
LA PENA ALTERNATIVA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y EN EL ACUERDO DE PAZ SUSCRITO CON LAS FARC¹

ALTERNATIVE PUNISHMENT IN THE “JUSTICE AND PEACE” ACT AND IN THE PEACE TREATY SIGNED WITH THE ARMED REVOLUTIONARY FORCES OF COLOMBIA

Recibido: 18 de octubre de 2022

Aceptado: 1 de noviembre de 2022

Alfonso Daza González²

-
- 1 Artículo de reflexión producto de la investigación que el autor adelantó en la línea de investigación “Derechos Humanos, Derecho Penal y Procesal Penal”, en el grupo de investigación “Jurídicas y sociojurídicas” de la Universidad Santo Tomás – Tunja. Producto de esta investigación se encuentra el libro titulado “La pena alternativa en la ley de justicia y paz”, publicado por el Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016, ISBN 978-958-749-667-3
 - 2 Docente de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás – Tunja. Abogado de la Universidad Libre. Especialista y Magíster en Derecho Penal y Criminología de la misma Universidad. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica. Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Universidad Alfonso X El Sabio (España). Correo electrónico: alfonso.daza@ustatunja.edu.co, https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000185086, Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0501-2516>, Google scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=aEbNEhUAAAAJ&hl=es&oi=ao>

Resumen

Este artículo de reflexión analiza el quantum de la pena de 5 a 8 años, establecida en la Ley 975 de 2005 -Ley de Justicia y Paz- y Ley 1820 de 2016 -Acuerdo de paz suscrito con las FARC-, a fin de establecer si esta garantiza el cumplimiento de las funciones de la pena. Se trata de una investigación básica jurídica, en razón a que el objeto de estudio lo constituye la norma jurídica.

Palabras clave: Pena alternativa, delitos graves, justicia, paz, retribución, intimidación, prevención especial.

Abstract

This reflection article studies the criminal sanctions established in Law 975 of 2005 – “Justice and Peace” Act- and 1820 of 2016 -peace treaty signed with the Armed Revolutionary Forces of Colombia-, in order to establish whether these guarantee the fulfillment of limits and goals of punishment. This is basic legal research, because the object of study is the legal norm.

Key Words: Alternative punishment, serious crimes, justice, peace, retribution, intimidation, special prevention.

Planteamiento del problema jurídico

El quantum de la pena de 5 a 8 años, establecida en la Ley 975 de 2005 -Ley de Justicia y Paz- y Ley 1820 de 2016 -Acuerdo de paz suscrito con las FARC, ¿garantiza el cumplimiento de las funciones de la pena?

Funciones de la pena

La primera afirmación que hacemos en este estudio, es que la pena de cinco (5) a ocho (8) años, establecida en la (Ley 975 de 2005; art. 29) “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y (Ley 1820, 2016), de conformidad con lo aprobado en el Acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera celebrado entre el Gobierno colombiano y el grupo guerrillero FARC³, producto del proceso de paz con los paramilitares y con la guerrilla de las FARC, respectivamente, debe garantizar, necesariamente, el cumplimiento de las funciones de la pena⁴, ello debido a que está en juego la idoneidad de la sanción estatal (Ley 599, 2000; art. 4).

-
- 3 Sobre el origen de las FARC: “En 1964 se formaron las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia); menos cerebrales o teóricas que el ELN, las FARC retaron al Estado colombiano y a sus élites hasta noviembre de 2016. Esta organización, de origen rural, nació como resultado de la frustración de las luchas agrarias de las décadas de 1930 y 1940, que no consiguieron más que represión por parte del Estado. Las FARC, que a principios de los años 1990 llegaron a tener entre quince y veinte mil hombres, disminuyeron luego su tamaño al quedar con unos 6.300 hombres en armas en el momento de firmar el acuerdo de paz con el Gobierno nacional” Larosa, Michael J. Y Mejía, Germán (2017, págs. 182 y 183). “El proceso de desmovilización y entrega de armas se cumple hoy según el cronograma acordado, lo que anuncia que se cumplirá la promesa de líderes de continuar buscando soluciones *con palabras y no con balas*; Su fundador, Pedro Antonio Marín “nombre de guerra: Manuel Marulanda, alias *Tirofijo*), murió de forma natural en marzo de 2008, sin haber sido capturado jamás por las autoridades. Su muerte recordó a los colombianos una dura realidad: el Estado colombiano no controla la totalidad del territorio nacional. La muerte de Tirofijo hirió los ánimos de la organización, como se hizo evidente con los cientos de desertores, mucho de los cuales habían entrado a la guerrilla en la adolescencia. El liderazgo pasó a Alfonso Cano (nacido Guillermo León Sáenz Vargas), pero una campaña persistente de las Fuerzas Armadas, financiada en su mayor parte con dólares de Estados Unidos, financiada en su mayor parte con dólares de Estados Unidos, debilitó significativamente al grupo, como se hizo evidente en septiembre de 2010, con la muerte del comandante militar de mayor rango, el *Mono Jojoy*, a unos ciento noventa kilómetros de la capital. Cano murió a manos del Ejército colombiano a principios de octubre de 2011. Antes de la firma del acuerdo de paz, las FARC recurrieron al secuestro, la extorsión y la protección del narcotráfico como medios para financiar sus operaciones” (Oficina del Alto Comisionado Para la Paz, 2016)
- 4 Art. 4. Funciones de la pena. “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” (Ley 599, 2000)

Por esta razón, para efectos de determinar las difíciles relaciones entre el poder de castigar y las nuevas tendencias que autorizan su renuncia, vamos a distinguir en principio tres aspectos esenciales de la pena: (i) justificación, (ii) sentido y (iii) fin (Daza González, 2016; pág. 19).

