

# INTERVENCIÓN DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN, DOCTOR LUIS CAMILO OSORIO ISAZA, EN LA INSTALACIÓN DE LAS XXV JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO PENAL

(Universidad Externado de Colombia, 27 de agosto de 2003)

---

## TEORÍA DE LA PENA Y AUMENTO DE PENAS

Me es grato concurrir a esta casa de estudios, mi albergue para la cátedra por más de dos lustros, en el marco de la celebración de las *XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, en compañía de tan ilustres académicos internacionales y de este templo de la sabiduría en esta especialidad, entre varias otras. Y lo es, precisamente, cuando estamos culminando un importante proceso de reforma al sistema judicial penal. Como este claustro ha sido pionero en el estudio y divulgación de las ciencias penales, aprovecho la cordial invitación de sus directivas para esbozar las bases legislativas que incluyen el muy importante asunto de las penas y algunos criterios en torno a la temática central que motiva este certamen, cuyos frutos advierto, desde ahora, como verdaderamente benéficos para el desarrollo científico de la Teoría de la Pena.

### Planteamiento del problema

Fenomenológicamente se advierte que la criminalidad aumenta y podría preguntarse entonces de qué ha servido la pena estatal. Pero, con el mismo sentido, podría interrogarse de qué han servido la escuela, la familia y otras instituciones que actúan como medios de control social, porque ellas también deberían servir para contener la delincuencia, sin embargo de lo cual nadie osaría en recomendar la supresión de la escuela o de la familia, sencillamente se haría imposible una mínima convivencia social.

La pregunta, en cambio, debe hacerse desde otra dimensión: ¿Qué sería de la vida en sociedad sin la intervención punitiva del Estado?. El mundo se halla en medio de la antinomia que produce la recomendación de un derecho penal mínimo y las necesidades crecientes de protección en una sociedad cada vez más compleja. Mientras no aparezca algo mejor, no puede sustituirse el Derecho Penal, como lo expresó luminosamente Hans Schultz, "*la pena no es un problema metafísico ni una realización moral sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas*"<sup>1</sup>.

La pena se ha erigido como instrumento de control social, como reacción social o estatal frente al delito, de modo que son fines principales la prevención y la

---

<sup>1</sup> Citado por CLAUS ROXIN, "Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, Ed. Reus S. A., pág. 98.

disuasión, porque, de otra manera, si las conductas delictivas no afectasen o pusiesen en peligro la existencia del orden social pacífico, el Estado debería ser indiferente ante ellas. Desde luego que, al lado de la prevención y la disuasión, siempre será necesario considerar dialécticamente como fines la retribución justa y la resocialización, pues la primera permite expandir en la comunidad una idea de proporcionalidad en la reacción estatal y límite a la intervención penal del Estado, mientras que la segunda, modernamente considerada, no sólo le cumple a la reinserción social del individuo sino que en esa medida también protege a la comunidad del delito.

A propósito de la calidad y cantidad de las penas dispuestas legislativamente, o del aumento de las mismas, vale la pena recordar cómo el tratadista alemán Claus Roxin aduce:

*“... esto no quiere decir que la teoría de la prevención general no sea importante. Incluso todavía hoy puede ser eficaz, si se hace en ella una pequeña variación que tenga en cuenta que mucha mayor eficacia intimidatoria tiene la intensidad de la persecución penal que la prohibición legal; tanto mayor es la cuota de los delitos descubiertos y condenados, tanto más eficaz será la prevención de la comisión de otros delitos en el futuro...”<sup>2</sup>.*

Vale la pena otro matiz a la postura de Roxin, en el sentido de que la mayor eficacia de la persecución penal puede buscarse por medio de otros mecanismos que incentivan el acuerdo de responsabilidad y la negociación de penas, o la aplicación del principio de oportunidad, de tal manera que la eficacia intimidatoria de la ampliación legislativa de penas se advierta en el estímulo a esos preacuerdos, negociaciones o colaboraciones.

## **Fundamento constitucional**

Respecto de la calidad y cantidad de las penas, la Constitución Política de Colombia apenas asume un sentido descriptivo y semántico.

Así, el artículo 11 prevé que el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte. Significa que el Estado puede acudir a las penas para proteger al individuo y la sociedad, siempre y cuando no se afecte la vida del delincuente. Igual previsión se hace en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ley 74 de 1968, artículo 6°) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (ley 16 de 1972, artículo 4°).

El artículo 12 prescribe que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Consagra entonces el

---

<sup>2</sup> “Iniciación al Derecho Penal de Hoy”, Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, España, pág. 39.

