

# Principia IURIS 15



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T U N J A  
*Experiencia y Calidad*

15  
AÑOS



FACULTAD DE  
DERECHO  
Acreditación de  
Alta Calidad  
Resolución MEN N° 3317  
del 25 abril de 2011

Principia IURIS Tunja Colombia N° 15 pp. 1 - 318 enero julio 2011 ISSN: 0124-2067

**CIS**   
Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA A  
COLCIENCIAS



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
SECCIONAL TUNJA  
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO  
PRINCIPIA IURIS  
N° 15**

**Tunja, 2011-I**

Principia IURIS	Tunja, Colombia	N° 15	pp. 1-318	Enero Junio	2011	ISSN:0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-----------	----------------	------	----------------

---

**Entidad Editora**

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

**Director**

Ph. D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**Editor**

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

**Número de la revista**

QUINCE (15)

PRIMER SEMESTRE DE 2011

**Periodicidad**

SEMESTRAL

**ISSN**

0124-2067

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

**Teléfono**

(8) 7440404 Ext. 320

**Correo electrónico**

revistaderecho@ustatunja.edu.co  
dhiguera@ustatunja.edu.co

**Diseñador Portada:** Santiago Suárez Varela

**Corrección de Estilo:**

Magíster Andrea Sotelo C.  
Magíster Eyder Bolívar Mojica. Investigador facultad.

**Revisión inglés:** Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva Tovar, Diego Alejandro López Laitón, Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

**Estudiantes participantes:** Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva Tovar, Diego Alejandro López Laitón  
Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

**Anotación:** El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

---

## **MISIÓN INSTITUCIONAL**

*Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza - aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.*

## **VISIÓN INSTITUCIONAL**

*La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.*

## **MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.*

## **VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.*

---

*Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.*

*Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.*

### **MISIÓN DE LA REVISTA**

*Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultado definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.*

*En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.*

---

## TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN PRINCIPIA IURIS

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá entregarse la declaratoria de originalidad del artículo presentado, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse por el INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS.
4. Los artículos aprobados *con condiciones*, serán regresados al autor y éste tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor, quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos *rechazados* podrán ser sometidos a una segunda evaluación por solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados *sin modificaciones* o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.
7. De la decisión del comité editorial, se elabora un acta, en la cual se expresa el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso, sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. PRINCIPIA IURIS recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.





---

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.**

Rector Seccional

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**

Vicerrector Académico

**Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.**

Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.**

Decano de División Facultad de Derecho

## **DIRECTOR**

**Ph. D. Ciro Norberto Güechá Medina**

Decano de Facultad

## **EDITOR**

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**

Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**Ph.D. Pierre Subra de Bieusses**

Universidad París X, Francia

**Ph.D. Pablo Guadarrama**

Universidad Central de las Villas, Cuba

**Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur**

Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph.D. Natalia Barbero**

Universidad de Estudios a Distancia, España.

Universidad de Sevilla, España.

Universidad de Buenos Aires, Argentina.

---

**COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL.**

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**

Vicerrector Académico.

**Esp. Henry Sánchez Olarte**

Docente Departamento de Humanidades

**Mg. Andrea Sotelo Carreño.**

Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo.

**COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.**

**Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres**

Universidad Carlos III, España.

**Ph.D. Yolanda M. Guerra García**

Madison University, Estados Unidos.

**C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez**

Universidad de Antioquia, Colombia.

**C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera**

Universidad Carlos III, España.

**CORRECTORES DE ESTILO**

**Mg. Andrea Sotelo C.**

**Mg. Eyder Bolívar Mojica**

Investigador en Derechos Humanos,

Universidad de Buenos Aires.

---

## **PARES ACADÉMICOS INTERNOS**

### **Ph. D. Ana Yasmín Torres Torres**

Abogada de la Universidad Santo Tomás. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente de Posgrados de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, investigadora del Centro de Investigadores Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Correo de contacto: anayasmint@hotmail.com.

### **Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas**

Abogado de la Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público de la Universidad de Nantes Francia, Docente investigador de la Facultad de Derecho. Teléfono: 7440404 - 3125430916 e-mail Alexisramirezarenas@hotmail.com

### **Mg. Carlos Alberto Pérez Gil.**

Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia, Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Publico de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Docente investigador de la Facultad de Derecho, Teléfono: 3134529578, e-mail carlosperezgil57@hotmail.com.

### **Mg. José Helberth Ramos Nocua**

Abogado, Especialista en derecho procesal de la Universidad Libre, Especialista en derecho probatorio – Universidad Sergio Arboleda, Título didáctica nivel único – Universidad Libre, Docente investigador, Facultad de Derecho, Teléfono: 4341631-5621357, e-mail j.helvertramos@yahoo.es.

### **Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.**

Decano de División de Derecho, USTA Tunja; Filósofo, USTA; Teólogo, Universidad Pontificia Bolivariana; Magíster (c) Derecho Público, USTA; Abogado, U. Católica, Línea de Derecho Constitucional y Construcción Democrática.

### **Mg (c) Héctor Julio Prieto Cely**

Abogado, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Procesal, Universidad Nuestra Señora del Rosario; Especialista en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia; Magíster (c) en responsabilidad, Universidad Externado de Colombia; Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

### **Mg Lina Marcela Moreno Mesa**

Abogada, Universidad Santo Tomás; Esp. en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás; Mg (c) Universidad Santo Tomás. Abogada Externa Banco Agrario. lina\_3m@hotmail.com.

---

## **PARES ACADÉMICOS EXTERNOS**

### **Ph. D. Javier Esteban de la Fuente**

Especialista en Derecho Penal, Doctor en Derecho, Profesor adjunto en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Mail: javier.delafuente@pjn.gov.ar

### **C. Ph. D. Jorge Luis Quintero Acevedo**

Licenciado en Ciencias Sociales y Económicas, UPTC; Abogado, Universidad Autónoma, Bogotá; Especialista en Derecho Médico Sanitario, Universidad del Rosario Magíster en Filosofía y Letras, Universidad de La Salle; Candidato a Doctor en Ciencias Históricas, Universidades de Santa Clara y de La Habana, Cuba. Docente de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, Facultad de Ciencias y Educación.