Con respecto al primero, sabemos que la existencia de la pena se justifica por su necesidad debido a que ésta actúa:

“como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas de una comunidad. Es por esto que, en la opinión dominante en la doctrina jurídica y en la filosofía política, se dice que, sin la pena, la convivencia humana en sociedad sería imposible⁵, hasta el punto que la gran mayoría de los pensadores coinciden en señalar que la pena es un mal necesario, una *amarga necesidad* derivada de la naturaleza imperfecta de los hombres” (Muñoz, 2001; Ferrajoli, 1997; pág. 251 y Daza, 2010; págs. 65-96).

“A esto habría que agregar que, de la pena, depende la vida del Derecho mismo, dado que su autoridad y su capacidad de cohesión y regulación de la vida social dependen en gran parte de la existencia de un mecanismo contralor que sancione el incumplimiento de las normas que lo componen” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.).

Finalmente, “la existencia de un monopolio de la fuerza concentrado en la figura del Estado evita que sean los mismos miembros de la sociedad quienes se arroguen, a su antojo y sin límite alguno, el derecho de castigar a un infractor⁶”.

5 “Aunque el análisis de las posturas abolicionistas excede el alcance de la presente investigación, vale señalar, que los modelos de sociedad que éstas persiguen derivan o bien en una sociedad salvaje, carente de orden y abandonada a la ley natural del más fuerte, o bien en una sociedad disciplinaria, pacificada y totalizante, en la que los conflictos son controlados y resueltos o, peor aún, prevenidos, mediante mecanismos éticos-pedagógicos de interiorización del orden, o de tratamiento médico, o de panoptismo social e incluso policial”. Ferrajoli, L. (1997; pág. 251).

6 “La demanda de suprimir el Derecho penal de ninguna forma es una opción agradable para los seres humanos y mucho menos para los derechos humanos. Tan sólo se lograría, toda vez que el control social seguiría rigiendo nuestras vidas, eliminar los límites de las injerencias, dejando así vía libre a los poderosos

Pero sí existe un criterio más o menos unánime sobre la justificación de la pena, no ocurre así con los problemas sobre su sentido y su fin. “Estos constituyen el objeto de la llamada *lucha de escuelas* que, durante muchos años, ha ocupado el centro de gravedad de las discusiones de la dogmática penal. Ahora bien, estas escuelas están representadas, cada una, por una toma de posición frente al carácter de la pena y se dividen básicamente en (i) las teorías de la retribución; ii) las teorías de la prevención; y iii) las soluciones eclécticas”.

“Las teorías de la retribución o teorías absolutas atienden únicamente al sentido de la pena y ante la pregunta ¿por qué se castiga? responden que se castiga porque se incurrió en una culpa. De esta manera, la culpa sería entonces la causa y el castigo su inmediata consecuencia. Por su parte, las teorías de la prevención o teorías relativas, que atienden al fin de la pena o ¿para qué se castiga?, establecen que se castiga para que, en el futuro, no vuelva a repetirse la conducta culpable. Así entendido, el castigo no es un fin en sí mismo sino un medio para evitar la repetición del delito” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.).

Estas dos sencillas maneras de entender el castigo de las conductas se encuentran presentes en el diálogo platónico *Protágoras o de los sofistas*, en el que Platón atribuye a Sócrates una postura claramente retributiva cuando dice que: “debe castigarse porque se ha cometido injusticia”. Así entonces, para el filósofo griego, el castigo es justo en sí mismo pues sólo con él se borrará del delincuente la mancha de la injusticia; la culpa en que se ha incurrido explica y justifica el castigo. Expresado en lenguaje causal, el castigo sería el efecto inexorable de la culpa. En contrapunto, a Protágoras se le atribuye una posición preventiva: “no tiene sentido castigar porque se ha cometido injusticia sino para que en el futuro no se volviera a cometer. Dicho de otro modo, el castigo no retribuye ni tiene una causa. Tiene una finalidad y esa es

intereses sociales para imponer sus sanciones. Y eso sí que sería una verdadera miseria” Hassemmer, W. (2003) pág. 37.

- 7 “Sin embargo, cabe señalar que las “teorías” de la pena sólo son tales, en la medida en que la expresión teoría se tome en sentido amplio. En realidad, no se trata de teorías, sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término” (Bacigalupo, 1996, págs. 23-25).

que no se repita la conducta injusta” (Corte Constitucional. Sentencia C-371, 1994).