*principio de humanidad*, que curiosamente no aparece explícito en la norma rectora del artículo 3° del Código Penal, aunque obviamente se infiere del principio de dignidad humana (artículo 1°). La proscripción de las penas crueles, inhumanas o degradantes supone que el Estado sí puede acudir a la intimidación de las penas privativas de la libertad, siempre y cuando no lleguen a ser crueles, inhumanas o degradantes. En otras palabras, el artículo 12 establece límites a las penas cuya existencia supone la Constitución (cfr. ley 74 de 1968, artículo 7° y ley 16 de 1972, artículo 5°).

Por otra parte, el artículo 28 de la Constitución se refiere a la “prisión” y el “arresto”, conocidos jurídicamente como penas, no para definirlos sino para decir que nadie podrá ser reducido a ellas sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. El inciso final de la misma norma prohíbe la prisión y el arresto por deudas y dice que las penas y medidas de seguridad son imprescriptibles.

Finalmente, el artículo 29 señala la preexistencia de la ley y el juicio previo para poder aplicar una pena.

Es decir, salvo la prohibición de la pena de muerte y de las penas crueles, degradantes e inhumanas, el problema de las penas lo deja la Constitución Política a la libertad de configuración del legislador, porque, de acuerdo con el sentido descriptivo o semántico que asume, la pena sería el trato que se impone a una persona por parte del Estado, en razón o a causa de delito que ella haya cometido.

La pena y su medida se justifican por su necesidad como medio de coacción para mantener las condiciones esenciales de vida necesarias para la convivencia pacífica en comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la compleja sociedad actual, sería imposible. Su justificación no es entonces cuestión religiosa ni filosófica, sino práctica o política: “una amarga necesidad”.

### **Orientación de la Corte Constitucional**

La sentencia C-261 de 1996 hizo un planteamiento de la pena con fundamento en la *concepción mixta de las teorías de la pena*, que intenta interpretar las normas sobre los fines de la pena a partir del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

El fallo empieza por diferenciar los fines de la pena de acuerdo con el momento en que se ejercita el *ius puniendi*; así, en la etapa de la *conminación penal o criminalización primaria*, el legislador orienta la definición y punición de los delitos fundamentalmente por *consideraciones de prevención general o de protección a la comunidad* y sólo secundariamente mira principios retributivos. Conforme con ello, la tipificación legal de los delitos pretende desestimular conductas lesivas de

bienes jurídicos dignos de ser protegidos por el Derecho Penal por ser necesarios para mantener el mínimo de convivencia pacífica (prevención general); pero siempre con el cuidado de mantener cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que se le adjudica en la ley (componente retributivo).

Ya en el momento de la imposición judicial de la pena, considera la Corte que el sistema debe operar con un *criterio esencialmente retributivo*, con el fin de que, por razones de justicia, exista proporcionalidad entre la dañosidad de la conducta, el grado de culpabilidad del sujeto y la intensidad de la pena impuesta.

Y, finalmente, estima la Corte que la fase de ejecución penal debe dirigirse por la finalidad de *prevención especial positiva*, lo cual significa que la pena debe buscar la resocialización del condenado, pero dentro del respeto de su autonomía y dignidad, de tal manera que el penado no sea expuesto a un esquema prefijado de valores, sino que el Estado propicie los medios y condiciones que por lo menos impidan la desocialización o empeoramiento del condenado como consecuencia de la intervención penal.

Es precisamente lo que se propone con el aumento de las penas en el proyecto de Código Penal presentado al Congreso de la República en reciente ocasión, fundamentalmente para los delitos de mayor repercusión social (terrorismo, secuestro, narcotráfico, delincuencia organizada, corrupción, enriquecimiento ilícito y otros), porque se arrecia la prevención general en la fase de conminación, pero se busca que en la fase judicial y ejecutiva tengan mayor eco la retribución justa (de acuerdo con el comportamiento procesal del imputado o acusado) y la resocialización, respectivamente, para dar entrada a la eficacia penal y la posibilidad más realista de reincorporación social de los delincuentes.

El cuadro anterior lo completa la Corte Constitucional en la sentencia C-026 de 1995, a cuyo tenor:

*“La pena en un sistema como el nuestro, tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas. Por ello, se ha consagrado no sólo para castigar al sujeto activo del delito, para procurar su readaptación, sino también para prevenir conductas socialmente reprochables y proteger a la sociedad de su posible ocurrencia”.*

### **Funciones de la pena en la ley 599 de 2000**

De acuerdo con el artículo 4° del Código Penal vigente (norma rectora), la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Es decir, de acuerdo con la norma rectora citada, no contradice la esencia y orientación del sistema penal hacer énfasis en la prevención general durante la configuración legislativa, como se pretende con el aumento de penas en el proyecto, porque lo único perentorio por fases que señala el legislador es que la prevención especial y la reinserción social se cumplan durante la ejecución de la pena de prisión.