### **Esp. Horacio Leonardo Días**

Profesor Regular Adjunto de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA; Subdirector de la Carrera de Especialización de Derecho Penal, Dirección de posgrado, Facultad de Derecho, UBA. – Juez der Cámara, ante el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 21, CABA, Poder Judicial de la Nación. – Ternado en el Ministerio de Justicia de la Rep. Argentina, para ocupar una vocalía en la Cámara de Casación Penal de Buenos Aires. – Jurista Invitado por el Ministerio Público Fiscal de la Nación, para la selección de magistrados. Jurista invitado para la selección de Jueces de Cámara Penal por el Consejo de la Magistratura de Chubut, Argentina. Docente de posgrado en distintas Facultades de Derecho, UBA, UB, USAL, UNMDP, UNR UCALSAL, entre otras, Colegio de Abogados de San Isidro. En el exterior, profesor invitado de la Universidad de Cuenca, Rep. del Ecuador. – Responsable de la página web de Derecho Penal de la editorial Rubinzal. – Miembro del Consejo de redacción, y responsable de la sección de Jurisprudencia Extranjera de la revista de Derecho Procesal Penal de la Editorial Rubinzal, de aparición semestral, que dirige Edgardo A. Donna. – Responsable de la sección de Bibliografía comentada de la revista de Derecho Penal de la Editorial Rubinzal, de aparición semestral, que dirige Edgardo A. Donna. – Autor de numerosas publicaciones y colaborador de otras tantas, bajo la dirección de Edgardo Donna. Disertante en numerosos Congresos y jornadas– e-mail: hldias@hotmail.com

---

## CONTENIDO

Editorial ..... 13

### SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL

Derecho laboral: del tripartidismo al bipartidismo (evolución, innovación, mercado y servidumbre) ..... 17  
Mg. Robinson Arí Cárdenas

Naturaleza y posición de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios: una débil atadura de “Ulises” frente a las “sirenas” ..... 39  
Mg. (c). Miguel Andrés López Martínez

La regulación del turismo. Un asomo socio-jurídico de los sujetos integrantes del sector (primera parte)..... 51  
Mg. (c). Daniel Rigoberto Bernal Gómez

La expropiación por motivos de utilidad pública e interés social en Colombia: ¿una vulneración flagrante al derecho de propiedad?..... 61  
Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Relectura estructural del bloque de constitucionalidad en Colombia: elementos críticos para aplicación del control de constitucionalidad ..... 85  
Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

### SECCIÓN II. TEMA CENTRAL – “EL ANÁLISIS CIENTÍFICO DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS”

La corresponsabilidad de la víctima en la comisión de la conducta punible ..... 121  
Ph. D. (c). Fabio Iván Rey Navas

Principia IURIS	Tunja, Colombia	Nº 15	pp. 1-318	Enero Junio	2011	ISSN:0124-2067
-----------------	-----------------	-------	-----------	-------------	------	----------------

---

La tortura en derecho internacional .....	139
Ph. D. Natalia Barbero	
Crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional .....	159
Mg. Eyder Bolívar Mojica	
Filosofía de las funciones de la pena de prisión .....	177
Esp. José Luis Suárez Parra	
Filosofía del derecho penal iusnaturalismo – finalismo .....	195
Mg. Carlos Gabriel Salazar	
Bioética, transplante de órganos, y derecho penal en Colombia .....	207
Ph. D. Yolanda M. Guerra García	
Ph. D. Álvaro Márquez Cárdenas	

### **SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS**

Estatuto jurídico del indígena en el derecho indiano .....	227
Abg. Alejandro Samuel Birman Polanco	
Los obstáculos institucionales al desarrollo del MERCOSUR .....	259
B.A. Dominic Tetu	
El consejo de estado colombiano y el consejo de estado francés, aproximaciones y diferencias .....	279
Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez	

---

## EDITORIAL

**PRINCIPIA IURIS** es la revista institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, un espacio de alta calidad para la presentación de los resultados investigativos de docentes, profesionales y posgraduados, en áreas jurídicas y afines, dirigida a la comunidad profesional e intelectual, configurándose como un espacio para el diálogo de ideas y conocimientos.

En este orden de ideas y con ocasión de feliz reconocimiento de la Acreditación de alta calidad para la Facultad de Derecho, se ha establecido como tema central de la presente edición **PRINCIPIA IURIS 15** “*el análisis científico de la afectación a los derechos humanos*”, un escalón más en la continua labor del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, después de todo nuestra labor es científica, claro, pero una ciencia que se eleva desde las bases en roca sólida de la filosofía de nuestra institución, es decir, la formación integral y el humanismo.

La historia universal está llena de tristes ejemplos en los cuales los monstruos educados han infligido vejámenes sin nombre a la humanidad, un genio que utiliza su talento para el mal sólo merece la cárcel o el manicomio, pero el hombre bien intencionado sin las herramientas será a lo sumo una víctima del oprobio ajeno.

Virtud y fuerza nos dirían los antiguos, la justicia sostiene la balanza de la igualdad y la espada, el derecho es a la vez pretensión de lo correcto, pero también coercitividad, son las declaraciones de derechos, pero también instituciones y decisiones judiciales.

Los derechos, en particular los más preciados, como lo son los derechos humanos y los derechos fundamentales, están para reivindicarse y pelear por ellos, no con nuevos monstruos, sino siendo cada vez más coherentes con nuestra humanidad y la sensación de justicia que todos llevamos marcada en el espíritu, producto de las enseñanzas de los que estuvieron antes, por eso debemos estudiarlos, pensarlos, enseñarlos y sentirlos.

A todos los que hicieron posible esta publicación, sólo queda decirles: ¡Gracias Totales!

**Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Editor





---

**SECCIÓN II.**  
**TEMA CENTRAL – EL ANÁLISIS CIENTÍFICO DE LA**  
**AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS**

---



# FILOSOFÍA DE LAS FUNCIONES DE LA PENA DE PRISIÓN

## PHILOSOPHY OF THE FUNCTIONS OF THE PRISON SENTENCE

**Esp. José Luis Suárez Parra\***  
Fecha de recepción: 11-03-2011  
Fecha de aprobación: 16-04-2011

### RESUMEN\*\*

El presente artículo es de orden filosófico sobre las cosas, donde se desarrolla claramente el contenido de las funciones de la pena de prisión como prevención especial, prevención general, reinserción social, retribución justa y su propósito dentro del Estado social y democrático de derecho, se identifica al poder político que a través de normas procura políticas de seguridad impulsando el propósito del derecho penal hacia el fin de las penas, este ensayo pretende exponer el contenido de dichas funciones y su utilidad dentro de la seguridad del cuerpo social.

### PALABRAS CLAVE

Prisión, castigo, reinserción social, prevención, retribución justa, ley, seguridad.

### ABSTRACT

The present article is a critical test written in the shape of prose that begins where there develops clearly the philosophical content of the functions of a sorrow of prison as special prevention, general prevention social rehabilitation, remuneration jousts

---

\* *Abogado Universidad Santo Tomás Tunja, estudios de Especialización en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica Universidad Libre Bogotá 2010 (Grado Pendiente), Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal, Oficial Mayor Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cáqueza Cundinamarca, Juez en Encargo Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cáqueza Cundinamarca.*

\*\* *Artículo de investigación científica y tecnológica. Resultado del proyecto de investigación "Filosofía de las Funciones de la Pena de Prisión" vinculado a la línea en Derecho Penal, Procesal Penal y Derechos Humanos del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.*

and his intention inside the social and democratic condition of right, identifies to the political power that across procedure he tries security policies stimulating the intention of the criminal law towards the end of sorrow, this test tries to expose the content of the above mentioned functions and his usefulness inside the safety of the social body.

### **KEYWORDS**

Prison, punishment, social rehabilitation, prevention, remuneration jousts, law, safety.

### **RESUME**

Cet article est d'ordre philosophique sur les choses, il développe clairement le

contenu des fonctions de la prison comme la prévention spéciale, la réinsertion sociale générale de prévention, de la juste rétribution et son but au sein de l'État social et démocratique de droit. On est identifie le pouvoir politique qui à travers des règles qui cherchent à conduire des politiques de sécurité pour les fins du droit criminel. Cet article essaye d'exposer le contenu de ces fonctions et leur utilisation au sein de l'organisme de sécurité sociale.

