbitrio subjetivo¹³.

La posición central de estas teorías absolutistas giran en torno a la idea de que el hombre es un fin en sí mismo, por tanto resulta inadmisibles castigar al delincuente en beneficio de la sociedad, porque ello supondría instrumentalizar al individuo¹⁴.

Algunas de las críticas señaladas frente a estas teorías retribucionistas son las siguientes:

1. No es aceptable la imposición de la pena como retribución de la culpabilidad (teoría normativa), por ser ésta demostrable empíricamente; tampoco es aceptable como retribución del hecho injusto¹⁵, pues la pena es una amarga necesidad de la sociedad para conseguir los fines racionales y permitir la convivencia entre sus miembros.
2. Contradican el carácter fragmentario del derecho penal y la protección parcial de bienes jurídicos. Así mismo, resultan incompatibles con la idea de justicia absoluta instituciones como la libertad condicional, prescripción, amnistía, indulto, perdón del ofendido a las condiciones objetivas de punibilidad, etc.¹⁶.
3. En cuanto a la función del Estado se refiere, es errado partir de un orden absoluto desconociendo las desigualdades que el mismo Estado origina.
4. No es posible aceptar la teoría de la retribución como fin de la pena, pues los supuestos de los que parte son incompatibles con las bases teóricas de un Estado de derecho.

11. Cfr. KANT, citado por ROXIN en *Sentido y límites de la pena estatal*, MANUEL LUZON PEÑA (trad.), Reus, p. 12. Véase también SANTIAGO MIR. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Bosch, 1982, 2.ª ed., pp. 26 y ss.

12. Cfr. KANT, citado por HEIKO LESCH. *La función...*, cit., p. 21.

13. Cfr. HEIKO LESCH. *La función...*, cit.

14. Véase con más detenimiento y con bibliografía, MIR. *Función de la pena...*, cit., pp. 26 y ss.

15. *Ibid.*, pp. 59 y 60. Lo anterior no obsta para reconocer que la mayoría de ordenamientos penales parten de planteamientos retribucionistas.

16. Cfr. SANTIAGO MIR. *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976.

5. Las teorías retribucionistas cumplen una función, que es la realización de la justicia, pero no persiguen finalidad alguna.

2. TEORÍAS RELATIVAS

En contraposición a las teorías absolutas surgen las relativas, las cuales pretenden, a través de la pena, determinados fines, ya sea por intermedio de la prevención general, o bien por la prevención especial. Procuran evitar la comisión de nuevos comportamientos punibles, es decir, la pena debe tener un carácter estrictamente preventivo¹⁷.

Las siguientes son las corrientes que orientan estas teorías:

a. Prevención general

Fin de la pena que ofrece como alternativa el Estado liberal no intervencionista, en el que se da prioridad al Estado de derecho, dominando las corrientes racionalistas utilitarias laicas¹⁸.

Entre sus exponentes se destacan BECCARIA¹⁹, BENTHAM y FEUERBACH; este último fue quien sentó las bases de la prevención general con su conocida teoría de la “coacción psicológica”.

En su concepción tradicional la prevención general se entiende como prevención general negativa²⁰. Al ver la pena como la amenaza de un mal, su fin es intimidar a los individuos que se pudieran inclinar por el camino del delito²¹.

A la prevención general negativa se le han señalado, entre otras, las siguientes críticas:

1. Los excesos innegables en que ha incurrido el derecho positivo, en busca de obtener un efecto intimidatorio sobre la colectividad, llegando incluso al terror penal.
2. Presenta imposibilidad de romper el dilema sobre qué comportamientos puede o no el Estado ejercer la intimidación²².

17. En este sentido Cfr. BERDUGO. *El Concepto...*, cit., p. 77.

18. Cfr. BUSTOS. *Introducción...*, cit., p. 76.

19. CESARE BECCARIA. *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1982, FRANCISCO TOMÁS y VALIENTE (trad.).

20. Cfr. MIR. *Función...*, cit., p. 31. En terminología de HASSEMER *Prevención general-especial*.

21. Cfr. LUZON PEÑA. *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979, p. 26.

22. Cfr. ROXIN. *Sentido y límites de la pena estatal*, Madrid, Reus, 1976, LUZON PEÑA (trad.), p. 18.

3. No se ha establecido un límite concreto a la intimidación que se pretende conseguir, por ello tiende al terror penal.
4. Hasta la fecha no se ha demostrado su real eficacia, sobre todo en lo referente a delinquentes profesionales o impulsivos ocasionales.
5. Siguiendo los postulados de KANT, se hace énfasis en que no se puede justificar que se castigue a un individuo en beneficio de otro.
6. Como afirma MIR²³, la prevención general no puede perseguirse únicamente a través de la mera intimidación, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídico general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad.