Estas dos teorías antiguas dieron origen a posturas modernas hasta hoy irreconciliables⁸. Los *iusfilósofos* de la escuela analítica sostienen que un planteamiento riguroso del problema, en términos lógicos y lingüísticos, puede llevar a disipar el aparente conflicto entre ambas vertientes, pues no se trata de posiciones antagónicas, sino que responden a cuestiones distintas, como ya se dijo: ¿por qué se castiga? (cuestión ontológica) y ¿para qué se castiga? (cuestión teleológica) (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96). Por esa vía, la dogmática penal (y más recientemente, la legislación) han intentado conciliar ambas posturas en una solución ecléctica que satisfaga a la vez las exigencias lógicas y éticas implícitas en la función punitiva. Esta iniciativa, al menos en el plano teórico, parece fracasar, pues siempre quedan dos interrogantes: ¿qué contestar desde el punto de vista de la retribución a la pregunta ¿para qué se castiga?, y a su vez, ¿qué contestar desde el punto de vista de la prevención a la pregunta ¿por qué se castiga?⁹.

Consideramos que una buena teoría, que ofrezca razones y argumentos suficientes para otorgarle un fin y un sentido a la actividad punitiva, debe estar en condiciones de dar respuesta satisfactoria a ambos interrogantes. Por ello, se hace necesario exponer los lineamientos generales de las teorías: i) retribucionista; y ii) utilitarista, la primera como aquella que da cuenta del castigo como fin último del Derecho penal y, la segunda, con sus variantes, como aquella que da cuenta del castigo como medio para el cumplimiento de otro fin específico del Derecho penal: el restablecimiento de la paz social.

Para esto hay que mencionar que, a pesar de las duras críticas recibidas, las concepciones retributivas o teorías absolutas de la pena imperan en los

8 “La lucha de escuelas aún no ha concluido. Incluso ha dejado el campo de batalla sin resultado y más bien aparece hoy vacío”. Gössel, K.H. (2002; pág. 1)

9 “Ninguna de estas dos teorías puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, porque solo fijan su atención en partes de ese fenómeno. Cualquier teoría que pretenda comprender el fenómeno penal deberá enfrentarse con él, por consiguiente, desde un punto de vista totalizador, sin perjuicio de descomponerlo después, diferenciando sus distintos aspectos” (Muñoz Conde, 2001; pág. 73).

Estados absolutistas de inspiración teocrática y logran extenderse hasta los principios del Estado liberal moderno. Como se sabe, el nacimiento del Estado de Derecho moderno tiene lugar a partir de las proclamas de las revoluciones inglesa (1689), norteamericana (1776) y francesa (1789). Los revolucionarios burgueses sostuvieron con la mayor vehemencia que el objeto del Derecho penal no era tanto la legitimación del Estado como la protección del individuo frente a los desmanes del poder. Sin embargo, preocupado principalmente por someter el poder al Derecho, el Estado liberal moderno centró su atención en la limitación jurídica de la potestad punitiva y, para ello, basó sus teorías penales en principios abstractos como la igualdad ante la ley y la ya citada justicia, tras los cuales se mantenía una concepción ideal del hombre, el hombre-razón, sujeto capaz de instaurar un orden de certezas indudables y de construir su propia vida a partir de una libertad intrínseca absoluta (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

Por otro lado, inspiradas en la filosofía antigua que antes reseñábamos, empezaban ya a brotar las doctrinas utilitaristas que, en una concepción empírica del hombre y apoyadas en la teoría del contrato social según la cual la sociedad se forma en el acuerdo libre y racional de los hombres por razones de utilidad, atribuyen a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

El imperio de la ley como expresión de la *voluntad general*, la separación de los poderes públicos, la consagración de los derechos del hombre y la configuración de los Estados-nación bajo el concepto de soberanía, fueron los elementos centrales del Estado liberal y de su Derecho penal (Bergalli, 2003; págs. 25-26). Por otro lado, aun cuando la retribución debía cumplir un procedimiento definido en la ley para así concretar el principio de legalidad y la pena debía cumplir la función preventiva que habían señalado los utilitaristas, la aplicación efectiva del castigo dejaba entrever los fines de la punibilidad medieval: la expiación de la culpa (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96). No en vano la *teoría de los fines de la pena*, que incluye por supuesto la retribución como el principal de ellos, se formuló principalmente a partir de la

filosofía idealista alemana, que estaba ligada a las doctrinas de la Iglesia. En resumen, el Estado liberal no comprendió la dimensión concreta del hombre y actuó frente al delincuente como un simple árbitro; sus funciones se limitaban a la prestación de seguridad y administración de justicia y a crear las condiciones para el flujo del mercado; sus jueces fueron operadores mecánicos, simples practicantes de la adecuación lógica del hecho en el tipo penal¹⁰.