### **MOTS CLÉS**

Prison, la punition, réinsertion sociale, la prévention, la juste rétribution, le droit, la sécurité.

### **SUMARIO**

*Método. Metodología. 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Funciones de la pena. 3.1 Prevención especial. 3.2 Prevención general. 3.3 Retribución justa. 3.4 Reinserción social. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía*

### **MÉTODO**

Análisis Jurídico, analítico, tomando como fuentes directas con base en el estudio documental conceptual de jurisprudencia y normatividad pertinente.

### **METODOLOGÍA**

Se parte de la filosofía de Michel Foucault, quien realiza un desarrollo amplio

sobre el panoptismo con el nacimiento de la pena de prisión, siendo esta sanción la de mayor utilidad y aplicación en los sistemas penales de la actualidad, en ella se desarrollan estas funciones, que también se aplican a la sociedad disciplinada de que Foucault se refiere en sus conferencias pronunciadas en Río de Janeiro en 1973.

Para hablar de prisión es prudente citar a Beccaria como uno de los precursores de la pena de prisión quien junto a Bentham, exponen sus conceptos respecto al panoptismo, así mismo, el trabajo de algunos juristas y filósofos destacados en los últimos años como lo son para empatar las ideas contenidas en ellos con el pensamiento actual incluyendo falladores en derecho, como las altas cortes que en sus líneas jurisprudenciales crea filosofía del derecho y teoría jurídica.

## 1. INTRODUCCIÓN

Colombia está inmersa en una crisis de derechos humanos permanente. El conflicto armado que azota al país durante varias décadas enfrenta a las fuerzas de seguridad y a los paramilitares contra los grupos guerrilleros, en un ciclo interminable de violencia que ha producido un número ingente de víctimas, civiles en su mayoría.

*El sistema penal se entiende como el conjunto total de instancia mediante las cuales se formula, ejerce y aplica la función punitiva; partiendo de la producción de normas penales (etapa legislativa) y continuando a través de las etapas ejecutivas, persecutorias policiales acusatorias, seguidas de los órganos judiciales que aplican dichas normas para retornar al ámbito ejecutivo o penitenciario después del pronunciamiento condenatorio.* (CABALLERO FRÍAS Jorge; 1991. 64 65).

Es el ámbito ejecutivo o penitenciario, el que toma interés en este estudio, ya que es allí donde se desarrolla el propósito del Estado quien al imponer sanciones tipificando determinadas conductas acude

a la pena de prisión privando de la libertad a quienes se consideran penalmente responsables. La restricción de la libertad como uno de los bienes más preciados para el individuo, solo debe ser aplicada en casos muy limitados, cuando la gravedad del hecho lo haga aconsejable o cuando sea indispensable para asegurar la actuación efectiva de la ley penal.

Esto se encuentra reflejado en los sistemas penales actuales de occidente, el poder político de cada Estado ha determinado la prisión como el castigo más común y además que puede adecuarse proporcionalmente a la falta de acuerdo a la cantidad de tiempo que se restrinja la libertad, esto en cuento a mayor gravedad del hecho o mayor el daño causado a la sociedad con la conducta del individuo, mayor es el tiempo que tarda en purgar la pena ello siguiendo unas políticas públicas de seguridad que procuren la finalidad de la pena de prisión, el respeto de la dignidad del ser humano «excluyendo toda degradación de la persona (pena de muerte, pena privativa de la libertad perpetua, trabajos forzados, penas desproporcionadas, tortura, tratos crueles, censura intelectual, etc.)» (CONTRERAS VERGARA; 1991. 301.) y su efectividad material.

## 2. ANTECEDENTES

A través de la historia se puede constatar que la ley no proporcionaba a los acusados ninguna garantía ni protección, los delitos se imputaban de forma arbitraria, se castiga con penas de gravedad como confiscación parcial o total de bienes, destierro, látigo, infamia. La prisión no se consideraba como una pena, pero esto no quiere decir que no se utilizara muy frecuentemente,

las prisiones eran abundantes y en ellas se hacinaban los acusados pendientes de juicio, los deudores insolventes, los locos, los condenados que esperaban la ejecución de su sentencia.

La detención tenía una duración indeterminada y en casos frecuentes los detenidos sólo esperaban salir de la prisión sin que se les diera ninguna precisión sobre cuál sería su suerte, las penas de prisión eran muy frecuentes, tenían un carácter rígido sin tolerancia a las actuaciones de los reos siendo uno de los castigos más duros que el hombre haya podido infligir a otros hombres.

Las mutilaciones fueron usuales en determinadas épocas, se cortaba al condenado una extremidad, inclusive en uso de la ley del Talión, ojo por ojo diente por diente, pero luego de la ilustración empezaron a caer en desuso. “La pena de muerte se aplicaba incluso para delitos de poca importancia en los que hoy se condenaría con poco tiempo de reclusión” (BECARIA, Cessare; 1998 documento), “el castigo era destinado de acuerdo a la calidad del sujeto activo de la conducta, en los crímenes ordinarios a los plebeyos se condenaba a la horca y a los nobles a decapitación” (FOUCAULT, Michel; 2002. 10-11) Para otros crímenes como el parricidio, envenenamientos, incendios y otros delitos la pena debía ser dolorosa y terminar con la muerte como quemar vivo al delincuente o enterrarlo vivo, se le cortaba en trozos o se le cocía en aceite. La variedad de muertes era tan infinita y solo era comparable con las torturas que sufría el condenado antes de la ejecución de la condena, para procurar su confesión.

Foucault en la precitada obra, encuentra que a partir de la época revolucionaria con, Beccaria, Betham, Bissot y los legisladores del primero y segundo código penal francés, se extrae el fundamento del sistema teórico penal de acuerdo a estos autores:

1. “Para que haya infracción es preciso que haya también un poder político, una ley y que esa ley haya sido efectivamente formulada. Antes de la existencia de la ley no puede haber infracción”(FOUCAULT, Michel; 2008. 97.) El poder político es quien tiene legitimidad para imponer las normas a los miembros de un grupo social pero para que una conducta se considere como infracción a la ley penal deben contener vigencia anterior a la ocurrencia de los hechos que ahora se considera como crimen (punible), a esto se le ha conocido como Principio de Legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), puede decirse que “en materia penal los particulares pueden hacer todo lo que el Estado no haya prohibido expresamente por medio de la ley” (IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J.; 1991. 39), y prohibida la conducta, esta debe incluir determinada la sanción a imponer o podría quedar al arbitrio del Juez fijar la calidad y la cuantía de esta, “no puede haber ningún delito sin ley previa que lo defina, ni puede aplicarse una pena sin ley anterior que la determine”(Ídem. p. 39.).

2. “Una ley penal debe simplemente representar lo que es útil para la sociedad, definir como reprimible lo que es nocivo, determinando así negativamente lo que es útil” (FOUCAULT, Michel; 40.) El Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones, ello implica que esas conductas son inútiles y que no realizarlas es útil para la sociedad, como al imponer

una penal al hurto, quien hurte será sancionado, esta es la conducta inútil, lo que implica que la utilidad se encuentra en que en la sociedad no se cometan hurtos, La utilidad de la norma debe ser evidente obedeciendo a un criterio de proporcionalidad y subsidiariedad, la ley penal no debe causar un mal mayor al que pretende remediar.