b. Prevención especial

En una primera época del Estado capitalista, como Estado liberal reducido a funciones de mera vigilancia, las teorías retributivas y de prevención general podían aparecer como suficientes. Un desarrollo posterior del Estado capitalista hacía necesaria una readecuación de la concepción de pena²⁴, se creó la necesidad de una intervención mayor del Estado en todos los procesos sociales y un asentamiento del modo de producción capitalista²⁵.

La pena no se podía seguir entendiendo como la simple restauración del orden jurídico (retribución), o como la intimidación de la colectividad a través de la pena (prevención general negativa). La pena pasa ahora a garantizar la defensa de un nuevo orden social, de ahí deviene la dirección de la Defensa Social; el delincuente se concibe como peligroso socialmente, surge así la prevención especial como finalidad.

La prevención especial tuvo amplia acogida gracias a los aportes del positivismo criminológico, pues al hacer del delincuente el centro de atención del derecho penal, la pena, o mejor la medida, iba encaminada directamente al sujeto por la peligrosidad que representaba. Debemos citar fundamentalmente el conocido Programa de Marburgo de FRANK VON LISZT²⁶, como punto de partida de esta concepción.

23. Cfr. MIR. *Función...*, cit., p. 31.

24. Cfr. BUSTOS. *Pena...*, cit., pp. 105 y ss.

25. Sobre todo el desarrollo del modo de producción capitalista véase, concretamente, HOBBSBAWN, ERIC. *La era del capitalismo*, Barcelona, Guadarrama, 1981, A. GARCÍA FLUJXA (trad.), pp. 15 y ss. En cuanto a la relación del capitalismo y la pena en BUSTOS. *Pena...*, cit., pp. 105 y ss.

26. LISZT presenta tres formas como puede operar la prevención especial: corrigiendo al corregible, esto es lo que comúnmente conocemos como resocialización; intimidando a quien es susceptible de ello, y, por último, haciendo inofensivo al sujeto que no es ni corregible ni intimidable, a través de la privación de la libertad (inocuidación).

Con la prevención especial se trata de evitar la comisión de nuevos comportamientos punibles por parte de quien ya ha transgredido el ordenamiento penal, razón por la cual algunos prefieren hablar de medidas y no de penas, ya que la pena supone la libertad o racionalidad del hombre; la medida, en cambio, considera que quien ha delinquido es un sujeto peligroso, diferente del normal, al que debe tratarse de acuerdo con sus especiales características, y de lo que se trata es de corregirlo, resocializarlo (prevención especial positiva) o inocularlo (prevención especial negativa).

Cobra gran importancia la prevención especial en el momento de individualización judicial de la pena, sobre todo en lo que hace referencia a agravantes y atenuantes, ya que varios ordenamientos tienen en cuenta la personalidad del delincuente, aspecto que a su vez es importante para efectos de sustitutivos penales, como son la libertad condicional y la condena de ejecución condicional²⁷.

A la prevención especial se le señalan, entre otras, las siguientes críticas:

1. La imposibilidad de limitar temporalmente el *ius puniendi* del Estado justificaría la imposición de penas privativas de la libertad de manera indefinida, hasta conseguir la corrección definitiva; de igual forma en todos los delitos, incluso en los de mayor gravedad, no habría necesidad de imponer una pena si no existe posibilidad de reincidencia²⁸.
2. Se debe rechazar la resocialización como imposición coactiva de un determinado marco de valores a quien ha delinquido, pues se entraría en abierta contradicción con los principios de un Estado de derecho, tales como el pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad²⁹.
3. Algunos autores plantean que es absurdo resocializar si es la misma sociedad la que ha llevado al individuo a delinquir.
4. La imposibilidad de llevar a la praxis la idea de resocialización³⁰.

c. Teorías mixtas

Ante la imposibilidad de admitir exclusivamente o bien las teorías absolutas (retributivas), o bien las relativas (preventivas: generales o especiales), como explicativas de la pena, por las razones ya enunciadas, surgieron las denominadas teorías mixtas o unificadoras.