Pues bien, si además del artículo 4°, se observa cómo el artículo 3° del Código Penal, sujeta la imposición de una pena o medida de seguridad a los principios de *necesidad, proporcionalidad y razonabilidad* y que el artículo 1° (otra norma rectora) señala que el Derecho Penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana, fácil es concluir que el Estatuto Penal vigente adopta una concepción mixta de la pena, que no significa mera yuxtaposición de fines.

Si la norma del artículo 4° se relaciona con el inciso 3° del artículo 61 (fundamentos para la individualización de la pena) y se tiene en cuenta la técnica de la parte especial de conminar la pena dentro de límites mínimos y máximos, con variaciones cualitativas y cuantitativas en atención a la importancia del bien jurídico lesionado, la forma del ataque y la magnitud del daño o del peligro, se aceptará que el vigente Código Penal concibe la pena fundada en la necesidad social y limitada por la retribución, siempre atento a la protección de bienes jurídicos y, por lo tanto, a la defensa de la comunidad democrática, que es asunto de prevención general, pero cuya ejecución debe dirigirse primordialmente a la “resocialización”.

Los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena -los que operan tanto a nivel del proceso legislativo como del judicial-, fueron reconocidos por la Corte Constitucional, al expresar en la sentencia C-070 de 1996:

*“... en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo... En materia penal, la potestad legislativa de tipificación está sometida al control de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad...”*

La agudización del tema punitivo en el proyecto sólo se inspira en el ánimo de situar confianza en el sistema penal y poner una amenaza más disuasiva (prevención general positiva y negativa), también en relación con conductas dirigidas a bienes jurídicos más recurrentemente atacados y que producen mayor desfase social (narcotráfico, homicidio agravado, secuestro, terrorismo, corrupción), sin perjuicio de que la retribución justa se cumpla en la fase de imposición judicial, y la reinserción social, se procure durante la ejecución punitiva.

En resumen, la pena justa -supuesta su humanidad y su necesidad política y social- que es la proporcionada al injusto material y a la culpabilidad, adquiere verdadera dimensión cuando en sentido práctico y utilitario se ajusta, primero a prevenir (prevención general y especial, negativa y positiva); segundo, a proteger bienes jurídicos (individuales y sociales, básicos y funcionales) tanto del individuo como de la comunidad; y tercero, a resocializar al condenado, es decir, ofrecerle condiciones que le permitan en el futuro llevar una vida sin penas, pero igualmente sin imponerle coactivamente otros raseros a su conciencia moral.

### **El proyecto de modificación de penas**

En la exposición de motivos del “Proyecto de Ley Estatutaria ... por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”, en representación de la comisión constitucional de reforma, que tuvo el honor de presidir, se formularon reflexiones del siguiente tenor:

*“A la vida jurídica colombiana se le ha criticado que la normatividad, en especial la penal, ha ido siempre a una menor velocidad que la evolución de la criminalidad, motivo que lleva a permanente cuestionamiento de la necesidad de cambio, situación que si bien no es la única solución, sí se constituye en la materialización de las necesidades de protección de la comunidad.*

*“De tiempo atrás la ciencia penal ha denunciado un vicio común a muchas naciones: el de intentar resolver los conflictos de la más variada índole acudiendo al Derecho Penal. Frente a esa acusada tendencia se ha acordado, y a fe que así lo ha hecho la Comisión, racionalizar el recurso imponiendo las más altas penas con fundamento en principios de lesividad y proporcionalidad.*

*“Atendiendo a los fundamentos del sistema acusatorio, que prevé los mecanismos de negociación y preacuerdos, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados, se modificaron las penas y se dejó como límite la duración máxima de sesenta años de prisión, excepcionalmente, para los casos de concurso y, en general, de cincuenta años”.*

*“La criminalidad actual requiere un endurecimiento de las penas, especialmente cuando se trata de concurso de delitos, pues en muchas ocasiones se infringe varias veces la misma disposición penal que ya de por sí, cuando se mira unitariamente, alcanza la escala máxima de pena enervando los efectos del concurso.*

*“Evidentemente, se hace necesario aumentar las penas frente a los delitos más graves que han aumentado significativamente por la violencia de grupos paramilitares, guerrilleros, narcotraficantes y corrupción en general”.*

Pues bien, la demanda social de mayor protección frente a los desafueros de la delincuencia es una realidad y, por tanto, deben procurarse soluciones reales y no meramente simbólicas. Desde luego, muchos sectores de la opinión solicitan mayor punición, pero el proyecto no puede canalizar irracionalmente esa demanda social porque, aparte de que llama la atención para que el desplazamiento al derecho penal no se convierta en un pretexto del Estado para eludir las soluciones efectivas a los problemas sociales, ya dentro de las soluciones jurídicas racionales prevé los preacuerdos de responsabilidad, negociaciones de pena y el principio de oportunidad, dentro unos márgenes de punibilidad amplios previstos en el Código Penal, con el fin de que los mismos protagonistas de la delincuencia se sientan incentivados para reconocer su responsabilidad y reintegrarse a la sociedad, pero también para ayudar a desvertebrar grupos o centros de poder delictivo u organizaciones criminales.

Como eventos procesales de aplicación del principio de oportunidad, el Proyecto de Código de Procedimiento Penal se refiere al imputado que colabore eficazmente para evitar que continúe el delito por el cual es perseguido; o aporte información eficaz para desarticular la organización criminal que lo ha cometido y a la cual pertenece; o para evitar que la organización criminal cometa otros delitos; o sirva como testigo de cargo contra los demás intervinientes; o colabore eficazmente en el descubrimiento de otro delito de mayor entidad en el cual intervino. En estos casos, aunque en la práctica no haya pena, indudablemente existirá mayor eficacia en la persecución global de la delincuencia (artículo 348).

Por otra parte, respecto de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, el proyecto de Código de Procedimiento Penal señala como fines la humanización de la actuación procesal y la pena: obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en las decisiones que indudablemente lo afectan (artículo 386, inciso 1°).

Es decir, el proyecto se aproxima más a un modelo de proceso como medio de resolución de conflictos y matiza el modelo de proceso como modelo de actuación de la legalidad como valor absoluto.

Si los márgenes de punibilidad no se amplían, para el caso concreto de los preacuerdos y negociaciones, no pueden hacerse ofertas significativas de rebaja de pena, de tal manera que el imputado o acusado realmente se estimulen a reconocer la responsabilidad; o puede repetirse la experiencia frustrante del pasado, cuando por la multiplicidad de factores de reducción de pena, ésta quedaba situada en cantidad tan írrita que se convertía en burla a la justicia y en fraude a la sociedad.

Ahora bien, en la práctica no puede preocupar el manejo de amplios ámbitos de punibilidad o rebajas significativas de pena porque, por un lado, el fiscal del caso

deberá someterse a las directivas del Fiscal General de la Nación y a las pautas trazadas como política criminal y, por otra parte, los preacuerdos entre el imputado y la Fiscalía, aunque en principio obligan al juez, estarán sujetos a su aprobación por tutela de las garantías fundamentales, todo con el fin de mantener el prestigio de la administración de justicia y evitar su cuestionamiento (artículos 386, inciso 2° y 388 del proyecto).

\* \* \*

A manera de colofón, afirmo:

- La intervención del Derecho Penal en la sociedad es necesaria para proteger los bienes jurídicos vitales para la convivencia social, pues de esta manera también se mantiene la organización estatal y se precaven las reacciones sociales extrapenales. Desde luego, la intervención no es absoluta sino frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos de mayor relevancia para el ordenamiento.
- La conminación o amenaza penal propia de la fase legislativa de determinación de la pena, orientada a disuadir la comisión de conductas punibles, se ve complementada con la eficacia en la persecución penal que representan los mecanismos de preacuerdos, negociaciones y principio de oportunidad.
- Con el fin de tratar más eficazmente la criminalidad en sus versiones más complejas y modernas, la pena merecida (retribución) ya no se mide únicamente por los factores concurrentes en la conducta punible, sino que también deben contar las actitudes posdelictuales que le dan eficacia a la persecución penal en el caso concreto y en otros que evidencie la colaboración del imputado.
- Para determinación de la pena también cuenta el tipo de estructura procesal (acusatoria), la formación jurídica y criminológica de los jueces y fiscales y la confianza razonable en la participación de los imputados en la definición de su caso.
- La lucha contra la criminalidad debe ser más un problema global, extendido y político criminal, que una actitud aislada y focalizada de investigadores, fiscales y jueces, de modo que la misión del derecho penal tienda más a la resolución de conflictos con visión especial de la víctima, que a la mera aplicación inmaculada de una opción política previamente definida por la ley.

En este ambiente solemne y académico, bajo la tutela intelectual del Maestro Fernando Hinestrosa y con la sabia convergencia de tan ilustres visitantes y jurisprudentes colombianos, las reflexiones sobre nuestro tránsito al sistema acusatorio y el necesario examen de las penas, será el escenario propicio para enriquecer los compromisos de la universidad con la ciencia y la inspiración para

que el legislador acierte en su compleja función de expedir el ordenamiento jurídico que permita afianzar la democracia, alcanzar la convivencia pacífica y obtener la tan anhelada paz.

Muchas gracias.