3. Una definición clara y simple de lo que es el crimen, primero que no va a tener relación alguna con la falta o el pecado como una infracción a la ley religiosa sino que obedece a una ley establecida por un poder político, separarlo de la falta o el pecado, siendo algo que damnifica la sociedad, un daño social, identificando al criminal, quien perturba la sociedad con su actuar, así como lo identifica Carlos Pérez del Valle, al hablar sobre derecho penal de enemigo citando a ROUSSEAU, quien como enemigo del Estado, “sigue su amor propio -no su instinto de conservación, sino su pretensión de tener mayor poder y poseer más- y no respeta las normas que han permitido establecer la sociedad”(DEL VALLE, Carlos Pérez; 2004. 61.)

El primer castigo es aquel en el cual el criminal se aparta del cuerpo social siendo así expulsado y lo establece como el *exilio* o la *deportación*, el individuo con su actuar se coloca fuera del espacio de legalidad rompiendo el pacto social y colocándose fuera del cuerpo social, actualmente esta sanción ha sido establecida para algunas faltas no penales, como cuando un extranjero o turista incumple con los reglamentos de emigración o cuando el inmigrante entra de manera ilegal a un territorio extranjero.

El segundo tipo de castigo lo describe como una especie de exclusión, ahora el

mecanismo es el *aislamiento dentro del espacio moral, psicológico, publico...*, someter al criminal al escándalo, la vergüenza y humillación de haber cometido una infracción haciendo este un hecho público para que sea reprochado, despreciado y condenado por el cuerpo social, “se suscita en el público una reacción de aversión, desprecio, condena... mecanismos para provocar vergüenza y humillación” (Ídem. p. 99.)

Ésta ha caído en desuso, aunque en la actualidad se utiliza como una política de prevención, como cuando se publica la foto de un criminal que aun no ha sido detenido indicando cual es su forma de dañar el cuerpo social, es decir el crimen que comete, para que los individuos sean cuidadosos y procuren no convertirse en víctimas de este criminal. Pero también para que los demás individuos teman a la humillación que ello causa.

La tercera forma de castigo es la reparación del daño causado al cuerpo social. “La pena no soluciona los problemas de la víctima, ni es útil para el delincuente: y tiene un elevado coste social. La reparación conviene a todos”, (BARRETO ARDILA; 2000. 138.) en ella la ley puede “obligar a las personas a realizar una actividad útil para la sociedad de tal manera que el daño causado sea compensado” FOUCAULT, Michel; 99). Ello implica que la actividad útil sea en primera medida para reparar el daño causado a la víctima o la sociedad de acuerdo al sujeto pasivo del tipo penal. El código penal Colombiano define las víctimas como “las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia

del injusto”(COLOMBIA, Ley 906 de 2004 Artículo 132). esta definición contiene consigo a la sociedad como víctima al ser un conjunto de sujetos que sufren un daño como consecuencia del injusto el cual se entiende como la conducta punible.

En los tipos penales en que el sujeto pasivo es un individuo determinado individual e identificable, como cuando se condena a un criminal de haber cometido un hurto, la reparación del daño se encuentra con devolver la cosa que se ha hurtado o en las conductas en que las cosas no pueden volver a su Estado original, realizar la indemnización que compense el daño causado y en aquellos tipos penales en que no puede identificarse un sujeto pasivo de la conducta punible, es decir donde la víctima es la sociedad, la actividad debe buscar una compensación justa con el daño cometido al cuerpo social en la que se beneficie el mismo, como lo sería el trabajo social o la aplicación de una sanción que implique la prevención general, esto es que en la justicia penal “la reparación del daño producido por el hecho criminal se convierte en uno de sus objetos prioritarios”.( BARRETO ARDILA, Hernando; 138.)

En cuarto lugar, la pena contiene un propósito más allá de la retribución justa, y es que consiste en hacer que el daño no pueda ser cometido nuevamente esto es la prevención especial y general, Foucault señala: “que el individuo en cuestión no pueda volver a tener deseos de causar un daño a la sociedad semejante al que ha causado, en hacer que le repugne para siempre el crimen cometido” (FOUCAULT, Michel; 99), pero no solo implica que sea el individuo quien no reincida en la conducta cometida, también ejemplifica a otros individuos para que regulen su

comportamiento dentro del ordenamiento y los previene sobre las consecuencias de infringir la norma penal, contiene así; que repugne otros crímenes al comprender que de igual manera será sancionado.

*El derecho penal en un Estado Social y Democrático de derecho, debe por tanto, Asegurar la protección efectiva de los miembros de la sociedad, por lo que ha de tener a la prevención de delitos, entendidos como aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañinos para los miembros de la sociedad.*( CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-565. M.P.: Hernando Herrera Vergara.)

Estas penalidades desaparecieron rápidamente, no se aplicaron, no fueron efectivas o se establecieron solo como sanciones no penales, desapareciendo así para dar paso a la prisión como una institución disciplinada de castigo que se desarrolla bajo estos propósitos funcionales de la pena, la ley señalará las conductas de un delito que merezcan la imposición de la prisión, Becharia expone a la prisión como una institución disciplinada donde puede dirigirse la conducta de quienes se recluye en ella, la pena que puede ajustarse a la medida exacta para cada conducta penal, sus funciones se describen a continuación.

### **3. FUNCIONES DE LA PENA**

#### **3.1 Prevención Especial**

*En el modelo de Estado social y democrático del cual hace parte nuestro sistema político, según el artículo 1 de la Constitución Nacional, y por tanto, jurídico la pena ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que*



*asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos y delitos que atenten contra estos bienes.*<sup>1</sup>

En cuanto a esta función de la pena, no puede diferir de la función del derecho penal y por tanto su función es la protección de los bienes jurídicos tutelados con las conductas punibles. En este sentido la función de la pena es la prevención del delito junto a la realización de una justicia ideal.

La pena, en su modalidad como privativa de libertad se ha de limitar tanto cuanto se pueda, siendo que la prisión ejerce siempre sobre el condenado un poder que dirige su comportamiento, el prisionero debe comportarse sabiendo que en cada momento se encuentra vigilado, inclusive sin realmente estarlo. En los establecimientos penitenciarios debe regir el propósito de que la labor educativa de los funcionarios sobre los presos, es el camino para incorporar a los delincuentes a sus comunidades, establecer sobre esa base la justicia penal teniendo en cuenta factores políticos, económicos, culturales, sociales y otros, a fin de establecer una justicia social.

Como se mencionó anteriormente, la pena de prisión debe imponerse como último recurso y castigo teniendo en cuenta la gravedad del delito, así como las circunstancias personales del delincuente.

La prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás preceder a la declaración del delito”(BECCARIA, Cesare; 2008. 82.) donde a través de un juicio justo y contradictorio se declara penalmente

responsable, a quien de acuerdo a la ley es digno de esta pena.