27. Cfr. GERARDO LANDROVE DÍAZ. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, Bosch, 1984, 3.ª ed., pp. 5 y ss.

28. Ampliamente sobre este aspecto, ROXIN. *Sentido...*, cit., pp. 15 y ss.

29. En esta dirección BERDUGO. *El concepto...*, cit., p. 108. También MIR. *Función...*, cit., pp. 33 y ss. Mismo autor. *Función Fundamentadora...*, cit., pp. 50 y ss.

30. Cfr. ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA. *Estudios Penales*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 18 y ss.

Estas pretenden, simplemente, como su nombre lo indica, unir los fines de la pena bajo un solo concepto y con ello resolver los inconvenientes que implicaba el propender por la aceptación de una única finalidad de la pena. La esencia de la pena para los seguidores de las mismas radica en la *retribución* buscando fines de prevención general y prevención especial.

Lógicamente estas teorías carecen de una fundamentación coherente, ya que tratan de conjugar en un solo concepto fines (preventivo-retributivos), a nuestro juicio, antagónicos, resultando más peligrosa, pues permiten justificar cualquier clase de pena, como lo señaló ROXIN³¹.

Pese a los impedimentos existentes, las teorías unificadoras han tenido amplia acogida a lo largo de los últimos años y ello debido fundamentalmente a que las concepciones que optan exclusivamente por una finalidad de la sanción, no resisten las críticas que se le han formulado.

Obviamente, las consecuencias de las teorías mixtas desencadenaron en una disfuncionalidad de los conceptos que orientan la pena: se combinaron proposiciones propias de la teoría retributiva y ejecución penal orientada a un tratamiento resocializador; de otra parte, se mantenía como principio el límite de la pena en la culpabilidad del autor, pero así mismo se propugnaban exigencias de resocialización por otro. En síntesis, se mezclaron conceptos antinómicos, lo cual llevó a replantear todo el tema de los fines de la pena para buscar una solución más adecuada.

3. MODERNAS TEORÍAS DE LOS FINES DE LA PENA

Ante las inconsistencias que generaron las teorías precedentes, la doctrina se dedicó a la búsqueda de alternativas, se intensificó la investigación sobre la prevención general, y es así como en la actualidad se ve en la prevención general positiva el fin primordial de la pena.

La prevención general positiva ofrece dos formas diferentes: la prevención general como fundamento de la intervención del derecho penal, y la prevención general que busca limitar a la prevención general intimatoria; es decir, prevención general fundamentadora, y prevención general limitadora.

a. Prevención general positiva fundamentadora

Se puede citar a WELZEL como partidario de la prevención general positiva fundamentadora (pese a que nunca lo señaló de manera expresa), ya que dentro de su

31 Cfr. ROXIN. *Sentido...*, cit., p. 19. Una amplia crítica a las teorías unificadoras en LUZON PEÑA. *Medición de la pena...*, cit., pp. 13 y ss.

concepción de la función ético-social del derecho penal pretendía influir en la conciencia de los miembros de una colectividad en su actitud interna frente al derecho³².

También JAKOBS propugna por la prevención general positiva fundamentadora. Coincide con WELZEL en buscar que la colectividad sea fiel al derecho, rechazando que con ello se traten de proteger unos determinados valores de acción y bienes jurídicos. El derecho penal tiene como única finalidad garantizar la función orientadora de las normas jurídicas; estas normas tratan de estabilizar e institucionalizar expectativas sociales y sirven así de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social. La prevención general positiva fundamentadora así entendida permite y obliga a utilizar la pena aunque no lo exija la inmediata protección de bienes jurídicos, ni la prevención especial.