Los elementos básicos del Estado liberal fueron irradiados desde la Europa continental hacia América Latina donde, en aras de lograr su independencia, los utilizó en la redacción de sus textos constitucionales y de su legislación penal. Esto se puede ver con claridad en casos como el de Colombia cuando, en 1837, a manera de ejemplo, se sancionó el Código Penal que derogó la compleja legislación española hasta entonces vigente. Dicho sea de paso, a pesar de haber acogido la ley colombiana los principios liberales europeos, la sociedad republicana aún mantenía incólume su forma esclavista de producción, así como distintas formas de discriminación hacia las poblaciones afroamericanas e indígenas (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

Por lo anterior, durante gran parte del siglo XIX, se hicieron grandes esfuerzos para superar esta concepción de la pena que seguiría dominando el pensamiento jurídico occidental hasta mediados del siglo XX. En consecuencia, la pasividad del Estado liberal dio lugar a enormes desigualdades en el plano socio-económico, fruto de una revolución industrial sin precedentes, lo que originó las clases sociales modernas y las luchas entre ellas, dando paso así a que los movimientos sociales en Europa reivindicaran la necesidad de un Estado que interviniese en la vida social y política a favor de los débiles alcanzando el plano del Derecho penal- pues la delincuencia aumentó considerablemente (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

Ante la explosión de los índices de criminalidad y la ineficacia del Derecho penal clásico reaccionó la Scuola Positiva italiana, que inició Lombroso a

¹⁰ Incluso el célebre Beccaria reclamaba ingenuamente un juez que fuera un “indiferente indagador de la verdad, cuya labor debía ceñirse a un silogismo perfecto en el que la proposición mayor sería la ley, la menor el hecho que se está resolviendo, y la conclusión debía ser la libertad o la pena del acusado”. Marqués de Beccaria. (1993; pág. 63).

finales del siglo XIX y continuaron Ferri y Garofalo hasta principios del siglo XX. Estos exigían del Estado mayor rigor en la lucha contra la criminalidad, aún en detrimento de los derechos de los justiciables y, para ello, propusieron una serie de métodos de control y disciplina para el tratamiento científico e individualizado del delincuente, apoyados en las nacientes disciplinas de la psicología, la criminología, la antropología y la sociología¹¹. Entendido lo anterior, en líneas generales, el delito fue concebido como resultante de factores individuales, sociales y ambientales, y la responsabilidad penal del individuo se deriva del hecho de quebrar con su conducta el mínimo de disciplina social para la convivencia humana. En ese sentido, la pena es entendida como un medio de defensa social y en su aplicación es tomada en cuenta, más que la lesión a un bien jurídico o el grado de culpabilidad del delincuente, el nivel de peligrosidad del mismo (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

Ahora, resulta obvio que estos métodos de castigo individualizado, propios del concepto de prevención especial, no podían encontrar acogida en el Estado liberal porque ello habría supuesto un tratamiento penal distinto para autores de un mismo delito, lo que iba en contravía de la igualdad ante la ley, extendida como un axioma absoluto por el liberalismo (Foucault, 1988; pág. 26). Es en el contexto del Estado social intervencionista donde pudieron aparecer las medidas de seguridad social, imposibles de concebir en el estricto legalismo del Estado liberal clásico.

Por otro lado, en la nueva forma estatal, “el Estado Social y Democrático de Derecho, la teoría retributiva-absolutista de la pena sería sucedida por justificaciones preventivas generales y especiales que vinculan el castigo a su necesidad social y a su conveniencia política; la idea metafísica de que la culpa puede expiarse mediante la retribución es sustituida ahora por la tarea social de la prevención de delitos” (Roxín, 2000; pág. 23).

¹¹ “El examen pericial psiquiátrico, pero de una manera más general la antropología criminal y el discurso insistente de la criminología, encuentran aquí una de sus funciones precisas: al inscribir solemnemente las infracciones en el campo de los objetos susceptibles de un conocimiento científico, proporcionar a los mecanismos del castigo legal un asidero justificable no ya simplemente sobre las infracciones, sino sobre los individuos; no ya sobre lo que han hecho, sino sobre lo que son, serán y pueden ser” (Foucault, 1988; pág. 26).

“El Derecho penal se justifica desde el punto de vista social como un sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida de lo necesario para lograr dicha protección. Desde el prisma democrático, la prevención está sujeta a ciertos límites, heredados de la tradición jurídica liberal, lo que da lugar a un programa que la doctrina denomina *prevención limitada*” (Mir Puig, 2006; pág. 6).

Entonces, puesto el acento en las teorías de la prevención, la pregunta *¿por qué debe castigarse?* es abandonada definitivamente, puesto que, las teorías retributivas, cuando intentaron responderla conocieron el fracaso y tuvieron que:

“dar luz verde a las corrientes que intentan responder no a la cuestión ontológica de la pena sino su función teleológica: *¿para qué debe castigarse?* Ello no obsta, sin embargo, para que las más diversas legislaciones mantengan la retribución como uno de los fines de la pena, afirmando al parecer que el castigo es en todo caso necesario cada vez que se ha incurrido en un delito, o lo que es lo mismo, que la pena es un fin en sí misma” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

“Sobre tal fin de la pena, nos apartamos, en razón a que la retribución no puede ser considerada como un fin de la pena, dado que no señala a dónde debe llevar su aplicación, qué objeto tiene su ejercicio o qué utilidad le procura a la sociedad. En este punto coincidimos con la postura del profesor Claus Roxin cuando enuncia uno de sus diez mandamientos político-criminales: La retribución, es decir, el saldo de la culpabilidad, no constituye el fin de la pena y no puede legitimar su imposición. La imposición de una pena puede basarse exclusivamente en necesidades de prevención general o especial” (Roxin, 2000; págs. 11-13).