El Estado para garantizar el orden en la sociedad, debe implicar, que el derecho penal esté subordinado al fracaso de los otros medios de prevención-sanción, menos lesivos y restrictivos para el individuo como medidas de aseguramiento con las cuales cuenta el Estado con su poder coercitivo; luego entonces, cuando la ley lo permite la pena de prisión se aplica subsidiariamente como en el caso de no poder concederse la suspensión condicional de la ejecución de la penal por no cumplir los requisitos que la misma exige.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena o subrogado penal, implica para el condenado un beneficio el cual se concede cumpliendo unos requisitos objetivos exigidos por la ley los que implican que la gravedad del hecho y la afectación al bien jurídico tutelado no han tenido trascendencia. Como que la conducta tenga una pequeña pena de prisión, el condenado no sea un peligro para la sociedad o que el individuo no sea reincidente en la conducta, esto sumado al compromiso de tener buen comportamiento presentado por este durante el término en el que se conceda el beneficio reservándose el Estado la posibilidad de exigir el cumplimiento de la pena intramural en el evento de que este incumpla ese compromiso, ello implica la imposición de la pena en un último recurso.

La pena nunca logra por completo la reinserción del delincuente, al contrario, podemos decir que las prisiones en vez de formar, deforman, o puede decirse que la prisión se convierte para el delincuente en una academia delictiva. En contra de la eficacia de la pena podrían alegarse los

---

1 *Ídem.*

elevados porcentajes de reincidencia pese al cumplimiento de una pena anterior, es así como “la falta de resocialización es la frustración del carácter de prevención especial de toda pena” (TRIBUNAL DE MEDELLÍN, SALA PENAL MP. Juan Fernández Carrasquilla).

Indudablemente, la utilidad de la pena no sólo constituye un factor de disuasión en el infractor, el temor a la aplicación del poder coercitivo del Estado sobre el delincuente como un castigo, sino mas bien con un fin de formación social reeducador que persigue la prevención. Las condenas constituyen medios importantes para la lucha contra la delincuencia. “el sistema penal puede tener la misión de suprimir la criminalidad, que acompaña como su sombra al hombre de todos los tiempos y de todos los países”(CABALLERO FRÍAS; 80)

### 3.2 Prevención general

En el Estado social de derecho, el derecho penal tiene como fundamento la dignidad humana más aun en la ejecución de las penas, la pena en si y más precisamente la pena de prisión persigue unos propósitos, unas funciones que para cumplir debe encontrarse dentro del marco de esa dignidad. Como para el caso Colombiano el legislador como poder político, le designó unas funciones en el código penal comenzando con la prevención general, Hay que castigar exactamente lo bastante para impedir el ejemplo debe remitir al crimen, indicando la intervención del poder coercitivo del Estado, esta prevención se presenta como una amenaza, un mal ante la violación de las prohibiciones, no solo ese mal procura la prevención general, incluso puede tenerse la

pena capital como el medio más eficaz para disuadir al autor y prevenir la delincuencia, por el temor de su amenaza. “Pero esto es palmariamente inexacto: la pena de muerte carece de virtud intimidatoria y, por paradoja, únicamente asusta a los ciudadanos honestos que, con ella o sin ella jamás delinquirán”(CABALLERO FRÍAS, Jorge Op, Cit. P, 80).

*Un sistema de política criminal, debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de los bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Síguese de ello, que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, dados unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado una función preventiva general sin perjuicio de la función preventiva especial. (Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993.)*

Foucault expone 6 reglas con las cuales se construye el poder de castigar, cumpliendo la sanción de esta función preventiva:

1. De la cantidad mínima. Que la sanción procure un mal aun mayor para el sujeto activo, que el mal causado al sujeto pasivo, se pondera el beneficio obtenido por el criminal al cometer la conducta frente a la sanción que conlleva el riesgo de cometerla, lo que implica un poco más de interés en evitar la pena que en arriesgar el delito, esto es que “el daño que causa exceda el beneficio que el culpable ha obtenido del crimen” (FOUCAULT, Michel; 57.).
2. De la idealidad suficiente. “Si el motivo de un delito es la ventaja que de él se

representa, la eficacia de la pena está en la desventaja que de él se espera”(Ídem. p.57.), la pena representa un sufrimiento en el individuo causándole un dolor. Por lo tanto, “el castigo no tiene que emplear el cuerpo, sino la representación o, mas bien, si debe utilizar el cuerpo, es en la medida en que éste es menos el sujeto de un sufrimiento, que el objeto de una representación”(Ídem. p.57), el sujeto que ha sufrido la pena contiene el recuerdo del dolor que ésta le ha causado lo que puede impedir su reincidencia rechazando los suplicios que esta conlleva, así como es más doloroso para un ladrón perder sus bienes, que pasar unos meses en la cárcel donde no le hace falta techo o comida.

3. De los efectos laterales. La pena debe tener mayor influencia en aquellos individuos que no han cometido el crimen, basta con que los demás miembros del cuerpo social comprendan la gravedad del asunto, siendo así encuentra que en el cálculo de las penas el culpable sería el elemento menos interesante excepto si es susceptible de reincidencia.

*a.- Entre las penas y en la manera de aplicarlas en proporción a los delitos, hay que elegir los medios que hagan en el ánimo del pueblo la impresión más eficaz y la más duradera, y al mismo tiempo la menos cruel sobre el cuerpo del culpable. (Ídem. p.57.)*

4. De la certidumbre absoluta. Las conductas punibles deben estar claramente ligadas a un castigo, para los individuos de la sociedad las normas deben ser prescritas de tal manera que puedan ser interpretadas desde

el ciudadano más ilustre hasta un hombre de poca educación, ello para que cada miembro de la sociedad pueda distinguir las acciones criminales. Estas leyes deben ser publicadas de tal manera que cada individuo tenga acceso a ellas, que la norma escrita no de lugar a incertidumbres, los hombres no pueden encontrar en el crimen cabida a la impunidad o perdón, el conocimiento de las normas no puede dar esperanza de impunidad al ver que los operadores judiciales del Estado son inflexibles, rígidos, justos legales imparciales y tienen que juzgar de acuerdo a la ley, la pena debe ser temida por su violencia, la incertidumbre por el contrario no presiona el temor del hombre sobre la pena como sí lo hace la violencia.

*A.- La justicia debe ir unida a un órgano de vigilancia que le esté directamente coordinado, y que permita o bien impedir los delitos o bien, de haber sido conocidos, detener a sus autores; policía y justicia deben marchar juntas como las dos acciones complementarias de un mismo proceso. (Ídem. p. 59.)*

Para el perfecto funcionamiento de un sistema judicial el proceso debe adelantarse de manera conjunta para llegar a la verdad, en el evento en que se ha cometido un delito y la actuación de esta institución de vigilancia esta en el inicio del proceso y dará las pruebas para que el juzgador descubra la verdad, la autoridad de esta institución de policía debe inferir al ciudadano que está siendo vigilado y de cometer un acto criminal será aprehendido y juzgado públicamente para que los motivos por los que se ha condenado o puesto en libertad a un inculpado sean conocidos

de todos, y que cada cual pueda reconocer los motivos de castigar o no castigar.