A la concepción fundamentadora, y concretamente a los planteamientos de JAKOBS, BARATTA y otros autores han señalado objeciones:

1. No se entiende por qué, para esta corriente, la estabilización de expectativas ha de ocurrir a través de la imposición de un castigo y no por otros medios menos gravosos³³.
2. Si la función del derecho penal fuera solamente la confirmación de la confianza en las normas, ¿por qué razón no basta una declaración inequívoca en tal sentido, por qué es preciso imponer un mal como la pena, si ésta no busca la intimidación?
3. Otro sector de la doctrina considera que la prevención general positiva fundamentadora pretende alcanzar un consenso que puede desembocar en un claro proceso de fascistización social, en el que el individuo desaparece devorado por esa máquina que es el leviatán estatal³⁴.

b. Prevención general positiva limitadora

Las teorías que buscan los fines de la pena en la prevención general positiva, pero no con carácter fundamentador sino como limitador del *ius puniendi*, en la actualidad son seguidas por un amplio sector de la doctrina³⁵.

32. HANS WELZEL. Citado por MIR. *Función fundamentadora...* cit., p. 52.

33. Cfr. BARATTA. *Interrogación-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, cit., pp. 533 y ss.

34. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, pp. 42 y 43.

35. Véase ampliamente y con bibliografía HASSEMER. "Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social, En *Revista de derecho penal y ciencias sociales*, Barcelona, 1982, MARÍA TERESA CASTINEIRA (trad., ob. cit., pp. 132 y ss. WINFRIED HASSEMER. *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO (trads.), pp. 380 y ss.; CLAUS ROXIN. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981, F. MUÑOZ CONDE (trad.), pp. 93 y ss; mismo autor. *Sentido...*, cit., pp. 19 y ss; ROXIN. *Derecho Penal parte General*, t. I., LUZON PEÑA, DIAZ y GARCIA CONLLEDO (trads.), Civitas, 1997, pp. 78 y ss. MIR. *Función fundamentadora...*, cit., pp. 54 y ss. Mismo autor. *Función de la pena*, cit., pp. 25 y ss.; entre otros.

Se ha dicho en reiteradas oportunidades que un Estado que respete las libertades, garantías y derechos fundamentales, tiene como finalidad la protección de los miembros de la colectividad, la protección de bienes jurídicos indispensables para vivir pacíficamente, para ello utiliza diversos medios de control social³⁶, entre ellos y como *ultima ratio* el derecho penal que debe traer penas limitadas.

Dos importantes exponentes de la teoría de la prevención general positiva limitadora son: ROXIN, al exponer su *teoría unificadora dialéctica*³⁷, y SCHMIDHAUSER³⁸, con su *teoría diferenciadora de la pena*, quienes han tratado de resolver cómo compaginar, dentro de los fines de la pena, la prevención general positiva y la prevención especial³⁹.

La idea central de esta posición gira en torno a la diferenciación de las distintas etapas por las que atraviesa la pena, a saber: creación de la norma, individualización judicial y ejecución y cómo en cada una de ellas se justifican la prevención general, la especial, o ambas, sin que las diferentes etapas puedan ser consideradas aisladamente; estos fines forman parte de un todo, es decir, unos y otros se compaginan; los primeros, obviamente, serán precedentes indispensables de los últimos.

En un primer momento, es decir, en la fase de conminación de la pena, de la amenaza penal, es decisivo el carácter de prevención general, pues es cuando el legislador prohíbe un determinado comportamiento, motivando a través de la norma a todos los miembros de la colectividad; en este ámbito el fin primordial es la prevención general sin desconocer que tiene importancia la prevención especial, al señalarse las reglas legales de determinación de la pena.

En la fase de imposición o individualización de la pena, para los autores mencionados, también impera el carácter de prevención general, para lo cual debe tenerse en cuenta la necesidad de imponer una pena que debe estar dentro de ciertos límites fijados por la ley, pues en caso contrario la norma no cumpliría efectivamente su función de motivación y, por el contrario, acarrearía efectos negativos de cara a la prevención general si no se cumple o aplica la amenaza típica. Pero en esta fase también aparece la necesidad de prevención especial, pues a la hora de imponer la pena se deben tener en cuenta las características de cada sujeto, para que así exista una relación entre la pena individualizada y la etapa de ejecución, condicionando de esta forma la etapa de individualización a la de ejecución.