“La retribución, apenas es un resultado entre otros, designa el proceso por el cual se impone una pena al responsable de un delito, pero no puede indicar *para qué* sirve la pena, y por lo tanto, debe abandonarse como uno de sus fines o funciones. La consideración de la retribución penal como un fin de

la pena es un equívoco teórico cuyas falencias han sido puestas en evidencia por diversos autores. En efecto, la retribución o aplicación efectiva de la pena debe volver en el tiempo para corroborar el delito cometido y la sanción vigente para el momento de su concreción, lo cual es lógico y aún necesario que suceda, puesto que tal operación da cuenta de la primera garantía del derecho penal antes apuntada: no debe haber una pena si no hubo un delito. En fin, la retribución, vista como una mirada indagatoria al pasado, se nos presenta como un ejercicio de comprobación temporal que ofrece una respuesta a la pregunta ¿cuándo debe castigarse?, así: debe castigarse cuando se ha incurrido en delito; pero de ninguna manera responde a la cuestión ¿por qué debe castigarse?” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

“El equívoco teórico al que aludíamos consiste en haber confundido la pregunta ¿por qué debe castigarse? que refiere a la legitimación externa o política de la pena, con la pregunta ¿cuándo debe castigarse? que refiere a su legitimación interna o jurídica. Como bien apunta Ferrajoli, las doctrinas que atribuyen a la sanción penal el fin de retribuir, reparar o reprimir los delitos, si bien indican cuándo está justificado (o es posible, o lícito) castigar, eluden en realidad el problema de la justificación externa de la pena y no dicen nada acerca del por qué está justificado (o es necesario, u oportuno) hacerlo. Esto se debe, básicamente, al hecho de haber adoptado una concepción vengativa o sinalagmática del llamado fin de la pena” (Ferrajoli, 1997; págs. 256-258).

“Puesto en otros términos, el error teórico consiste en no haber distinguido entre la razón legal y la razón judicial de la pena. La razón legal da cuenta de la función del legislador, quien está encargado de decidir sobre el futuro al momento de tipificar las conductas que se considerarán punibles en la sociedad; la razón judicial da cuenta de la función del juez, quien debe mirar hacia el pasado para comprobar la existencia de una conducta punible y confrontarla con la ley positiva. La primera, en efecto, es una función política; la segunda, a todas luces, es una función jurídica¹²⁷”.

12 “Se puede decir, por tanto, que juez y legislador están en posiciones distintas y que miran en direcciones diferentes: uno hacia el pasado, el otro hacia el futuro. La justificación de lo que hace el juez, en cuanto

“Es por reacción a este equívoco que Hart afirma que la retribución implica un criterio de distribución y aplicación de la pena, y no un fin de la misma. Es claro: la retribución señala una pauta o un parámetro jurídico para establecer el momento y las condiciones en las que la pena ha de ser ejercida, pero lo reiteramos, nada indica sobre sus fines, objetivos o propósitos dentro de un ordenamiento determinado; esto les corresponde a las teorías preventivas” (Hart, 1968; págs. 230-237).

En ese orden de ideas, si la retribución no marca el fin de la pena y mucho menos del proceso penal, de ahí se deriva que no en todos los casos es necesario u oportuno castigar al responsable de un delito, así la conducta por él desplegada cumpla los requisitos que exige la ley, que para nuestro caso son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Es allí en donde entran en juego los mecanismos de protección y prevención como el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones sobre los cargos, y los mecanismos de justicia restaurativa, entre otros, que han cobrado una inusitada importancia en la práctica jurídica (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

Entendido lo anterior, en Colombia, la retribución supuso una de las funciones de la pena en el Decreto Ley 100 de 1980, al lado de la prevención, la protección y la resocialización. “Esta normativa fue desarrollada por la jurisprudencia temprana de la Corte Constitucional, que en principio encontró en las funciones de la pena dos momentos diferenciables: el estático de su descripción legislativa (prevención) y el dinámico de su efectiva aplicación (retribución)” (Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993).

Posteriormente, el tribunal explica en qué consiste cada una de estas funciones:

“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

juez, suena como punto de vista retributivo; la justificación de lo que el legislador (ideal) hace, en cuanto legislador, suena a punto de vista utilitarista”. (Rawls, 1974; pág. 214).

imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas¹³” (Corte Constitucional. Sentencia C-430, 1996).

Este fin retributivo será “criticado en un pronunciamiento ulterior, en el cual la Corte evalúa la prohibición de la pena de muerte y recuerda que una justicia penal digna de ese nombre no encuentra su fundamento en la ley del talión, pues la sanción no debe ser nunca una venganza encubierta” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96). Por el contrario, considera que la pena:

“debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción son entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación (Corte Constitucional. Sentencia C-144, 1997). Aunque no rechaza la retribución como función de la pena, desecha al menos una *retribución rígida*, y se acoge una prevención general con fines disuasivos” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

La función penal de la resocialización, que es expresión normativa de la doctrina de la prevención especial que supone la posibilidad de reconducir la conducta del delincuente, es entendida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“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, 1996).