5. De la verdad común. La imposición del castigo no debe dar lugar a incertidumbres, para ello debe estar demostrado el delito de tal manera que se pueda afirmar con probabilidad de verdad la actuación de un sujeto como autor de la conducta punible, “la verdad del delito no podrá ser admitida sino una vez enteramente probada” (Ídem. p. 59.), para ello los medios de prueba debe ser idóneos y despejar toda duda estableciendo la verdad con toda evidencia.

*La verificación del crimen debe obedecer a los criterios generales de toda verdad. La sentencia judicial, en los argumentos que emplea, en las pruebas que aporta, debe ser homogénea al juicio. Por lo tanto, abandono de las pruebas ilegales; rechazo de la tortura, necesidad de una demostración completa para hacer una verdad justa, supresión de toda correlación entre los grados de la sospecha y los de la pena. (Ídem p. 59)*

Ser un fallo motivado y razonable lo suficientemente convincente, considerando así idónea la utilización de tecnología en los medios de prueba para formar la íntima convicción del juez al fallar.

6. De la especificación óptima. La codificación de las normas es una característica propia del Estado de derecho. En los códigos penales se establecen unos tipos penales los cuales el legislador ha considerado como nocivos para la sociedad “Estado” y sus miembros.

*A.- Para que la semiótica penal cubra bien todo el campo de los legalismos que se quieren reducir, se necesita que estén calificadas todas las infracciones; es preciso que se hallen clasificadas y reunidas en especies que no dejen escapar ninguna de ellas. Se hace, por lo tanto, necesario un código, y un código lo suficientemente preciso para que cada tipo de infracción pueda estar en él claramente presente (Ídem. p. 60.).*

La codificación implica establecer un procedimiento que indica cómo adelantar mediante etapas la investigación y el juzgamiento ante un hecho que se contiene una conducta punible, y del mismo modo es una parte sustancial que contiene clasificación y tipicidad de las conductas, lo que busca la protección de unos bienes jurídicos, como la vida, la integridad personal, la libertad individual, integridad moral, derechos de autor, el orden económico y social, la seguridad pública, la salud pública, el patrimonio económico, la administración pública, la familia, la libertad sexual, entre otros; incluso para llegar a tal convencimiento de que el castigo se impondrá de manera justa y legal como causa de incurrir en la conducta punible también se tiene como un bien jurídico la eficaz y recta administración de justicia, sometiendo así a la institución de vigilancia y al fallador juez, para cumplir así con la *regla de la certidumbre absoluta*, obteniendo transparencia en el proceso de juicio, pero debe irse más lejos, la pena dirigida a la comisión de una conducta, debe también estar dirigida a diferentes individuos que incurrir en ella pues, “la idea de un mismo castigo no tiene la misma fuerza para todo el mundo”(Ídem. p. 60.), como el fin del castigo es impedir la reincidencia debe tener en cuenta su

influencia en cada individuo, para que de acuerdo a él ese castigo le cause un mal mayor que el beneficio o la ventaja que pretendía con la comisión del delito. Esto debe encontrarse codificado de manera clara y pública, sin dar lugar a que un individuo se sienta en ventaja o con mayor esperanza de impunidad frente al crimen que otro. “Cuando el sistema penal asigna e impone una consecuencia nociva para los derechos de la persona establece penas y medidas de seguridad, pretende con esto dar cumplimiento a la función de la prevención general de la pena”(BARRETO ARDILA, Hernando; 30.)

### **3.3 Retribución justa**

La justicia requiere que el sistema judicial penal y penitenciario trabaje a fin de que se ayude en lo posible a volver a su Estado original aquellos bienes jurídicos tutelados por las conductas punibles, que se han visto perjudicados, aquellas víctimas titulares de estos bienes jurídicos si lo desean siendo directamente involucrados o afectados por el delito, deben tener la posibilidad de participar en el procedimiento. Como otros ordenamientos jurídicos la ley penal Colombiana en desarrollo de la justicia restaurativa indica.

*Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. (Ley 906 de 2004. Artículo 518.)*

Este proceso, que define la norma, busca un efectivo resultado con él acuerdo al que llegan víctima y el victimario

atendiendo la necesidad de la víctima de resarcir el daño y las responsabilidades del delincuente respecto a la víctima buscando la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad.

*No resulta lógico que el Estado, al despojar a las personas de sus conflictos y asumirlos como propios, pueda brindar mejores respuestas y mejores soluciones por vía de la represión llana y simple, que a la postre también dificultará la posibilidad de una verdadera reparación, restablecimiento o indemnización. (BARRETO ARDILA, Hernando; 139.)*

En primera medida y antes de adelantar la acción penal, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ofrecen a los miembros del cuerpo social una retribución pronta y resolución de conflictos que aborda la violación de leyes penales apuntando a los conflictos subyacentes y perjuicios resultantes para víctima y delincuente. Enfatiza a la víctima su derecho a participar en el intento de hacer justicia, en lugar de delegar la cuestión totalmente en los procesos penales estatales. La transacción o conciliación del caso, preparación para la mediación, la mediación en sí, y el seguimiento que sea necesario realizar verificando el cumplimiento del acuerdo, dando la posibilidad de continuar con la acción o acudir a la administración de justicia en el evento de incumplir este compromiso.

El más común de estos mecanismos teniendo mayor aceptación por los miembros del cuerpo social y que incluso se ha convertido en requisito de procedibilidad, es la conciliación. Ella implica una reunión donde se desarrolla un diálogo entre víctima y delincuente, facilitada por un mediador

capacitado, jugando un papel importante ya que en primera medida busca este arreglo entre víctima y victimario para proteger el bien jurídico tutelado por la conducta punible, en ella se enfrentan argumentos de entre las partes presentando fórmulas de arreglo con la que el sujeto activo evita ser procesado por afectar ese bien jurídico y el sujeto pasivo sin esperar un castigo para el otro pretende que se remedie el perjuicio que se le ha causado olvidando así la idea de venganza procurando hacia las soluciones más tolerantes. Pero solo puede aplicarse a determinadas faltas pequeñas querellables no muy graves y que permitan desistimiento por la ley penal.

La ley debe permitir la actuación de justicia restaurativa siempre que el consentimiento de las partes sea libre y voluntario y que las partes puedan en cualquier momento retirar su consentimiento de la actuación. La participación de la víctima debe ser voluntaria. Usualmente, la participación del delincuente se caracteriza por ser también voluntaria, si bien debemos reconocer que los delincuentes pueden actuar con el propósito de evitar resultados más onerosos o en búsqueda de un beneficio. Los contenidos de un acuerdo derivado de la actuación de justicia restaurativa deben ser racionales y proporcionales al daño causado, las funciones de los facilitadores deben ser desarrolladas de manera imparcial y velar por el respeto entre las partes, la víctima y el victimario deben tener derecho a ser asesorados por un profesional del derecho para tomar sus decisiones, también debe tenerse en cuenta el grado de afectación al bien jurídico y la importancia de ese bien jurídico dentro del cuerpo social, teniendo en cuenta que las normas penales son de orden público este acuerdo requiere que sea mediado

por un funcionario del Estado o contener un control posterior por este que imparta su aprobación. Los funcionarios judiciales deben asumir con todo rigor la figura del restablecimiento del derecho oportuna y ágilmente “con la finalidad de no hacer más gravosa la situación de las víctimas o de los sujetos pasivos de acciones delictivas” (Ídem. p. 138.) aun así ha de recordarse como se mencionó anteriormente que la ley no debe dejar cabida a esperanzas de impunidad de acuerdo a la función preventiva de la pena.