36. Cfr. HASSEMER. *Fines de la pena...*, cit., p. 134.

37. Cfr. ROXIN. *Sentido...*, cit., pp. 33 y ss.

38. SCHMIDHAUSER, citado por BERDUGO. *El concepto...*, cit., p. 116.

39. Con relación a la tesis expuesta por el profesor ROXIN debemos resaltar cómo el autor mencionado tiene posiciones diversas frente a la retribución, ya que en un comienzo insinúa que debe empezar a cuestionarse la retribución como fin de la pena (lo deja ver en el escrito *Sentido y límites de la pena estatal*), y más adelante, al publicar su *Derecho Penal Parte General*, señala de manera expresa su renuncia a la retribución como fin de la pena, es más, considera que no es posible compaginar fines de prevención (especial y general) con un fin retributivo de la pena.

En la etapa de ejecución es la prevención especial la que predomina, entendida como prevención especial positiva, es decir, resocialización; sin olvidar que en esta etapa, la prevención general positiva también desempeña un papel importante como condición de eficacia de la amenaza legal que quedaría en nada si no se ejecuta efectivamente la pena⁴⁰.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA, CÓDIGO PENAL DE 1980, LEY 599 DE 2000 Y FINES DE LA PENA

La Constitución Política de Colombia⁴¹, en sus artículos 11, 12, 28, 24 y 34, entre otros, señala los parámetros generales a los cuales se debe ceñir la regulación e interpretación de todo lo concerniente al derecho penal y en particular a la pena y a los fines de la misma.

El artículo 12 del Código Penal de 1980 frente a los fines de la pena señala:

Art. 12. *Función de la pena y de las medidas de seguridad.* La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

La Ley 599 de 2000 (nuevo Código Penal) trae como normas rectoras, en sus artículos 3 y 4, los principios de las sanciones penales, así como las funciones de la pena:

Funciones de la pena:

Art. 4.º La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Si analizamos la regulación que frente a los fines de la pena trae el Código Penal de 1980, podemos señalar:

1. Como se ha dicho en reiteradas oportunidades, el artículo 12 confunde los conceptos de fines y funciones de la pena, confusión que no carece de importancia, ya que cuando se habla de función de la pena se hace referencia al *ser*, es decir, por qué se impone una pena, o como lo ha señalado, por citar un solo ejemplo, el profesor BUSTOS,

40. ROXIN es partidario de aplicar excepcionalmente una pena inferior al grado de culpabilidad correspondiente (o prescindir de la misma) cuando circunstancias de prevención especial así lo demuestren. Como condición impone que la disminución de la pena, o prescindir de la misma, no lleve un efecto contrario a la defensa del orden jurídico. A esto lo denomina la "reserva mínima de Derecho Penal".

41. Constitución Política de Colombia 1991.

la función de la pena en un Estado social y democrático de derecho no es otra que la autoconstatación del propio sistema, mediante la cual se protegen bienes jurídicos que se han fijado como producto de las relaciones sociales. Por el contrario, cuando se habla de fines de la pena se hace referencia al *deber ser*. ¿Qué busca el Estado con la imposición de una pena, respondiendo a la pregunta para qué? Consideramos que lo correcto sería distinguir entre fines y funciones de la pena.

2. Al señalar el Código de 1980 que la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora, podemos sostener que se ha inclinado por acoger las teorías mixtas, en las que se trata de reunir diferentes fines (o funciones) de la pena, conciliando tanto fines preventivos (generales y especiales) con retribución, es decir, a este artículo 12 le son aplicables todas y cada una de las críticas expuestas frente a las teorías mixtas de los fines de la pena, entre ellas afirmar que con una norma de tal naturaleza siempre se justificará la imposición de cualquier pena.

3. Creemos que no se puede afirmar, desde ningún punto de vista, que la retribución sea un fin de la pena. Consideramos que el concepto de retribución siempre se encuentra implícito en el de la pena, pero no por ello podemos decir que se constituya en fin de la misma.

Ahora bien, frente a la disposición que en el mismo sentido trae la Ley 599 de 2000 (Nuevo Código Penal) podemos señalar:

1. El artículo 4.º, al igual que el artículo 12 del Código Penal de 1980, confunde los conceptos fin y función de la pena, consideramos que sería mejor hablar de fines de la pena, por las razones ya expuestas.

2. El nuevo Código pretende conciliar fines de prevención (general y especial) con retribución al señalar como fines de la pena la prevención general, la *retribución justa*, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado, tomando partido, a nuestro modo de ver, por la teorías mixtas que sobre los fines de la pena se han expuesto.