“Así, el tribunal reconoce que es no solo admisible sino deseable el

13 Esta postura se reitera en Corte constitucional. Sentencia C-1112 de 2000. (Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz; Colombia; 22 de febrero de 2000).

tratamiento del condenado en el sentido de lograr una supuesta *normalización* del individuo y su relación con la sociedad; un propósito indemostrable empíricamente” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

En efecto, “la idea de prevención especial dirigida a la *reeducación, reinserción social o readaptación* del penado ha sido duramente cuestionada por la doctrina, tanto por su imposibilidad práctica de realización como por la misma necesidad de resocialización del delincuente” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

“Se reconoce, por ejemplo, que no es posible reeducar moralmente al individuo, pues la moralidad no puede ser impuesta coactivamente, ni reeducarlo legalmente, pues ello sólo sería posible si el orden jurídico fuera un reflejo fiel de una sociedad pluralista y democrática¹⁴. Hoy es casi unánime la literatura al señalar que la resocialización no es más que un mito optimista que, además de sostener teóricamente la institución carcelaria, reviste de un carácter benévolo una situación que en sí misma es una violencia programada: la retribución penal” (Baratta, 2002; págs. 173-178).

Ahora, ya en la Ley 599 de 2000, el estatuto penal actual, al principio retributivo se le suma una modificación eufemística: la *retribución justa* (art. 4). “Como elemento justificador de la retribución se agrega el valor *justicia*, con el fin de limitar el poder punitivo del Estado a una reacción *proporcional* al daño causado. Según esta concepción, a la violencia del delincuente debe oponerse una segunda violencia programada que no exceda la intensidad de la primera” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96). La proporcionalidad entre la sanción y el daño es

14 “No es el delincuente, sino la sociedad la que debería ser objeto de una resocialización. Hablar de resocialización del delincuente solo tiene sentido cuando la sociedad en la que va a integrarse el delincuente tiene un orden social y jurídico que se estima correcto. Cuando no es este el caso, se plantea el problema de si debe, a pesar de todo, obligarse al delincuente a adaptarse a la sociedad a la que pertenece o de si, por el contrario, debe procederse previamente a modificar el orden social vigente” (Muñoz Conde, 2001; pág. 135).

“una garantía irrenunciable del individuo, pero también lo es que tal garantía puede exigirse dentro de la lógica preventiva, pudiendo prescindirse de la retribución propiamente dicha como un fin de la pena. Además, la proporcionalidad de la pena ya fue prevista en la Ley 599 de 2000, junto a la necesidad y la razonabilidad, como principios rectores de la sanción penal, por lo que no hay necesidad de forzar la interpretación del término *retribución justa* en ese sentido” (art. 3).

Según la lectura de la Corte Suprema de Justicia, el concepto de *retribución justa* se concreta en dos etapas diferenciadas del proceso penal:

“Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un período de prueba” (Corte Suprema de Justicia, Expediente 18285, 2001).

Pues bien, es evidente que la retribución se expresa “en el momento de la determinación judicial de la pena, pues retribución significa básicamente adjudicación de una sanción. Aunque el tribunal acierta al señalar que la imposición de una pena debe realizarse de acuerdo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, se equivoca al considerar que la *retribución justa* es una función que opera al momento de la ejecución de la pena, porque el funcionario encargado de ejecutar la pena apenas reproduce en términos materiales y reales la decisión condenatoria del juez, dado que carece de todo poder de castigo. Por otra parte, no es una función de la pena ser aplicada y ejecutada razonable y proporcionalmente; la atención a estos criterios es sencillamente un deber judicial, o mejor, un mandato legal dirigido al juez, quien debe observarlo siempre que imponga un castigo penal. En ese sentido, la observancia de dichos criterios supone el medio adecuado para que la pena

cumpla sus fines, básicamente preventivos” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

“La inclusión simultánea de fines preventivos y de una *retribución justa*, y el intento por superar su falta de correspondencia han sido analizados por este mismo tribunal en una de sus providencias. Su punto de partida es la consideración del artículo 4 del Código Penal como una superposición de dos doctrinas penales: la *teoría de la unión* (inc. 1) y la *teoría unificadora preventiva* (inc. 2). La primera enuncia la solución ecléctica ya mencionada, al pretender conciliar las teorías penales absolutas (retributivas) con las teorías relativas (preventivas). Pero la incompatibilidad entre ambas teorías es evidente por el hecho de que a juicio de la Corte Suprema esto lleva al legislador a probar una superación de la teoría de la unión mediante la introducción de una tesis propia de la teoría unificadora preventiva de acuerdo con la cual el fin de la pena es la prevención general y especial, funciones que se complementan mutuamente, al considerar que las normas penales sólo se justifican si protegen tanto la libertad individual como el orden social¹⁵”.

“En efecto, la función de la pena se concreta en una especie de imbricación entre la prevención general y la prevención especial, dando prevalencia el juez a una de ellas en el caso concreto según criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La retribución, claro está, sirve en ciertos casos como un medio para la realización de la prevención general, pues la imposición de la sanción da ejemplo a la sociedad, motiva negativamente (prevención general negativa o *intimidación*) y afianza el orden jurídico (prevención general positiva o *integración*)” (Daza, Álvarez y Suárez, s.f.; págs. 65-96).

Es por lo anterior que el Estado colombiano en los últimos años ha incrementado las penas, de la siguiente manera:

15 “La prevención general básicamente corresponde a la conminación abstracta que a través de los tipos penales se hace, y la prevención especial a la fase de ejecución de la pena. En el momento que el funcionario judicial impone la sanción, operan ambas, particularmente en relación con la prevención general en orden a demostrar que la amenaza del mal es que la pena formulada en el proceso de tipificación, efectivamente se cumple” (Corte Suprema de Justicia. Expediente 15610; 2001).

La Ley 95 del 24 de abril de 1936; art. 45 “Por el cual se adopta el texto definitivo del nuevo Código penal”, estableció una pena máxima en veinticuatro años.

El Decreto Ley 100 de 1980 “Por la cual se expide el Código Penal”, incrementó las penas a un máximo de treinta años.

La Ley 40 de 1993 “Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones”, incrementó la pena a sesenta años (art. 28); pena que se mantuvo en la siguiente reforma legislativa: Ley 365 de 1997 “Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones”.

Posteriormente, la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código penal”, indicó que la pena tendría una duración máxima de cuarenta años (art. 37) y de cincuenta años tratándose de concurso de delitos (art. 31).

Por su parte, la Ley 890 de 2004 “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”, una de las leyes más representativas de la retribución y de la prevención general negativa, al modificar el inciso 2º del artículo 31 del Código Penal, estableció que “en ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años”, a su vez, al modificar el numeral 1º del artículo 37 del Código Penal, determinó que “la pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso”.

Luego de la expedición, entre otras, de estas normas, el gobierno de Iván Duque, sancionó el Acto legislativo 01 de 2020 “por medio del cual se modifica el artículo 34 de la constitución política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”. Por fortuna, y así debemos decirlo, la Corte Constitucional en sentencia C-294 de 2021, declaró la inexecutable del Acto en mención.

Finalmente, es preciso señalar que el Estatuto de Roma, frente a los delitos internacionales establece el carácter retributivo e intimidatorio de la pena al definir penas de “reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años y a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado¹⁶”.

Expuesto lo anterior, debemos señalar que la pena alternativa establecida en los procesos de paz suscritos con los grupos paramilitares y con las FARC, acogieron la prevención especial como fórmula para alcanzar la paz, y si bien para nada nos oponemos a este fin, el cual es fundamental para vivir, así como la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, pasa por alto el cumplimiento de las funciones retributiva e intimidatoria, aspecto que no compartimos dada la gravedad de los delitos frente a los cuales se va a imponer.

Conclusiones

La pena alternativa de 5 a 8 años establecida en Colombia, en el acuerdo celebrado con los paramilitares y con las FARC, para los delitos más graves, como son los internacionales: genocidio, lesa humanidad y los crímenes de guerra¹⁷, la respetamos, en la medida que forma parte de un proceso de paz¹⁸ y porque está dirigida a garantizar la verdad, la justicia, la reparación,

16 Art. 77 Penas aplicables “1) La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado” Estatuto De Roma de la Corte Penal Internacional. (17 de Julio de 1998).

17 Art. 5: Crímenes de la competencia de la Corte “1) La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión”. (Estatuto De Roma de la Corte Penal Internacional. 17 de Julio de 1998).

18 “Dentro de ello, resulta necesario diseñar formas a través de las cuales deben ser tratadas las personas sindicadas de haber cometido graves crímenes como los mencionados, en el entendido de que un proceso de paz negociada procura que los actores armados opten por la paz y se sometan a la justicia. Así, por ejemplo, en el difícil ejercicio de ponderación y la compleja búsqueda de estos equilibrios podrían diseñarse y encontrarse rutas para penas alternativas o suspendidas pero, sin perder de vista que ello

la prevención de nuevos crímenes, la reconciliación y la paz¹⁹; sin embargo, no la compartimos, por lo siguiente: i) desconoce la prevención general y la retribución justa, como funciones de la pena; ii) supone una prevención especial y una reinserción social automáticas amparadas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas al condenado durante el período de prueba; iii) desconoce lo dispuesto en el Estatuto de Roma, art. 77 frente a la pena para estos delitos; y iv) genera desigualdad frente a las acciones u omisiones cometidas por los ciudadanos de a pie, a quienes se les debe imponer el rigor de la pena establecida en la Ley 599 de 2000.

puede variar de manera sustancial de acuerdo tanto al grado de responsabilidad en graves crímenes como al grado de reconocimiento de las propias responsabilidades y aporte de información de lo ocurrido. De allí se pueden derivar diferencias importantes entre los “ejecutores” y quienes desempeñaron funciones de alto mando y dirección”. 31: “Es relevante considerar las responsabilidades compartidas que los actores de un conflicto armado tienen en graves crímenes. El reconocimiento de responsabilidades por parte de los máximos líderes puede contribuir a promover un proceso de esclarecimiento tanto de los hechos como de las estructuras que hicieron posible esas violaciones. La reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar” Caso Masacres de El Mozote y Lugares aledaños contra El Salvador (25 de octubre de 2012; párr. 30 y 31. 30).