### **3.4 Reinserción social**

La ejecución de la pena debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, solo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia social, siendo así que la ejecución de la pena deben obedecer a cada caso de acuerdo a las circunstancias en que se cometan y a la condición de quien las comete, como cuando se describen circunstancias positivamente en la norma penal para no dar lugar a incertidumbres o esperanzas de impunidad.

Pero si para fijar la pena necesariamente se tuviera que tener en cuenta las situaciones particulares del delincuente, siendo estas ajenas al hecho punible, se desconocería el principio de legalidad de la pena, puesto que exigen de manera abstracta al legislador determinar dentro de unos límites precisos la pena impunible de un mínimo y un máximo, con el agravante o atenuante, así:

*La pena no dependería de la voluntad del legislador, sino de la situación particular de cada reo; se llegaría por este camino a la pena individual discriminatoria, delimitada según las circunstancias particulares de cada delincuente, con el desconocimiento del mencionado principio, y desatendiendo las reglas jurídicas que enmarcan la actuación del juez para el señalamiento de la pena dentro de las directrices trazadas por el legislador. (Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993.)*

Sin embargo la ley debe permitir al Juez basarse en datos de la ejecución penitenciaria con los que se establezca que el convicto se ha resocializado si la pena ha cumplido o no sus fines esenciales, y así conceder beneficios a los condenados antes de su libertad para su adaptación a la vida en comunidad, “Solo la mala conducta del condenado, sus fugas, sus delitos ulteriores, etc., pueden ser parámetros para suponer que la pena no ha surtido su efecto” (TRIBUNAL DE MEDELLÍN, SALA PENAL MP. Juan Fernández Carrasquilla).

La ley penal también ha de tener en cuenta la calidad o condición del sujeto activo de la conducta para imponer el castigo, como cuando se trata de un menor de edad, quien si no en todos por lo menos en la mayoría de los Estados actuales cuenta con una jurisdicción o procedimiento especial determinado por el legislador, diferente al de un criminal sin esa condición siendo distinta la sanción y que debe hacer parte de su educación como ciudadano, ello obedece a que no cuenta con la madurez suficiente para comprender la consecuencia de su acto, de igual manera sucede con aquella persona que se encuentra interdicta por demencia

o que durante el procedimiento se ha probado mediante el dictamen de un perito psiquiátrico que es inimputable, quien siendo incapaz no tiene la responsabilidad sobre sus actos pero aun así se consideran peligro para sí mismo y para el cuerpo social, siendo diferente el propósito de la pena ya que su función no es sancionatoria sino de protección del enfermo en la sociedad, pudiendo levantarse o suspenderse hasta que aquel no represente peligro para ésta, pero solo de igual manera como se identificó como inimputable se podría determinar la duración de la protección o medida, es decir que es el dictamen de un perito psiquiátrico el que determina cuando el sujeto se encuentra listo para la reinserción social.

*La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no solo desde el punto de vista de la dignidad, sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana, La función de reeducación y reinserción social del condenado debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle otros 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 humana 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-565 de 1993.)*

El poder político (legislador) tiene la tarea no solo de legislar para la ejecución de la pena sino también para la reinserción social y la prevención especial que se encuentran inmersas en ella. En cuanto

a la reinserción social es indispensable desarrollar programas de política pública criminal en la que al interior de las penitenciarias se establezca ocupación constante de los presos, educación para quien la falta de ella sea causa indirecta de su actividad criminal, trabajo obligatorio en talleres con el cual se pueda aportar a la financiación de la prisión por este trabajo, para formar así una prisión auto sostenible que soporte los gastos de la misma y que brinde una oportunidad laboral al preso cuando cumpla con su pena, esto bajo un marco disciplinario donde se determinan horarios y actividades con vigilancia ininterrumpida que lleva consigo sus obligaciones y sus prohibiciones, el preso solo puede desplazarse a las clases, talleres y actividades establecidas para ellos por el orden institucional penitenciario, las comidas también deben ser parte de esas actividades disciplinadas incluso el descanso y el momento de volver a sus celdas ya que en ellas también se debe tener vigilancia sobre el preso, “función que no es ya de castigar las infracciones de los individuos sino de corregir sus virtualidades” (FOUCAULT, Michel; 103.)

*La vida está, por lo tanto, dividida de acuerdo con un empleo del tiempo absolutamente estricto, bajo una vigilancia ininterrumpida; cada instante del día tiene marcada su ocupación, prescrito un tipo de actividad, y lleva consigo sus obligaciones y sus prohibiciones. (FOUCAULT, Michel; 76.)*

A ello se suma la clasificación-distribución de reclusos dentro de los establecimientos penitenciarios en agrupaciones de análogas características, con la finalidad de facilitar el examen de su personalidad y la adopción de un

tratamiento reeducativo individualizado e impedir el contagio criminal de los reclusos.

Es muy acertado Néstor Gil Herrera, que al escribir en 1983, sobre el “Proceso de Resocialización”, nuestro sistema penitenciario no observa un régimen para detenidos y otro para condenados incluso casi 30 años después a pesar de la transición constitucional de 1991 y las diversas reformas que han procurado garantías en el “Sistema Procesal Penal Colombiano”, siendo indispensable que haya una verdadera separación entre condenados y detenidos, “estos últimos aun se encuentran dentro de los trámites procedimentales penales y en los primeros ha culminado en sentencia condenatoria su proceso y son quienes deben recibir con todo el rigor científico el tratamiento”. (GIL HERRERA, Helio Néstor. 1983; 44.)

*Más que tener a los condenados bajo cerrojos como la fiera en su jaula, hay que reunirlos con los demás, hacerlos participar en común en ejercicios útiles, obligarlos en común a buenos hábitos, previniendo el contagio moral por medio de una vigilancia activa, manteniendo el recogimiento por la regla del silencio. (FOUCAULT, Michel; 143.)*

El propósito de mantener a los condenados ocupados dentro del penal realizando estas actividades, también lleva consigo un carácter de prevención puesto que paralelamente procura la disciplina en éste y no da tiempo para la formación de escuelas criminales dentro del mismo ya que existiendo mucho tiempo para esperar el cumplimiento de una condena únicamente estando encerrado y rodeado de otros criminales incluso unos más peligrosos que otros, solo puede esperarse que se adquieran



conocimientos para perfeccionar sus actividades criminales, “recibir el influjo de los más avezados, causa que muchos delincuentes ocasionales se convierten en verdaderos criminales profesionales”( GIL HERRERA, Helio Néstor; 44.)

*El Estado social de derecho no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional. ( Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993.)*

Previo a terminar la ejecución de la pena la institución penitenciaria y la autoridad judicial para determinar si el condenado se encuentra rehabilitado debe hacerse a través de una etapa gradual permitiendo a éste tener contacto con el mundo exterior que permita que el condenado vuelva a la vida en comunidad poco a poco sin la intención de causarle daño.