3. La norma en estudio pretende diferenciar los conceptos de prevención especial y resocialización. Consideramos que sería conveniente simplemente hablar de prevención especial positiva, es decir, resocialización, sin incurrir en reiteraciones como es hablar de prevención especial y reinserción social.

4. El nuevo Código, al igual que el Código Penal del 80, toma postura por las teorías mixtas. No se puede sostener que por el solo hecho de resaltar o mejor diferenciar los fines de la pena que se deben buscar en la etapa de ejecución de aquellos que se buscan en la etapa de imposición de la misma, se esté optando por la teoría que sobre los fines de ella expone ROXIN, simplemente porque es evidente que el profesor alemán rechaza de forma expresa el concepto de retribución como “fin” de la pena, entre otros aspectos.

5. Debemos resaltar la importancia que da el nuevo Código al principio de necesidad de la pena, pese a no señalar cómo se va a conciliar el “fin” de “retribución justa” con el principio de necesidad de la misma.

Del estudio de la norma en cuestión podemos concluir, por ahora, que el nuevo Código Penal acoge una postura mixta frente a los fines de la pena. De igual forma, pese a tener algunos elementos en común, no se ha optado por la teoría que sobre los fines de la misma expone el profesor ROXIN.

Al interrogarnos sobre el porqué de la norma mencionada, podemos señalar que seguramente el legislador se basó en algunos pronunciamientos de la H. Corte Constitucional.

En efecto, sobre los fines de la pena la Corte Constitucional dice:

Una vez más debe señalarse que el *ius puniendi* corresponde al Estado en defensa de la sociedad, en cuanto ésta requiere que sean perseguidas y sancionadas aquellas conductas que la afectan colectivamente, bien por atentar contra bienes jurídicos estimados valiosos, ya por causar daño a los derechos de los asociados⁴².

En otra oportunidad señaló:

... en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (art. 1.º, C. N.), la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad [...] el derecho penal no sólo debe defender a las personas contra los delitos sino que tiene también que garantizar los derechos individuales, que son entonces límites al poder punitivo. La pena debe ser el resultado de la aplicación del derecho penal como *ultima ratio* y como tal debe ser necesaria, razonable, eficiente y proporcionada⁴³.

En la Sentencia C-430 de 1996 se afirmó:

La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución

42. Corte Constitucional, sentencia C-157 de 19 de marzo de 1997. M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

43. Corte Constitucional, sentencia C- 144 de 19 de marzo de 1997. M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas⁴⁴.

Queda claro, entonces, que el Nuevo Código Penal en lo relacionado con los fines de la pena opta por seguir los pronunciamientos de la Corte Constitucional, razón por la cual consideramos respetuosamente que se incurrió en un error, pues pese al avance que sobre fines de la pena ha hecho la Corte, es evidente que la misma no ha realizado un desarrollo sistemático como lo ha hecho la doctrina frente a la teoría de los fines de la pena.

De esta manera tenemos un planteamiento general de la teoría de los fines de la pena frente a la Constitución Política de Colombia y su aplicación en el Código Penal de 1980 y frente a la Ley 599 de 2000, sólo queda por resolver interrogantes tales como:

1. ¿Cómo se va a conciliar la retribución justa con el principio de necesidad de pena y con los fines preventivos de la misma?
2. ¿A qué tipo de prevención general se refiere el nuevo Código Penal, a la general negativa (intimidación), o a la prevención general positiva?, y si es a esta última, ¿se trata de prevención general positiva fundamentadora o limitadora?
3. ¿Qué tesis doctrinal sobre los fines de la pena en realidad sigue el nuevo Código Penal y cuál debe ser la interpretación y aplicación de la misma?
4. ¿Cómo se va a conciliar el principio de necesidad de pena, frente a los fines de prevención general y prevención especial?

La respuesta a estos y otros interrogantes debe ser objeto de desarrollo en posteriores trabajos.

44. Frente al fin de prevención especial positiva, de igual forma, señala: “La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental de la dignidad (art. 1.º, C. N.), sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana (art. 16, C. N.). La función de reeducación y reinserción social del condenado debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación, todas, con la función resocializadora como fin del sistema penal” (Corte Constitucional, sentencia C-261 de 13 de junio de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).