- 19 [...] “si consideramos los trabajos preparatorios de los TPI y de la CPI, las normas de derecho internacional, la jurisprudencia de los TPI y las opiniones de una parte considerable de la doctrina, podemos concluir que los fines de las jurisdicciones internacionales penales son cinco: justicia, esclarecimiento de la verdad, prevención de nuevos crímenes, reconciliación y paz” (Eiroa, 2009; pág. 130)

Referencias

Bacigalupo, E. (1996) Manual de Derecho Penal, Parte general. 3ª ed. Bogotá, D.C.: Editorial Temis.

Baratta, A. (2002) Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal, trad. Homero Alemán, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

Bergalli, R. (2003). Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas, en Sistema penal y problemas sociales, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

Código Penal [CP] Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia)

Código Penal [CP] Ley 890 de 2004. 7 de julio de 2004 (Colombia)

Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Corte constitucional. Sentencia C-1112 de 2000. (Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz; Colombia; 22 de febrero de 2000).

Corte constitucional. Sentencia C-144 de 1997. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 19 de marzo de 1997)

Corte constitucional. Sentencia C-261 de 1996. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 13 de junio de 1996)

Corte Constitucional. Sentencia C-294. (Magistrado Ponente Cristina Pardo Schlesinger; 2 de septiembre de 2021).

Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 1994. (Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Salvamento de voto de los magistrados Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz; 25 de agosto de 1994).

Corte constitucional. Sentencia C-430 de 1996. (Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz; 12 de septiembre de 1996)

Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. (Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara; 7 de diciembre de 1993).

Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y Lugares aledaños contra El Salvador (25 de octubre de 2012)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Expediente 15610. (Magistrado Ponente Fernando Arboleda Ripoll; 18 de septiembre de 2001).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Expediente 18285. (Magistrado Ponente Carlos E. Mejía Escobar; 28 de noviembre de 2001)

Daza González, A. (2016) La pena alternativa en la ley de justicia y paz. Grupo Editorial Ibáñez, Ediciones USTA, Universidad Santo Tomás, 2016.

Daza González, A.; Álvarez Ruíz, J. y Suárez Mendoza, A. (s.f.) ¿Por qué y para qué se castiga? Reflexión sobre las funciones de la pena y su relación con las salidas alternas al juicio oral. En: Verba Iuris (La Palabra del Derecho). (Año XV, n° 23) pp. 65 a 96.

Eiroa, P. A. (2009) Políticas del castigo y derecho internacional: Para una concepción minimalista de la justicia penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, p. 130.

Ferrajoli, L. (1997) Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. 2ª ed. capítulo V. Madrid: Editorial Trotta.

Foucault, M. (1988) Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión, 14ª ed., trad. Aurelio Garzón, México, D.F., Siglo XXI Editores.

Gössel, K.H. (2002) En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales, trad. Verónica Román Quiroz y Marco Antonio Chichino Lima, México, D.F., Editorial Porrúa.

Hart, H. (1968). Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law. Oxford: Oxford University

Hassemer, W. (2003) Por qué no debe suprimirse el Derecho penal, trad. Miguel Ontiveros, México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Larosa, M. J. y Mejía, G. (2017) Historia concisa de Colombia (1810-2017). Bogotá: Debate.

Ley 100 de 1980. Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Enero 23 de 1980. Diario Oficial 35461.

Ley 1820 de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. 30 de diciembre de 2016. Diario Oficial 50.102.

Ley 40 de 1993. Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones. 20 de enero de 1993. DO: 40726.

Ley 95 de 1936. Sobre Código Penal. Diario Oficial. 24 de abril de 1936. Diario Oficial: 23316.

Ley 975 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. 25 de julio de 2005. Diario Oficial 45.980.

Marqués De Beccaria, C. B. (1993). Tratado de los Delitos y de las Penas, trad. Guillermo Cabanellas de Torres, Buenos Aires, Editorial Heliasta.

Mir Puig, S. (2006) Estado, Pena y Delito. Buenos Aires: Editorial B de F.

Muñoz Conde, F. (2001). Introducción al Derecho Penal, 2ª ed., Buenos Aires: Editorial B de F. cap. I, p. 70.

Naciones Unidas. Estatuto De Roma de la Corte Penal Internacional. (17 de Julio de 1998).

Oficina del Alto Comisionado Para la Paz. (2016) Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 2016 <https://goo.gl/XDmN86>

Rawls, J. (1974) Teorías sobre la ética, México, D.F., Fondo de Cultura Económica.

Roxin, C. (2000) La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Valencia: Tirant lo blanch.