*“En este sistema progresivo, el tratamiento aplicado a los reclusos se desenvuelve en una serie de grados o períodos, en cada uno de los cuales se acentúa con mayor intensidad la preparación del recluso para la vida en libertad cuyos requisitos indispensables con la buena o excelente conducta, su aprovechamiento en el estudio o trabajo, el haber elevado sus sentimientos nobles y altruistas, en una palabra dar muestras de readaptación”. (GIL HERRERA, Helio Néstor; 45.)*

Esto también se cumple a través de beneficios como permisos concedidos proporcionalmente antes de la liberación,

estas actividades deben también ofrecer una opción útil al individuo con la cual encaminar razonablemente su personalidad dentro del cuerpo social bajo las reglas impuestas en éste, asimilando en el condenado la idea de cumplir una regla de volver al establecimiento ponderando la vida intra-mural con la extra- mural así, al encontrar el daño que se le causa al privarlo de la libertad repudiase el crimen.

El delito no solo afecta el cuerpo social, al llevar consigo una sanción como consecuencia del mismo para el actor de la conducta, también es afectación para él, por lo cual es importante la implementación de programas de asistencia a prisioneros y a exprisioneros que permiten a este desarrollar capacidades para funcionar en comunidad sin causarle daño; son oportunidad al criminal pasar de ser un delincuente estigmatizado sin propósito social a un individuo recuperado con capacidades útiles, programas con contenido de crecimiento espiritual, comunicación, tolerancia y solución de conflictos o cualquier aptitud que facilite la reintegración a la comunidad, debido a que la capacidad de resolución de conflictos ofrece una oportunidad para evitar la violencia como solución de ellos, por ello el legislador debe más que hablar de sancionar con prisión, hablar de cómo sancionar en la prisión, para completar este fin último de la pena.

#### **4. CONCLUSIONES**

El Estado en su sistema político debe desarrollar y hacer efectivas materialmente las funciones de la pena de prisión como lo hemos visto, así procurará entre sus miembros una menor o mínima comisión de delitos, ya que disminuiría si no algunas las más importantes de las causas de

criminalidad dentro del conglomerado social.

El sistema político del Estado debe en su política de seguridad no solo limitarse a perseguir delincuentes y encarcelarlos, esta debe ir más allá, la implementación de normas que materialicen las funciones de la pena, a través de el poder político quien tiene legitimidad para imponer las normas a los miembros de un grupo social, las cuales deben ser útiles a la sociedad, incluyendo la prohibición de conductas, debe contener una definición clara del crimen y que facilite la identificación de quien se considera como criminal, identificando los tipos de castigo que pueden imponerse a las diversas conductas encontramos la prisión como aquella que se adecúa más a la proporcionalidad y fines del derecho penal. En ella se debe aplicar las funciones de la pena de prisión que se han desarrollado en este trabajo, se tiene que ésta prevé la reinserción del criminal lo cual hace efectiva la prevención especial, al ser la libertad un bien y derecho sumamente apreciado por el hombre procurando un mal aun mayor para quien pretende cometer el injusto penal con la sanción, así los miembros de la sociedad comprenden la gravedad del castigo evadiendo la conducta típica.

Se debe procurar la certeza en los juicios de responsabilidad siendo un trabajo conjunto entre el equipo investigativo y el operador judicial para llegar a la verdad de los hechos con lo que no se da cabida a impunidad, las normas deben encontrarse codificadas para así tener la seguridad que se está frente a un hecho reprochable por la sociedad y considerado así por el poder político.

El sistema penal debe perseguir una retribución justa y cesar cuanto más pronto sea posible las consecuencias nocivas de la lesión a los bienes jurídicos de las víctimas haciéndolo en desarrollo de la justicia restaurativa donde también la ejecución de la pena debe buscar la reeducación y resocialización del condenado, procurando esa política de seguridad que ataque el origen del problema y lo acompañe hasta su desintegración. El contenido de la norma debe obedecer a asegurar los fines del Estado, garantizar la convivencia pacífica, la prevención general y especial para la represión de delitos, la retribución justa y la reinserción social, dentro del marco de la dignidad humana.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA, Cesare. De los delitos y las penas. Ed. Gráficas Modernas. Bogotá. 2008.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-565 de diciembre 7 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara.

FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión. Buenos Aires. Siglo XXI Editores. Argentina. 2002.

FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Ed. Gedisa. Buenos Aires. 2008.

Ley 906 de 2004.

IBÁÑEZ Guzmán, Augusto, J. Derecho penal parte general. de Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá, D.C. 1991.

DEL VALLE, Carlos Pérez. Estudios de filosofía política y del derecho penal. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C. 2004.

CABALLERO FRÍAS, Jorge. Crisis y crítica de la función punitiva, revista nuevo foro penal (51). Ed. Temis Bogotá. 1991.

CONTRERAS Vergara, Laureano. Derecho Penal Colombiano ¿Ciencias o Humanidades?, revista nuevo foro penal (53). Ed. Temis Bogotá. 1991.

BARRETO Ardila, Hernando. Administración de justicia penal en un

Estado social y democrático de derecho. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000.

GIL Herrera, Helio Néstor. Proceso de Resocialización - revista prisiones. Ed. La Patria. Manizales. 1983 p. 44.

SALA PENAL TRIBUNAL DE MEDELLÍN, MP. Juan Fernández Carrasquilla- revista prisiones. Ed. La Patria. Manizales.





# Principia IURIS **15** Contenido

Editorial

## SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL

Derecho laboral: del tripartismo al bipartismo (evolución, innovación, mercado y servidumbre)  
Mg. Robinson Arí Cárdenas

Naturaleza y posición de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios: una débil atadura de "Ulises" frente a las "sirenas"

Mg. (c). Miguel Andrés López Martínez

La regulación del turismo. Un asomo socio-jurídico de los sujetos integrantes del sector (primera parte)

Mg. (c). Daniel Rigoberto Bernal Gómez

La expropiación por motivos de utilidad pública e interés social en Colombia: ¿una vulneración flagrante al derecho de propiedad?

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Relectura estructural del bloque de constitucionalidad en Colombia: elementos críticos para aplicación del control de constitucionalidad

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

## SECCIÓN II. TEMA CENTRAL - "EL ANÁLISIS CIENTÍFICO DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS"

La corresponsabilidad de la víctima en la comisión de la conducta punible

Ph. D. (c). Fabio Iván Rey Navas

La tortura en derecho internacional  
Ph. D. Natalia Barbero

Crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional

Mg. Eyder Bolívar Mojica

Filosofía de las funciones de la pena de prisión  
Esp. José Luis Suárez Parra

Filosofía del derecho penal iusnaturalismo - finalismo

Mg. Carlos Gabriel Salazar

Bioética, transplante de órganos, y derecho penal en Colombia

Ph. D. Yolanda M. Guerra García

Ph. D. Álvaro Márquez Cárdenas

## SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.

Estatuto jurídico del indígena en el derecho indiano

Abg. Alejandro Samuel Birman Polanco

Los obstáculos institucionales al desarrollo del MERCOSUR

B.A. Dominic Tetu

El Consejo de Estado Colombiano y el Consejo de Estado Francés, aproximaciones y diferencias

Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez

