

LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD COMO SANCIÓN JURÍDICA: ANÁLISIS GENEALÓGICO Y JUSTIFICACIONES TEÓRICAS DEL IUS PUNIENDI.

RICARDO ANDRÉS SÁNCHEZ COLMENARES¹.

RESUMEN.

El trabajo de investigación filosófico-jurídico " La privación de la libertad como sanción jurídica: análisis genealógico y justificaciones teóricas del ius puniendi" se centra en el análisis de la justificación de la pena de privación de la libertad como la principal consecuencia jurídico-penal en el ordenamiento colombiano desde una perspectiva filosófica y jurídica.

Prima facie, se realiza un análisis genealógico de la institución de la privación de la libertad como sanción jurídica, revisando su comienzo histórico desde lo mítico y su desarrollo hasta la actualidad. Se identifican las diversas finalidades y nociones que se le han atribuido a esta sanción a lo largo del estudio realizado, así como los principales cambios que ha experimentado en su aplicación a lo largo del tiempo.

De manera posterior, se revisan las teorías que fundamentan el ius puniendi, destacando aquellas que justifican el derecho a castigar desde la concepción principialística, abordando principios tales como la legalidad, la proporcionalidad, la finalidad, la igualdad y la humanidad, revisando cómo estos criterios buscan legitimar y dar forma al castigo instituido por el Estado de la mano del derecho penal.

Finalmente, se realizará un análisis sintético de la pena de privación de la libertad como consecuencia jurídica en relación con el devenir temporal que la ha establecido como la solución por antonomasia a los delitos y como esto se fortalece con los tópicos justificantes del ius puniendi basado en principios.

¹Estudiante del programa de posgrado en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja. Egresado no graduado de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja. Correo electrónico: ricardo.s.colmenares@gmail.com

PALABRAS CLAVE: privación de la libertad, sanción jurídica, análisis genealógico, justificaciones teóricas, ius puniendi.

ABSTRACT:

The philosophical-legal research work "The Deprivation of Liberty as a Legal Sanction: Genealogical Analysis and Theoretical Justifications of the Ius Puniendi" focuses on the analysis of the justification of the penalty of deprivation of liberty as the main legal and criminal consequence in the Colombian legal system from a philosophical and legal perspective.

Initially, a genealogical analysis of the institution of deprivation of liberty as a legal sanction is carried out, reviewing its historical origins from mythical times to the present day. The various purposes and notions attributed to this sanction throughout the study are identified, as well as the main changes it has undergone in its application over time.

Subsequently, the theories that underpin the ius puniendi are reviewed, highlighting those that justify the right to punish from the principialistic conception, addressing principles such as legality, proportionality, purpose, equality, and humanity, examining how these criteria seek to legitimize and shape the punishment established by the State through criminal law.

Finally, a synthetic analysis will be conducted on the penalty of deprivation of liberty as a legal consequence in relation to its temporal evolution, which has established it as the quintessential solution to crimes, and how this is strengthened by the justifying topics of the ius puniendi based on principles.

KEYWORDS: deprivation of liberty, legal sanction, genealogical analysis, theoretical justifications, ius puniendi.

INTRODUCCIÓN.

En la presente investigación se abordará el problema de la pena de privación de la libertad como consecuencia jurídica principal en el ordenamiento jurídico

colombiano. Se explorarán los motivos y causas que han llevado a la privación de la libertad en un centro de reclusión a convertirse en la pena a aplicar por excelencia. Se analizará tanto desde una perspectiva genealógica, como desde una mirada filosófica-jurídica, considerando diversas concepciones sobre el castigo a lo largo del tiempo y muy especialmente la privación de la libertad o retención.

Se examinará cómo la privación de la libertad ha evolucionado a lo largo de los siglos analizando las razones que movieron al *ius puniendi* de castigos físicos y torturas a la institución moderna de la prisión. Se cuestionará la justificación de esta pena y si es proporcional y efectiva en todos los casos de conductas punibles. Además, se considerarán aspectos legales, doctrinales y literarios relacionados con la imposición de esta pena en la sociedad. Aunado a esto se planteará la teoría de legitimación del derecho de castigar o *ius puniendi*, siendo una facultad exclusiva que le corresponde ejercer al Estado. Dicha justificación al castigo se abordará desde las nociones principialísticas, las cuales buscan estar en concordancia con los derechos fundamentales y la dignidad humana, se ha considerado que el castigo institucionalizado se ha humanizado con estos valores, pensando que se le ha colocado un freno al poder desbocado del Estado a penalizar y castigar; sin embargo, estos principios también han funcionado como herramientas para el propio Estado, no para castigar más, sino para castigar mejor, todo de la mano del derecho penal.

Esta investigación se plantea como objetivo general realizar una exploración crítica de la pena de privación de la libertad como institución jurídica y su relación con las conductas punibles. Se buscará comprender los fundamentos y justificaciones que respaldan su aplicación, así como su eficacia y legitimidad en el sistema penal en el marco de la ley nacional colombiana.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El presente trabajo pretende desarrollar una investigación de tipo filosófico-jurídico, la cual versa sobre la pena de privación de la libertad como consecuencia jurídica

principal en el ordenamiento jurídico colombiano, dicha pena es aplicada en el momento de incursión en una conducta punible a un sujeto al satisfacer el supuesto de hecho de la ley penal. Se pretende indicar al lector los motivos o causas que hicieron de la privación de la libertad en un centro de reclusión la consecuencia jurídica aplicada por antonomasia.

Se abordará la institución de la privación de la libertad como resultado de la aplicación de la pena no solo como un fenómeno moderno, sino también desde sus orígenes y desarrollos históricos, puesto que antaño esta pena era aplicada, tal como lo señala Apolodoro en la mitología griega con el mito del minotauro, o la Apología a Sócrates de Platón, esto en el año 399 a.C., pero no con el mismo nivel de importancia y rigor que en nuestros días se le imprime a la misma, ya que los castigos han evolucionado a lo largo de los siglos y no siempre han estado dirigidos al encarcelamiento de las personas, tal como lo señala Michael Foucault en sus obras “Vigilar y Castigar” y “La verdad y las formas jurídicas”.

Es extraña la concepción de la pena como sanción, (cualquiera que esta sea) ya que una pena no incorpora elementos que se consideren buenos, o siquiera asegure que el sujeto que actuó de una manera irregular no repita este hecho en un futuro, es decir que, si hay un hecho valorado como malo, debe haber una consecuencia para el actor del hecho, y dicha consecuencia debe incorporar algo malo también, de un modo simple se puede afirmar que “un mal se debe pagar con otro mal”, tal como lo vislumbra Hegel.

La noción de castigo se encuentra fundada en el instinto natural de venganza, dicho instinto no es solo propio del humano; no obstante, el humano lo ha tecnificado y lo ha hecho evolucionar. Desde épocas primitivas, más específicamente el Neolítico se sabe que el homínido llevaba a cabo venganzas privadas, tal como lo señala Rodríguez Fernández, R. y Castellano, P. S. (2021):

Lo que hoy llamaríamos responsabilidad penal, alcanzaba a toda la familia del ofensor, que respondía ante la misma de forma colectiva y solidaria. La

venganza se ejercía con carácter privado por parte de la familia del ofendido, sin limitación alguna y causando a los ofensores todo el daño posible. El mal para devolver se basaba fundamentalmente en la conocida ley del «ojo por ojo, diente por diente», llamada más tarde Ley de Talión. (Rodríguez Fernández, R. y Castellano, P. S., 2021, p. 755).

Lo anterior denota que la pena surge primariamente como el instinto de venganza que impulsa a cometer actos equivalentes a la circunstancia sufrida, en el caso anteriormente hablado se puede apreciar una especie de equivalencia entre la acción y la pena; sin embargo, estas conductas recuerdan irremediabilmente al sistema talional, ya que se está “pagando” la acción de un modo igual en la consecuencia.

El hombre que es el producto más alto de la evolución ha racionalizado este impulso de venganza y lo ha puesto en manos de terceros, ya sea un jefe tribal, un monarca o el Estado². Hasta hace no mucho tiempo las penas buscaban la equivalencia en ellas mismas, por ejemplo, en el Código de Hammurabi del 1950 ac se proponía la icónica pena de “ojo por ojo, diente por diente”, la cual buscaba una especie de equivalencia entre el agravio sufrido y la consecuente sanción a imponer, buscando la mayor cantidad de “justicia” posible.

Las penas a lo largo de la historia han recaído sobre diferentes elementos como el cuerpo, el alma, los bienes, la familia y la reputación de la persona condenada. Por ejemplo, en la Edad Media, se practicaba la tortura física como método para obtener confesiones y enjuiciar a los acusados. También se aplicaban penas que afectaban

² No es propio del estudio de esta investigación determinar por qué el hombre se ha despojado de la investidura personal del “ius puniendi” dejándola a cargo de un tercero como lo es el Estado, ya que esto comprende otro tema de investigación; sin embargo, para conocer parte de las penas se debe saber de este aspecto esencial. La organización social para castigar conductas obedece al juicio de disvalor que hace una comunidad frente a determinadas actuaciones que consideran deben ser tomadas como malas y consecuentemente penalizadas, la mayoría de estas rudimentarias leyes provienen de preceptos religiosos o concepciones morales propias de cada cultura en su momento histórico determinado, es allí cuando se determina que el derecho de castigar se lo otorga la comunidad a determinado sujeto o institución en especial para que se mantenga el bienestar.

a la familia, como la marca o el destierro. En otros momentos históricos, se han utilizado penas económicas o de trabajo forzado, como en el sistema de la colonia penal francesa en la Guayana, donde los prisioneros eran enviados a trabajar en condiciones extremas en las minas y plantaciones.

Las penas han sido tan variadas como las culturas mismas, cabe mencionar que una pena muy temida por los antiguos griegos y romanos era no tener un funeral adecuado, o ser desterrados, ya que el paso a la otra vida era fundamental para estas culturas, tal como es narrado en “La Ciudad Antigua” de Fustel de Coulanges.

Se pueden mencionar los castigos que recaen sobre el cuerpo, siendo el dolor el elemento de la sanción³, aunque no siempre el principal, ya que la esclavitud es otro tipo de pena que se ha mantenido a lo largo de la historia, que incorpora una mezcla entre el sometimiento corporal y la imposibilidad total de la libertad, solo por mencionar algunas penas.

En la actualidad se considera que la pena de la privación de la libertad es proporcional, adecuada, definitiva y necesaria, incluso si es comparada con otro tipo de castigos es considerada humana, que no atenta contra la integridad física, que es acorde con la dignidad humana, o simplemente que ya no es un suplicio intolerable. Se ha transformado las penas para que sean moderadas y proporcionales a los delitos, o como lo menciona Michael Foucault: “se ha instaurado una sobriedad punitiva”. (Foucault, 1989).

A la luz de la evidencia disponible se considera racional considerar que en los códigos penales modernos hay una gran variedad de conductas, unas muy

³ Es válido señalar en este apartado de tormentos físicos la pena vikinga de "blood eagle" (águila de sangre), la cual consistía en abrir la espalda de una persona, separar las costillas de la columna vertebral para que pareciera que las alas de un águila salían de su cuerpo. Esta práctica se menciona en las sagas islandesas y en otras crónicas de la época vikinga. Sin embargo, también hay historiadores que dudan de la veracidad de esta práctica y sugieren que podría ser más un mito que una realidad histórica.

diferentes a otras, en el ordenamiento jurídico colombiano hay más de 360 conductas que están penalizadas; sin embargo, estas actuaciones no son iguales, entonces, ¿por qué a la mayoría de estas se les castiga con la privación de la libertad, acaso es proporcional coartar el derecho a la libertad de circulación en tantas conductas punibles? ¿Qué hace tan especial la privación de la libertad a diferencia de otros castigos?

Hacer un examen de las razones de la imposición de la privación de la libertad como consecuencia de mayor aplicación al transgredir una ley penal es un ejercicio que no resulta fácil, ya que bajo la primera impresión no resulta muy acertado castigar tan amplio número de delitos con la misma pena ¿Es la libertad el único derecho digno de ser restringido para intentar pagar un delito cometido?

Por otro lado, se puede decir que la pena no es igual, ya que varía el tiempo de estadía en un lugar privado de la libertad, a lo cual cabe preguntar ¿Qué elemento tan especial tiene el tiempo de cárcel si materialmente el castigo es el mismo? Si se conoce según el artículo 9 de la ley 65 de 1993 que el fin fundamental de la pena es la resocialización, es decir que el sujeto se pueda reintegrar a la sociedad de un modo positivo, cabe preguntarse ¿Cómo se sabe con certeza que un determinado número de años privado de la libertad es eficaz para que una persona quede resocializada? O también ¿Qué indica que la privación de la libertad sea eficaz como pena para lograr la resocialización?

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los principales problemas para la justificación de la pena de privación de la libertad como consecuencia jurídica principal en las conductas punibles?

JUSTIFICACIÓN.

a. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

El presente trabajo es trascendente, útil, importante y necesario desde la óptica jurídica porque pone en conversación diferentes elementos legales y filosóficos,

tales como la Constitución Nacional en primer lugar, el Código Penal y el Código penitenciario, estos para indicar si la pena de privación de la libertad como medida más aplicada a los delitos desde la perspectiva legal es justificable y si su asidero radica en la parte normativa. Desde la esfera filosófica se traen a colación ideas de pensadores tan relevantes como Platón, Kant, Hegel y Foucault, siendo estos fundamentales para las concepciones del derecho penal moderno, aunado a lo anterior, es necesario decir que no es solo propio de la filosofía el pensamiento abstracto, sino que se inmiscuye la presente investigación en temas literarios, abordando desde una perspectiva genealógica elementos no considerados propios de la prisión pero que han tenido una estrecha relación con ella.

La utilidad del trabajo investigativo se encuentra en la multidisciplinariedad de este, puesto que en la mayoría de los países se tiene la pena de la privación de la libertad como elemento de sus sistemas penales, es decir que no solo se puede situar en un lugar o contexto específico, sino que ayudará a indicar las razones de la preponderancia de esta pena de un modo más amplio.

La importancia que incorpora el trabajo investigativo se encuentra en su ayuda a la comprensión de las razones desde la óptica legal y social sobre el desarrollo e instauración de la pena privativa de la libertad como elemento principal y consecuencia de los delitos. Es válido e importante señalar que su carácter sintético y expositivo no es cerrado para la lectura y estudio únicamente de abogados, ya que quien lo lea se encontrará con un artículo que puede llegar a ser leído por alguien que no esté versado en leyes, de manera tal que sea una investigación socio-jurídica pero que la misma no sea restringida en su contenido sino inclusiva en el mismo.

La necesidad de la investigación radica en lo fundamental de la cuestión a tratar, puesto que la gente concibe que si llegan a cometer un delito serán conducidas a un centro de detención penitenciario o estarán detenidos en sus domicilios; sin embargo, es más difícil conocer por qué la privación de la libertad es aplicada a tan amplio número de conductas y si esta pena es efectiva frente a todos los delitos, ya

que el hecho material de matar, lesional , robar, traficar, falsificar, portar armas etc., no es el mismo en tanto acto fenomenológico, pero todos comportan formal y legalmente la misma sanción jurídica.

b. JUSTIFICACIÓN EXTRAJURÍDICA

Este trabajo investigativo como quedó enunciado líneas arriba busca ser también de lectura para quien no este versado en leyes, es decir que tendrá una importancia social especial, puesto que la imposición de penas es un elemento que se mueve desde lo político, lo económico y lo cultural, es decir que a parte de su importancia jurídica es relevante la investigación en este tipo de campos propios de una sociedad dinámica, cambiante y conflictiva como lo es la colombiana.

Desde la perspectiva política siempre se ha propuesto en un ejercicio de populismo punitivo agravar las penas, o incorporar conductas nuevas a ser penalizadas, no se oblitera que la despenalización es la bandera de varios movimientos políticos; sin embargo, desde la noción de la política es escaso el desarrollo y la importancia que se le ha dado a determinar si la pena de la privación de la libertad como consecuencia jurídica mayoritaria en las conductas punibles es verdaderamente útil, o por qué se acude a esta pena en tantos casos. Es en este sentido que la investigación aquí desarrollada puede llegar a servir desde la óptica sociopolítica.

Resulta imposible no hablar de la importancia que tiene esta investigación desde la noción de la economía, no solo porque la pena de privación de la libertad es un elemento que continuamente es debatido desde las políticas públicas económicas, ya que el Estado es el encargado de dar manutención a las personas privadas de la libertad. En este sentido resulta necesario conocer por qué el Estado mantiene esta figura punitiva sabiendo que la misma es onerosa.

2. OBJETIVOS.

a. OBJETIVO GENERAL

Examinar la pena de privación de la libertad como institución jurídica y consecuencia principal en las conductas punibles.

b. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

1. Analizar la privación de la libertad como sanción jurídica desde un enfoque genealógico.
2. Identificar los tópicos legitimantes del poder punitivo o “ius puniendi” desde la teoría principialística y su relación con la privación de la libertad.
3. Realizar un análisis crítico y sintético de la pena de privación de la libertad en concordancia con los tópicos justificantes del ius puniendi.

METODOLOGÍA.

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

La presente investigación por la temática y elementos que aborda se suscribe al ámbito filosófico jurídico, esto en la medida que aúna componentes de las dos áreas en mención. Se pretende abordar el problema de la justificación de la pena de la privación de la libertad, siendo un problema que no solo se circunscribe al ámbito jurídico, sino que también permea otras disciplinas tales como la filosofía, para analizar el problema es necesario ampliar el área del saber, ya que se abordan elementos propios de la episteme filosófica, tales como un examen a la figura de la prisión. Esta investigación se centra en el estudio de las bases filosóficas y las implicaciones jurídico-dogmáticas en la figura de la cárcel y la pena de privación de la libertad, así como en la comprensión de los principios y valores subyacentes en el derecho de esta figura.

2. ENFOQUE:

El enfoque desde la cual se asume el tipo de investigación es el cualitativo, puesto que se lleva a cabo una descripción de los objetos o elementos tema de estudio, para el caso en consideración y en primer lugar la figura del castigo, la privación de la libertad y la prisión, esto desde el campo filosófico jurídico. Lo que se pretende con esta investigación es obtener una comprensión profunda y detallada de unos

fenómenos humanos como lo son la privación de la libertad y la prisión desde una perspectiva subjetiva y holística, pues se abordarán aquellos elementos o componentes que caracterizan o distinguen cada una de estas instituciones.

3. TECNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

La técnica de recolección de datos o información que se empleará es la revisión bibliográfica documental de documentos escritos tanto de manera física en las bases de datos especializadas que brinda la Universidad, tales como libros, artículos de revistas, tesis, informes, registros y otras fuentes escritas, desarrollando un análisis del contenido de los documentos, pues se examinan y analizan documentos relevantes de acuerdo con la temática abordada, buscando también patrones y señales distintivas de la temática. La finalidad de esta técnica es recopilar información y datos relevantes sobre el tema a desarrollar por medio del análisis de estas fuentes.

4. HIPOTESIS:

La pena de privación de la libertad se justifica de acuerdo con varios principios fundamentales de la justicia penal. Algunos de estos principios son:

Retribución: La pena de privación de la libertad se considera un castigo justo y proporcional para aquellos sujetos que cometen delitos graves y causan daño a la sociedad.

Prevención general: La pena de privación de la libertad se utiliza como medida disuasoria, esto con la finalidad de prevenir la comisión de delitos futuros, ya sea por medio de la incapacitación física del delincuente que surge cuando este está detenido o la amenaza del castigo para impedir a otros simbólicamente cometer delitos.

Prevención especial: La pena de privación de la libertad se utiliza como instrumento para intentar mejorar la conducta negativa o delictual del delincuente y reducir la posibilidad de reincidencia en acciones prohibidas por el derecho penal.

Reparación: La pena de privación de la libertad se ha utilizado como un mecanismo que tiene la finalidad de restaurar el equilibrio social y busca reparar el daño causado por el delito.

Rehabilitación: La pena de privación de la libertad se utiliza como instrumento para proporcionar al delincuente las herramientas, medios y recursos necesarios para mejorar su conducta y readaptarse a la sociedad una vez cumplida la pena.

Es importante señalar que, en la justificación de la pena de privación de la libertad, se debe tener en cuenta los derechos humanos, principios y las garantías procesales, para asegurar que se respete el debido proceso y se eviten violaciones a los derechos humanos.

5. METODO:

El método que guiará esta investigación es de carácter analítico explicativo, esto dado a que se descompondrán los elementos tanto de la pena de privación de la libertad como de la prisión, dicha división de los elementos se realizará desde la arista jurídica con el derecho penal, como desde la arista filosófica con la búsqueda de comprensión de los procesos subyacentes detrás de este fenómeno, lo anterior con el objetivo de simplificar su estudio de acuerdo a las partes que componen cada elemento y lo convierten en un segmento singular, para que una vez tenidos los elementos básicos o conformadores de la pena de privación de la libertad como la figura de la prisión se puedan comprender las causas del fenómeno y como ha sido su evolución hasta nuestros días, puesto que el surgimiento de las prisiones como forma de castigo penal ha sido el resultado de varios factores, incluyendo cambios en las creencias y valores sociales, el crecimiento de las ciudades, el desarrollo de un sistema legal más complejo y las influencias económicas, filosóficas y políticas.

PRIMER CAPITULO.

La privación de la libertad como sanción jurídica desde un enfoque genealógico⁴.

“No se puede mirar una institución penal sin poner en juego todas nuestras ideas sobre el bien y el mal”. (Vattimo, G. (2008). Prólogo. En La cuestión criminal (p. 5). Bogotá, Colombia: Editorial Temis).

“La pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito” (Rodríguez Fernández, R. y Castellano, P. S. 2021), dado que esta surge como respuesta legal al momento en que un sujeto ha traído del mundo de la abstracción penal normativa⁵

⁴“La genealogía se encarga, según Foucault, de analizar la serie de interpretaciones que se sustituyen, desplazan, superponen, en sus respectivas emergencias, “haciéndolas aparecer como acontecimientos en el teatro de los procedimientos” (Foucault, 1971: 146).” (Rudas, 2010, p. 9).

Según Cristina López la genealogía es aquel método que extrae aquel carácter absoluto de la historia. Entendiendo la historia como una disciplina lineal y anodina, la cual solo estudia los eventos cruciales, o también conocidos como sucesos universales. La genealogía afirma los comienzos de la historia donde no se supone que esta el evento crucial o capital, no analiza el origen épico de los hechos, sino los comienzos mundanos de los mismos, y su posible relación con la fuente de poder relativa al periodo histórico de análisis. En palabras de la autora se concibe con mayor precisión la idea, refiriéndose a la genealogía:

Por el contrario, contribuye a descubrir la complejidad irreductible del acontecimiento, no rehúye el carácter paradójico de la historia, no reduce a un único origen causal la variedad de sucesos, sino que reconoce la multiplicidad de umbrales o “comienzos bajos” —según el vocabulario de la genealogía— para cada uno de ellos, e incluso acepta que cada comienzo es el resultado de una de las tantas conjunciones posibles entre prácticas discursivas y tecnologías del poder. (López, 2017, p. 129).

En este sentido es irreductible señalar que desde la filosofía de Foucault existe una distinción teórica entre la arqueología y la genealogía, tal como lo refiere Ana Mercedes Abreo Ortiz, ya que estos son saberes que obedecen a un mismo método, con dos ejes entramados, siendo la arqueología entendida como aquellas reglas que gobiernan, modelan e interpretan los discursos y con ello al hombre mismo, ya que este (el hombre) es un elemento del propio discurso, estando también cruzado por las relaciones de poder. Mientras que la genealogía obedece a que dicho discurso se debe analizar a la luz de un contexto histórico específico, el cual arroja un determinado espacio o lugar donde ese discurso se empleó como estrategia de dominación, teniendo el cuidado de encontrar las discontinuidades e interrupciones de los elementos discursivos, los cuales prima facie no eran analizados, el concepto discursivo mismo se iba reescribiendo con la metamorfosis de los contextos históricos, refiriendo que no hay una identidad primigenia, perfecta o idílica, sino que detrás de las cosas hay algo bien distinto a ellas mismas. (Abreo Ortiz, 2019, p. 83-84).

⁵ Recuérdese que los tipos penales son instrumentos de naturaleza descriptiva, que más allá del sujeto determinado por este, implementan un actuar, ya sea activo u omisivo. La palabra “tipo” proveniente etimológicamente del latín “typus” lo que se puede definir como un símbolo o elemento representativo de una cosa o substancia figurada, o como la imagen principal de algo a lo que se le otorga una fisonomía propia.

hechos que alteran el mundo fenomenológico y por tal motivo es considerado merecedor de una sanción. Etimológicamente el término pena proviene del latín “poena”, el cual traduce o equivale a sufrimiento, dolor o fatiga que es capaz de expiar o purificar de una mala acción cometida.

Por otro lado, el término "prisión" de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española (RAE) proviene del latín "poenitentiarius" que significa "lugar para hacer penitencia". Con el tiempo, esta palabra evolucionó a "poenitentiaria" y posteriormente a "prisión". La idea original era de un lugar donde las personas iban a hacer retenidas para que no escapasen cuando llegare la condena, que no era en sí misma la privación de la libertad, pero con el tiempo se convirtió en un lugar de confinamiento para aquellos que cometieron delitos.

La pena de privación de la libertad como consecuencia jurídica imponible a quienes desacatan un precepto normativo no es algo que surgiera en la época moderna como un instrumento idóneo para disuadir a los criminales o como una medida que busca estar en consonancia con los derechos humanos; sino que este es un castigo que ha existido desde hace miles de años y ha sido más o menos imperante en las sociedades de acuerdo con la época, costumbres, ideales, política, cultura y el desarrollo legal. Es por ello, por lo que se abordará la pena o castigo de la privación de la libertad en primera medida desde una perspectiva genealógica, la cual se enfoca en la identificación de los discursos, prácticas y estructuras de poder que subyacen a una determinada realidad, y posteriormente desde las teorías que justifican este castigo como pena.

Como primer antecedente temporal de la prisión y de la pena de privación de la libertad se recurrirá a la mitología griega, tomados de la mano de Apolodoro se

En la norma penal, el supuesto de hecho (tatbestand en la dogmática alemana) (Roxin 1979), designada como descripción típica, figura legal, figura punible, descripción comportamental, figura típica, así pues, el TIPO es la descripción de la conducta elaborada por el legislador, tal como lo refiere Roxin en su obra “La teoría del tipo penal”.

examinará por qué el mito del minotauro entraña la primera visión solida de la prisión y el prisionero.

Apolodoro en su obra “Biblioteca” (1950: 83-84) se refiere al mito griego del Minotauro en las siguientes palabras:

Cuando Asterio murió sin dejar descendencia, Minos quiso reinar en Creta pero se lo impidieron. Entonces él alegó haberle sido destinado el reino por los dioses; en prueba de ello dijo que le sería otorgado aquello que pidiese. Y al ofrecer sacrificios a Poseidón, le rogó que hiciera aparecer un toro desde el abismo, prometiéndole inmolarlo en cuanto se presentase. Como recibiera de Poseidón un hermoso toro, obtuvo el reino; entonces lo envió a la manada y sacrificó otro en su lugar [...]. Poseidón, irritado contra él por no haber sacrificado el toro, transformó a éste en animal bravío y encendió en Pasífae pasión por la bestia. Ella, enamorada del toro, tuvo por cómplice a Dédalo, arquitecto que había huido de Atenas a causa de un asesinato. Este construyó una vaca de madera, sobre ruedas, la ahuecó y le cosió la piel de una vaca que desolló. Después de colocarla en el prado -donde el toro acostumbraba a pacer, introdujo en ella y al llegar el toro, creyéndola real, tuvo ayuntamiento con ella. De esta unión nació Asterio, llamado Minotauro. Tenía cara taurina, pero el resto de su cuerpo era humano. Minos, aconsejado por ciertos oráculos, lo encerró en el laberinto y lo custodió. El laberinto, cuyo constructor fue Dédalo, era un recinto de complicados ambages, que confundían la salida.

Lo apreciable del mito del minotauro más allá de la espléndida relación de los humanos con los dioses es lo enigmático de la prisión que entraña la narración, puesto que es un laberinto sin una entrada o salida apreciable fácilmente⁶, esto

⁶ El texto de Apolodoro referencia que el laberinto constaba de catorce puertas, así como de catorce aljibes, patios, abrevaderos y pesebres; así como el cuento “La Casa de Asterión” de Jorge Luis Borges, en el cual se reseña también que son catorce las entradas y galerías que componen el laberinto; no obstante, las versiones varían.

convierte a Asterión en un prisionero libre entre la bruma y caos de pasillos y galerías que lo rodean, debido a que puede hacer contacto con el todo que lo rodea, pero no es capaz de dilucidar la luz al final de su intrincada prisión. Aunado a lo anterior, no se puede dejar de señalar la postura pragmática del hacedor del laberinto (Dédalo), puesto que una cárcel con tal nivel de entresijo no requiere guardianes, la arquitectura del complejo es su propia guardia, una astuta decisión en términos económicos, pero contraproducente por lo escrupuloso del diseño que requiere.

Dédalo, el artífice de esta enrevesada hazaña arquitectónica, diseñó un enmarañado complejo sin celdas, pues esta sería una enredada construcción con pasillos interminables, un gigante enjambre de corredores que tejen una red imposible de recorrer, que incluso el mismo Dédalo por poco queda atrapado en el interior de su creación.

La figura mítica del minotauro es descrita como una bestia antropófaga, mitad toro, mitad hombre, producto del más perverso y lujurioso placer, teniendo la porción de su humanidad encarcelada en el interior de su bestialidad. Asterión es un preso por obra del destino ajena a su conciencia, no razona su instintivo actuar y por tal motivo debe ser encerrado y aislado del mundo.⁷

Este mito a la luz de un análisis crítico representa la disputa entre la razón y la brutalidad, tan presente en el mundo griego, en términos de Nietzsche entre lo apolíneo y lo dionisiaco⁸ (Nietzsche, 2001), entre aquel anhelado orden y el

⁷ Es digno de mencionar que fuera su propio padrastro Minos quien tomara la decisión de encerrar a su hijo bastardo, pues este recurso una constante en la mitología griega, siendo que los padres han tenido la necesidad de domar o controlar a sus hijos para no perder el poder ante la beligerancia, lozanía e ímpetu de estos, ejemplo de ello es la castración de Urano por parte de su hijo Cronos, y el propio Cronos (o Saturno) siendo derrotado por su hijo Zeus posteriormente, Minos es otro ejemplo de ello, pues es aconsejado a encerrar este hijo monstruoso en una prisión.

⁸ En la filosofía de Friedrich Nietzsche, "lo apolíneo y lo dionisiaco" son dos fuerzas o principios fundamentales que se encuentran en la cultura y en la vida humana, y que se complementan y se oponen entre sí.

"Lo apolíneo" se refiere a la racionalidad, la claridad, la medida y la belleza ordenada y simétrica, que se manifiesta en la música, la arquitectura y la escultura clásicas, y que se relaciona con el dios griego Apolo, el dios de la razón y la armonía.

imperante caos. En la antigüedad los ciudadanos griegos de las “polis” que narraban esta historia mítica pregonaban su sentido de la civilidad y los dotes que brindaba mantenerse de lado de la razón; (Valle, 1975) sin embargo, el minotauro es la antítesis de esto, pues es el símbolo de los instintos animales atrapados en todos los hombres, instintos poco deseables para los griegos, especialmente los atenienses.

Lo anterior denota desde épocas pretéritas la marginación que existe de la sociedad a las personas privadas de la libertad. Se tiene la concepción que el sujeto que está en la cárcel está en ese lugar porque lo merece debido a su comportamiento reprochado por la comunidad, incluso una vez terminada su estadía en prisión o terminada la pena intramural⁹, es señalado por este motivo, tal como lo señala María Fernanda Ossa López, al decir: “...al salir de prisión no cuentan (las personas) con el acogimiento de la sociedad; todo lo contrario, deben enfrentar su rechazo, la comunidad cierra todas sus puertas aislándolas de plano...” (Ossa, 2016, p. 155).

Por otro lado, este mito también entraña concepciones diversas, de las cuales vale señalar la de Jorge Luis Borges, en su cuento “La casa de Asterión”, perteneciente a su libro “El Aleph” del año 1949. El autor argentino describe al minotauro de un modo diferente, pues deja ver entre sus líneas que la parte de hombre del minotauro llega hasta lo más profundo de su raciocinio, refiriendo que el minotauro ha llegado a pensar sobre la cárcel, su casa ...“también he meditado sobre la casa. Todas las partes de esta casa están muchas veces, cualquier lugar es otro lugar” (Borges, 2010, p. 86,87). Sumado a lo anterior señala también que el minotauro anhela ser

“Lo dionisiaco”, por otro lado, se refiere a la pasión, el instinto, la energía y la creatividad desenfrenada, que se manifiesta en la música, la danza y el teatro, y que se relaciona con el dios griego Dioniso, el dios del vino y la orgía.

Nietzsche argumenta que estas dos fuerzas son complementarias y necesarias para la vida humana y la cultura. Por un lado, lo apolíneo proporciona un sentido de orden y de belleza que hace posible la organización y el desarrollo de la sociedad y de la cultura. Por otro lado, lo dionisiaco proporciona una fuente de energía y de creatividad que desafía y renueva constantemente las estructuras establecidas.

⁹ Se hace la salvedad, de la prisión domiciliaria dado que esta entraña otro tipo de bemoles y particularidades diferentes a la prisión en centro cerrado.

liberado de su prisión, esbozando las penurias que vive en su cautiverio, dando por sentado su conocimiento que para ser liberado debe ser asesinado.

Con la anterior narración de Apolodoro se colige que desde la antigüedad no era algo extraño encerrar a los seres indeseables, o que han cometido desavenencias contra una figura de poder, confinándolos en lugares oscuros y lúgubres. Ejemplo de esto es el aprisionamiento y penurias que deben soportar los titanes en el tártaro u otros escenarios mitológicos, castigos impuestos por parte de los dioses del Olimpo griego, esto derivado del evento conocido como la “Titanomaquia”, (Jünger, 2015) en su obra “Mitos Griegos” señala respecto a las penas de los titanes que:

El titán vencido es una imagen del sufrimiento. Derrotado, arrojado hacia los abismos de la tierra, condenado a una pasividad en la que sólo acarrea, levanta y se apoya, se asemeja a una cariátide que soporta una carga. Su espalda se arquea, sus venas y sus músculos se hinchan, como los de Atlas, que siente sobre sus espaldas y su nuca el peso de la tierra.

Una vez tenida una perspectiva del comienzo desde lo mítico¹⁰ de la figura de la privación de a libertad se hablará brevemente de la evolución histórica de esta, sin dejar de lado el enfoque genealógico, tomando como referente la historia occidental de la humanidad, la cual es la que más se ha inmiscuido y permeado en el derecho penal actual.

En la Grecia clásica (500 a.C.- 323 a.C.)¹¹ el desposeimiento de la libertad tenía la finalidad de retención del “procesado”; no obstante, dichas prisiones se valían de

¹⁰ Los mitos entrañan una importancia fundamental para las sociedades porque brindan un sentido de identidad y unidad a los miembros de la comunidad. Además, proporcionan un marco de referencia moral y cultural que guía la conducta individual y colectiva, y ofrecen una explicación de la realidad y de los acontecimientos. Los mitos también pueden transmitir valores y tradiciones de generación en generación. Los mitos son un componente fundamental de la cultura y la sociedad que ayudan a establecer la cohesión y la continuidad a lo largo del tiempo.

¹¹En la historia griega se deben concebir distintos periodos, en primer lugar, la antigua Grecia, desde aproximadamente el año 1200 a.C abarcando desde la edad oscura de Grecia y la invasión dórica, hasta el año 146 a.C con la conquista por parte de Roma en la batalla de Corinto. Muchos historiadores referencian el periodo de la antigua Grecia entre el 776 a.C, con los primeros juegos olímpicos celebrados según Diodoro

espacios naturales como cuevas o cavernas, o espacios creados por el hombre pero sin tener la finalidad exclusiva de aprisionar personas, pues eran usadas como cárceles las canteras abandonadas, a las cuales simplemente se les añadía rejas en su entrada, tal como es señalado por el maestro Carlos Gabriel Salazar al afirmar que "En Grecia mantenían a los presos en galerías de minas abandonadas, como la levantada por Dionisio de Siracusa, abierta en la roca, con 625 pies de largo y 200 de ancho". (Salazar, 2009, p. 160)

Se pueden mencionar otros grandes eventos en los cuales aparece esta pena como instrumento de sanción jurídica, dentro de los cuales cabe mencionar la estadía en prisión por parte de Sócrates en el año 399 a.C., evento narrado por Platón en el texto "Apología a Sócrates", celebre entre otras cosas, por la invitación de sus discípulos a escapar de la celda donde era cautivo. (Cantú, C, 2004, p. 168)

No sería preciso en este recuento histórico obliterar el papel de Roma que, desde su fundación en el año 753, a.C. impuso sanciones más o menos crueles tales como las multas, confiscación de bienes, el destierro, la pérdida de derechos políticos y civiles¹², la prisión, la mutilación y la pena de muerte, entre muchas otras, siendo especialmente celebre la crucifixión como método de ejecución, siendo su mayor representante Jesús de Nazaret¹³, siendo este tipo de penas, las que se dispersaron

Sículo, hasta la muerte de Alejandro Magno en el 323 a.C, dicho evento le da paso al periodo conocido como helenístico.

Siendo el periodo de mayor esplendor griego el denominado como la "Grecia clásica", en este lapso se llevaron a cabo obras tales como el Partenón, la reconstrucción del templo de Artemisa en Éfeso (una de las siete maravillas del mundo antiguo), eventos cruciales como las guerras médicas y la guerra del Peloponeso, pasando por el siglo IV a.C, con las campañas de expansión de Alejandro Magno (356 a.C-323 a.C) que llevaron la cultura griega hasta la India.

¹² Para un romano libre la pérdida del "status libertatis" era peor agravio que la muerte misma, dado que la categoría de ciudadano romano libre iba más allá de la muerte, teniendo efectos jurídicos de especial importancia.

¹³ Se destaca que dentro de las penurias que sufrió el Rabí de Galilea se encuentra también la privación de la libertad, pero dicha pena la vivió de un modo poco convencional, ya que como se narra en el texto de Juan Antonio Martos Núñez, relativo a los aspectos jurídico penales y procesales del proceso de Cristo el mismo antes de ser flagelado fue atado a una pequeña columna de piedra, la cual le imposibilitaba la movilidad, siendo esto también un mecanismo para retener a los procesados, privándolos de locomoción, o parafraseando a Martos Núñez (1994), durante el proceso de Jesús, dos legionarios lo situaron frente a una de las pequeñas columnas utilizadas para amarrar las riendas de las caballerías. Uno de los legionarios ató sus

por Europa con el pasar de los siglos y con la expansión territorial de los hijos de Rómulo.

En consideración a lo anterior se puede referenciar la privación de la libertad del líder tribal Vercingétorix, jefe de las tribus unidas de la Galia contra Roma en tiempos de Cayo Julio César¹⁴, el cual después de la derrota ante las legiones romanas en la batalla de Alesia en el año 52 a.C. (Cantú, C, 2004, p. 331) fue hecho preso en Roma, Vercingétorix en su estadía como prisionero de los romanos ostentó una función simbólica, fue usado por César como trofeo en las celebraciones de sus victorias en las Galias, (Pavón Torrejón, P, 2003, p. 171). Siendo Vercingétorix quizás el primer preso político de la antigüedad.

En la Roma del periodo republicano¹⁵ hasta bien entrada la etapa del imperio, tomando como punto de partida el año 100 a.C., con el nacimiento de Julio Cesar, hasta la promulgación del Edicto de Milán en el año 313 d.C., por parte de

muñecas por delante y lo obligó a inclinarse hacia la columna de piedra, amarrando la cuerda a la argolla metálica que la coronaba (p. 614).

¹⁴ Para más información sobre la vida del célebre romano Cayo Julio César se recomienda al lector los textos de Suetonio y Plutarco, que respectivamente son “Vida de los doce césares” y “Vidas paralelas: Alejandro y César”.

¹⁵ Para hacer frente al final de la época republicana es históricamente útil señalar que desde el año 90 a. C., hasta el año 27 a. C., Roma sufrió cuatro guerras civiles que desembocaron con el final de la república para dar paso al imperio, estas guerras intestinas se produjeron con la finalidad de hacerse con el poder en la urbe. La primera de estas guerras civiles tuvo cabida del año 88 a. C., hasta el año 81 a. C., enfrentando a Lucio Cornelio Sila Félix (Sila) y Cayo Mario, dejando como resultado la victoria de Sila sobre Mario. La segunda guerra civil tuvo cabida entre los años 49 a. C., y 45 a. C., enfrentando al popular Cayo Julio César y al optimato Cneo Pompeyo el Grande, también conocido como Pompeyo Magno, dejando como resultado la victoria de Julio Cesar y su nombramiento como “dictator perpetuo”. La tercera guerra civil romana tuvo su desarrollo entre los años 43 a. C., y 42 a. C., enfrentando a los seguidores de Cesar entre los cuales estaban Cayo Octavio Turino (Augusto Cesar), Marco Antonio y Marco Emilio Lépido quienes formaron el segundo triunvirato, contra los asesinos de Cesar o anti cesarianos, cuyos principales exponentes fueron Cayo Casio Longino y Marco Junio Bruto, esta guerra civil dejó como resultado la victoria para el segundo triunvirato. Finalmente, la cuarta guerra civil que termina por poner los clavos en el ataúd de la república romana fue la ocurrida entre Octavio y Marco Antonio durante los años 30 a 32 a. C, dejando como resultado la victoria de Octavio, convirtiéndose así en el primer emperador de Roma, dando paso a su periodo imperial (Cantú, C, 2004, p. 307 ss.). Por el complicado panorama político de la época la pena imperante era el exilio, tal como lo tuvo que hacer Marco Licinio Craso en su juventud, otras penas como las mutilaciones o la muerte eran muy empleadas; sin embargo, la prisión no era tenida como una pena en sí, sino como un preludio a la verdadera sentencia.

Constantino (Cantú, C, 2004, p. 473) tuvo un papel especial la figura de la privación de la libertad.

En este lapso dicha figura fungió como una medida para que quien fuera sentenciado no escapara, es decir, su finalidad no era la expiación por parte de los sujetos, sino que era un prefacio para el verdadero castigo a imponer, tal como lo afirma el Doctor Carlos Salazar, al afirmar sobre las cárceles en este periodo ...”los romanos erigieron las prisiones sólo para asegurar al delincuente, dado que las penas eran mutilantes, flagelantes o la muerte; por ello Ulpiano sentenciaba que la cárcel debe servir no para el castigo de los hombres sino para su guarda”. (Salazar, 2009, p. 161).

En torno a la edad media¹⁶ (Torres Fumero, C. O. & Pérez Monzón, R, 2020, p. 22) se instituyeron como prisiones los calabozos o celdas subterráneas (catacumbas) existentes en los castillos, fortalezas o palacios, lugares donde eran recluidos todo de tipo de personas, ya sean sujetos con problemas mentales, mujeres adúlteras, niños y rufianes, los cuales esperaban pacientemente su dolorosa ejecución pública.

En este momento histórico surgen dos tipos de prisiones; a considerar, por un lado, las cárceles estatales o también llamadas de custodia y en segundo término las prisiones de índole religioso¹⁷, en las cuales se recluía a religiosos y sacerdotes; sin

¹⁶ La edad media tiene su génesis en el año 476 d.C., con la caída del imperio romano de occidente a causa de las invasiones bárbaras provenientes del norte de Europa y el Asia central. La denominada edad media pasa por tres periodos principales, llamados como la alta edad media, media edad media y baja edad media (Torres Fumero, C. O. & Pérez Monzón, R, 2020, p. 22). Este lapso de aproximadamente mil años culmina con la caída de Constantinopla en el año 1453 a manos de los turcos otomanos comandados por el sultán Mehmed II. Otros refieren que la edad media culmina con la llegada de Cristóbal Colón a América en 1492 (Cantú, C, 2004, p. 903 ss.); no obstante, cualquiera de las fechas indicadas es cercana en el tiempo una con la otra. Se resalta que la edad media culmina con el inicio del periodo renacentista, el cual tuvo lugar en Florencia, actual Italia entre los siglos XV y XVI

¹⁷ Se puede decir que con la crecida del catolicismo en el medioevo el poder estatal se fusiona con el poder eclesiástico, haciendo unívoco el discurso referente al poder y con ello unificando la estructura del ius puniendi, pues se confundía la figura del delito con el pecado y a consecuencia de esto el castigo era de corte expiatorio contra la integridad de los estados monárquicos como la integridad del poder pastoral en términos de Foucault.

embargo, las finalidades de éstas son distintas. La cárcel estatal de custodia busca que se degrade al ser humano que está en ella, mientras la cárcel eclesiástica estaba cimentada en la idea de la redención (Salazar, 2009, p. 162).

La sanción penal en este periodo histórico se basa en el tormento sobre el cuerpo, en tratar de redimir al pecador o delincuente mediante el dolor, ejemplo de esto son los juicios de Dios y las ordalías, eventos donde la pena era de corte teatral y ritual. La privación de la libertad no era tenida como una pena en términos modernos, pues la concepción de restricción del ejercicio de derechos mediante el encarcelamiento no se tenía formada. Tal como es afirmado por Salazar en una cita de García:

“Tanto el derecho punitivo de las antiguas sociedades, como el medieval y solo en muy escasa y restringida medida el renacentista, no tienen necesidad de la sanción privativa de la libertad entre su aparato represivo. Como pena la desconoce, pues la vida, corporales, infamantes y pecuniarias, de forma principal, forman el sustento del castigo a imponer a los que atenta contra el orden establecido” (García, 1974, p. 8, como se citó en Salazar 2009).

Posteriormente, y entrados en la modernidad, periodo comprendido entre 1453 con la caída de Constantinopla y 1789 con la gloriosa revolución francesa surgen cambios sociales llevados en primera medida por el Renacimiento¹⁸, la filosofía¹⁹, el iluminismo, el enciclopedismo, la ilustración y la revolución industrial, (Cantú, C, 2004, p. 1069, 1154 ss.) dichos cambios desembocan en una concepción diferente de la pena y con ello de la privación de la libertad.

Con el advenimiento de los Burgos y el cambio del modelo económico feudal a un modelo basado en la producción de corte liberal cambia la percepción de la pena,

¹⁸ Cuyos máximos exponentes son Miguel Ángel, Rafael, Sandro Botticelli, William Shakespeare, Galileo Galilei, Nicolaus Copernicus y Leonardo da Vinci, solo por mencionar algunos, los cuales destacaron desde la arista artista, arquitectónica, literaria, científica y filosófica.

¹⁹ Es digno señalar que Descartes publica en 1637 el "Discurso del Método" y en 1641 "Las Meditaciones Metafísicas", obras esenciales para la filosofía humana, tal como señala Hegel al esgrimir que "Descartes es un héroe del pensamiento".

pues los capitalistas se percatan del valor de la fuerza de trabajo que existe en la corporeidad humana. Tal como lo afirma Torres Fumero y Pérez Monzón: “El complejo paso del modo de producción de feudal al capitalista trajo como consecuencia que en menos tiempo y con menor costo se pudiera producir más: es decir, que se aumentaba la productividad y por tanto se incrementaba la producción”. (Torres Fumero, C. O. & Pérez Monzón, R, 2020, p. 252)

Ejemplo de lo anterior, en el campo del derecho penal es el postulado del autor italiano Cesare Beccaria en su obra "De los delitos y de las penas" (1764) al señalar que la muerte es un tormento corto e instantáneo para quien infringe una ley, mientras que el trabajo prolongado en condiciones de cautividad es lo más aconsejado para el sufrir del alma humana, así lo describe el autor:

No es lo intenso de la pena, sino su extensión, lo que produce mayor efecto sobre el ánimo de los hombres; porque a nuestra sensibilidad mueven con más facilidad y permanencia las continuas, aunque pequeñas impresiones, que una u otra pasajera, y poco durable, aunque fuerte. (Beccaria, C, 2015, p. 57-58).

Es en este periodo que los hombres se percatan del valor que posee la fuerza de trabajo, poniendo especial atención en la mano de obra que se puede obtener de las personas que está inmersas en un proceso penal, es así que Beccaria relega la muerte como necesaria en dos casos puntuales, el primero de ellos es cuando un sujeto tenga tal poder o relaciones que aun estando privado de la libertad pueda atentar contra la seguridad de la nación, el segundo evento donde se ve necesaria la muerte es cuando únicamente mediante la muerte de un sujeto se disuade o detiene a otros de cometer infracciones o delitos (Beccaria, C, 2015, p. 57).

El principio de utilidad que postula Beccaria rechaza la pena de muerte, pues no hay disminución efectiva del delito con la aplicación de esta pena; no obstante, este principio también resguarda elementos económicos propios del sistema capitalista, pues se ve el valor que se puede obtener de la fuerza de trabajo del sujeto

desposeído de su libertad, mientras que no se ve ningún valor en el hombre que ha sido ejecutado. Es así como se prefiere la privación de la libertad, los trabajos forzados y el disciplinamiento, siendo esta triada la columna vertebral del modelo privativo de la libertad actual, en detrimento de la pena de muerte, sanción imperante en la edad media, la cual solo dejó una pila de cadáveres sobre el cadalso.

Aunado a lo anterior Immanuel Kant propugna en su obra publicada en 1785 “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, en la segunda formulación del Imperativo Categórico (que hasta nuestros días sigue tomando la Corte Constitucional frente a la dignidad humana) el argumento ético que señala que los hombres deben ser tratados como un fin en sí mismo y no como medios, o en los términos del filósofo de Königsberg:

Cada ser racional existe como un fin en sí mismo y no sólo como un medio para usos arbitrarios de otro, y por tanto debe en todas sus acciones, tanto en las que se refieren a sí mismo como en las que se refieren a cualquier otro ser racional, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin. (Kant, I, 2011, p.57).

Con el advenimiento de las revoluciones industriales y del modelo económico capitalista el modo de concepción de la privación de la libertad también cambia, en el siglo XIX las cárceles tuvieron la concepción de ser vistas, construidas y administradas como fábricas de producción, con una mano de obra barata y disciplinada, que pudiera ser utilizada en la industria y el comercio. En palabras de Foucault: "La cárcel se transforma en fábrica, en lugar de castigo y venganza se convierte en un dispositivo de producción que toma cuerpo, tiempo y actividad" (Foucault, 2009, p. 213).

En contraste con la concepción de la pena de la edad media, ya no existe en la concepción de la prisión como fabrica una suma majestad a la cual se le debía respetar, un criterio de nobleza en la pena o de sacralidad del propio castigo, se ha

masificado la delincuencia de un modo similar como se masifico la producción de bienes, lo anterior así expresado por Foucault:

En lugar de un rey, había un director; en lugar de un palacio, una fábrica; en lugar de una corte de justicia, un consejo de administración compuesto por los mismos accionistas que nombran al director y controlan su gestión. Para los prisioneros no había ya nobleza, clero ni tercer estado, sino únicamente una masa uniforme y homogénea de delincuentes. (Foucault, 2009, p. 199).

Este cambio en la función de las cárceles fue influenciado por la obra del filósofo inglés Jeremy Bentham y su teoría del panóptico, que propugnaba un sistema de vigilancia y control de los prisioneros a través de la arquitectura de las cárceles. De esta manera, la prisión pasó a ser vista como un medio de control social y un instrumento para mantener la disciplina y el orden en la sociedad capitalista.

Según Foucault, la “cárcel-fábrica” no logró cumplir su propósito de rehabilitación y reeducación de los prisioneros, sino todo lo contrario, pues se convirtió en un mecanismo de opresión y control aún más efectivo que la cárcel tradicional. Al hacer que los prisioneros trabajaran en tareas repetitivas y monótonas durante largas horas al día, la “cárcel-fábrica” fomentaba la disciplina y la sumisión, pero no incentivaba la reflexión crítica o la capacidad de cuestionar el sistema. Además, la explotación laboral de los prisioneros generaba ganancias para los dueños de las fábricas y las autoridades carcelarias, pero no para los propios prisioneros, quienes eran pagados con salarios irrisorios o en algunos casos, ni siquiera recibían remuneración alguna. La “cárcel-fábrica” era un ejemplo más de la creciente racionalización y control del poder en la sociedad moderna, pero que no cumplía su promesa de reforma y readaptación de los individuos. (Foucault, 2009).

Es así como se tiene el precedente genealógico desde las antípodas de la mitología griega que la privación de la libertad ha sido una pena que se integra con los esquemas del castigo, pues comporta un sufrimiento para quien lo sufre y una especie de reparación simbólica para el agraviado, ya sea una víctima particular o

el Estado. Con lo anterior se entiende que la pena de privación de la libertad funciona como medio punitivo desde épocas pretéritas; sin embargo, este medio no ha sido el predominante a lo largo de la historia, solo era el abre bocas para el plato fuerte de la pena, que consistía en generar suplicio y tormento sobre el cuerpo, Foucault señala que un suplicio es una “pena corporal, dolorosa, más o menos atroz, el suplicio se halla tan fuertemente incrustado en la práctica jurídica que se debe a que es revelador de la verdad y realizador del poder” (Foucault, 1989).

A lo largo de este recorrido histórico de corte genealógico, se ha podido observar una evolución en la estructura sistemática del encarcelamiento como institución socio-penal. A partir de un análisis sintético, se pueden identificar seis postulados o criterios orientadores que aún hoy en día se encuentran presentes en la pena de privación de la libertad. Estos postulados se construyen gracias a las ideas de grandes pensadores como Beccaria, Hegel, Kant, John Howard, Bentham y muy especialmente Michael Foucault entre muchos otros, y también a los contextos históricos en los que vivieron. Así convergen las siguientes premisas:

1. Se satisface la visión racionalista de equilibrio, precisión y proporción del castigo, con lo cual se logra ajustar la magnitud de la pena, de acuerdo con la severidad del delito.
2. La concepción de la libertad ha llegado a una posición destacada, otrora el infractor si no era ejecutado era considerado un esclavo o un sujeto con capacidad de obrar limitada.
3. Se adoptan en la pena las nociones emergentes de orden, disciplina, correcta asignación del tiempo y aprovechamiento del espacio.
4. Es útil coartar la libertad para las demandas del naciente modelo económico capitalista.
5. Los criterios de arrepentimiento y la compunción provenientes del cristianismo se materializan de manera adecuada mediante el encarcelamiento.

6. El castigo tiene una correspondencia con el fortalecimiento y afianzamiento del derecho penal como una rama del derecho público.

En consonancia con los seis postulados anteriores las prácticas judiciales actuales, ya no tienden hacia el suplicio y la crueldad, o como lo llama Foucault “la técnica del poder sobre el cuerpo” (al menos en la mayoría de los países con Estados protectores de los derechos humanos). El derecho penal se ha convertido en el escenario principal de las garantías y límites al derecho, tal como lo señalan Bustos y Hormazábal en su texto “Control social y derecho penal”, pues un Estado Social de Derecho no puede acudir al castigo basado en el dolor para aplicar sus penas, o en términos de Foucault “no se trata de castigar más, sino de castigar mejor” (Foucault, 2009).

La privación de la libertad como sanción jurídica no tiene un origen único y claro, pero si tiene un comienzo rastreable, pues surge de un proceso histórico y social complejo que se remonta a la Grecia clásica, Roma, pasando por la Edad Media, siendo marcada por transformaciones políticas, económicas y culturales hasta llegar a la modernidad; no obstante, se debe señalar con especial relevancia que la idea actual de la pérdida de la libertad obedece a lo acontecido en Europa en los siglos XVIII y XIX, ya que es el resultado de las ideas de la ilustración, no de un concepto trabajado por el propio derecho penal como tal. A lo largo de la historia, la prisión ha pasado de ser vista como una forma más “humanitaria” y “racional” de castigo a convertirse en un instrumento de control y disciplinamiento social. Zaffaroni esgrime de una manera muy didáctica lo anterior al decir que:

Contra lo que usualmente se cree la prisión es un invento europeo bastante reciente y difundido por el neocolonialismo, pues con anterioridad al siglo XVIII se la usaba para deudores morosos y como prisión preventiva, es decir, en espera del juicio. La privación de la libertad como pena principal es un producto del iluminismo, sea por la vía del utilitarismo (para imponer orden interno mediante la introyección del vigilante) o del contractualismo (como

indemnización o reparación por la violación del contrato social). (Zaffaroni, 2008, p. 66).

Para culminar, en el contexto de la modernidad se han desarrollado nuevas formas de entender el castigo, con posturas que cuestionan la eficacia y la justificación ética de la privación de la libertad como sanción jurídica, llegando incluso al abolicionismo penal. Desde un enfoque genealógico, es necesario analizar críticamente la historia y las prácticas de la pérdida de la libertad para comprender mejor sus fundamentos y consecuencias, y para pensar alternativas más justas y analíticamente efectivas de sanción y rehabilitación en el ámbito jurídico.

SEGUNDO CAPÍTULO.

Los tópicos legitimantes del poder punitivo o “ius puniendi” desde la teoría principalística²⁰ y su relación con la privación de la libertad²¹.

*“Un Estado de derecho debe proteger al individuo no solo **mediante** el derecho penal, sino también **del** derecho penal”. (Roxin, 1997, p. 137).*

En los Estados conformados como Estados sociales de derecho, respetuosos de las libertades individuales y colectivas resulta complicado encontrar una justificación consistente del ius puniendi, por un lado, se tiene la garantía plena de derechos reconocidos, los cuales deben ser salvaguardados por el Estado, tal como se plasma en el artículo segundo superior²² y por otro lado es el mismo Estado el

²⁰El autor Robert Alexy en su obra Teoría de los derechos fundamentales afirma que un principio es una norma jurídica fundamental que establece un mandato de optimización y que debe ser cumplida en la medida de lo posible. Alexy sostiene que los principios son mandatos de optimización porque ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Según Alexy, los principios tienen tres características principales:

Ponderabilidad: Los principios pueden entrar en conflicto entre sí, lo que requiere que se realice una ponderación o balance entre ellos para determinar cuál tiene mayor peso en una situación concreta.

Aplicación gradual: Los principios deben aplicarse de manera gradual, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. No se espera una aplicación absoluta e inmediata de los principios, sino que se busca su realización en la mayor medida posible.

Efecto directo: Los principios tienen un efecto directo en la resolución de casos concretos y deben ser considerados por los jueces al tomar decisiones. Los principios guían la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Para Robert Alexy, los principios son normas jurídicas fundamentales que establecen mandatos de optimización, requieren una ponderación entre ellos, se aplican gradualmente y tienen un efecto directo en la resolución de casos concretos. (Alexy, R., 2019).

²¹ Michel Foucault ha abordado el tema del poder punitivo en sus obras. Según él, los tópicos o elementos legitimantes del poder punitivo son la legalidad, la proporcionalidad, la finalidad y la humanidad. Estos elementos, en lugar de limitar el poder punitivo del Estado, lo refuerzan y lo legitiman. (Foucault, 2009).

²² El artículo segundo de la Constitución Nacional en su tenor reza:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 2)

facultado para ejercer el derecho a castigar, siendo esta también una función del Estado.

Planteado este escenario emerge una tensión para el Estado (Zaffaroni, 2008), pues debe castigar respetando los derechos fundamentales y derechos humanos reconocidos, es así como se detenta el ius puniendi con ciertos límites. Es allí donde ingresa el derecho penal, ya que es esta rama del derecho junto con el derecho constitucional el que limita las facultades del poder instituido a castigar, reduciendo al ius puniendi a ciertos espacios específicos, disminuyendo lo atroz que puede comportar en sí el ius puniendi. En tal sentido el derecho penal no protege ni salvaguarda los bienes jurídicos, sino que reduce el poder monopolístico de la violencia estatal²³ en términos de Max Weber.

Llegados a este punto y presentada la anterior dicotomía resulta imperioso mencionar aquellos elementos legitimantes del poder punitivo. Los elementos legitimadores del poder punitivo son aquellos factores que justifican la imposición de penas y que hacen que estas sean consideradas legítimas y aceptables por la sociedad. Para fundamentar este poder, se han recurrido a diversas teorías, siendo fundamental en los Estados sociales y democráticos de derecho la teoría principialista. Esta teoría se basa en los principios, siendo estos entendidos por el filósofo del Derecho Robert Alexy como “mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la medida de lo posible” (Alexy, R., 2019), por otro lado, hay autores que los identifican como axiomas jurídicos; empero, es un tema que genera matices.

Bajo este entendido los principios en el Derecho penal son elementos tales como la legalidad, que establece que el poder punitivo debe estar respaldado por leyes preexistentes y claras; la proporcionalidad, que exige que la pena sea adecuada al delito cometido; la finalidad de la pena, que busca objetivos como la prevención general y especial; la igualdad, que asegura un trato equitativo ante la ley; y la

²³ Es por ello por lo que el Código de Procedimiento penal vigente (ley 906/2004) inicia con los principios rectores y garantías procesales, desarrollando 27 artículos impregnados del mayor respeto y garantismo a los derechos posible.

humanidad, que implica respetar la dignidad y los derechos fundamentales de las personas, incluso de los infractores. Estos elementos se consideran fundamentales en la justificación del poder punitivo del Estado". (Velázquez Velázquez, 2018).

2.1. Principio de Legalidad.

El principio de legalidad²⁴ es un elemento fundamental del poder punitivo, el cual establece que solo pueden ser sancionadas las conductas que se encuentran previamente tipificadas en la ley (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). Este principio se encuentra consagrado en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en las constituciones y códigos penales de diversos países. En el caso de Colombia esto se encuentra instituido en el artículo 29 superior²⁵.

Uno de los autores que ha abordado en profundidad este principio es el jurista italiano Luigi Ferrajoli, quien lo ha definido como "la exigencia de que los comportamientos puedan ser sancionados solo en virtud de leyes preexistentes, claras, precisas y accesibles" (Ferrajoli, 2007, p. 96). Según este autor, el principio de legalidad es un elemento esencial del Estado de derecho, ya que garantiza que la actuación del poder punitivo esté sujeta a límites claros y previsibles.

Aunado a lo anterior Ferrajoli sostiene que el principio de legalidad tiene varias implicaciones, entre las cuales destaca la exigencia de que las leyes penales sean claras y precisas, evitando las anfibologías, para que los ciudadanos puedan

²⁴ Foucault argumenta en "La verdad y las formas jurídicas" que la legalidad, que establece que solo se puede castigar lo que está expresamente prohibido por la ley, es un elemento que legitima el poder punitivo al crear la ilusión de que el Estado está limitado por la ley y que el castigo es justo y legítimo. (Foucault, 1977).

²⁵ El artículo 29 constitucional en su tenor reza:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En todo proceso se asegurará el derecho al debido proceso, la defensa y la igualdad de las partes. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a un defensor de su elección, o de oficio, si no lo nombra o no lo tiene. La ley de terminará los casos en que se dará esta última circunstancia y señalará los deberes y calidades del defensor de oficio. (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 29)

conocer de antemano cuáles son las conductas prohibidas y las sanciones correspondientes, evitando que la población sea sancionada penalmente sin saber por qué, tal como ocurría en la edad media.

Asimismo, el maestro italiano destaca la importancia de que las leyes penales sean interpretadas de manera restrictiva, es decir, que no se apliquen analógicamente ni se amplíen por vía jurisprudencial más allá de lo que establece el texto legal. También señala que las normas penales en todo momento deben ser interpretadas y aplicadas en concordancia con el principio “pro homine” buscando la ley más favorable para que sea aplicada en detrimento de la desfavorecedora.

2.2. Principio de Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad²⁶ es otro de los elementos legitimantes del poder punitivo, este exige que la gravedad de la pena impuesta debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido (*lex proportionem servare debet*). En este sentido, el principio de proporcionalidad limita la arbitrariedad en la imposición de las penas y garantiza que estas sean justas y adecuadas al caso concreto de aplicación. Tal como lo ha señalado el jurista alemán Claus Roxin en su obra “Política criminal y sistema del derecho penal” al establecer que la sanción penal se adecua en consideración con la acción típica desplegada por el agente, buscando siempre que dicha sanción sea efectiva en términos de protección de los propios derechos del sujeto, buscando un punto de equilibrio entre la afectación y la salvaguarda.

En palabras de Roxin (1997), "la pena es proporcional cuando está ajustada al hecho punible en su significado, y se determina de tal modo que las exigencias de la protección de los bienes jurídicos quedan aseguradas con el menor sacrificio posible de los derechos del infractor y de los bienes protegidos (p. 488).

²⁶ En cuanto a la proporcionalidad, Foucault sostiene que es un elemento que legitima el poder punitivo porque crea la ilusión de que el castigo es justo y adecuado a la gravedad del delito cometido. (Foucault, 2009).

También lo refiere el autor alemán en su obra "Derecho Penal Parte General" al manifestar que:

Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico. (Roxin, 1997, p. 65-66).

La proporcionalidad también se puede entender como una relación entre la pena y el fin de la pena, es decir, la protección de los bienes jurídicos. En este sentido, el maestro español Jesús María Silva Sánchez (2003) sostiene que la pena debe ser proporcional no solo en términos de la gravedad del delito, sino también en relación con el fin de la pena, que es la protección de los bienes jurídicos. Para Silva Sánchez, "la exigencia de proporcionalidad significa que la pena debe guardar una relación adecuada con la gravedad de la infracción y con el fin que se pretende alcanzar con ella" (p. 151).

2.3. Principio de Finalidad de la Pena.

Según el autor español Luis Arroyo Zapatero, la finalidad²⁷ de la pena es una de las características fundamentales del derecho penal. En su obra "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", este jurista sostiene que la pena tiene como finalidad primordial la defensa del bien jurídico protegido por la norma penal infringida, y que dicha defensa debe hacerse mediante la imposición de una sanción justa y proporcional al daño causado (res finem facit).

²⁷ En relación con la finalidad, Foucault argumenta que es un elemento que legitima el poder punitivo al crear la ilusión de que el castigo tiene como objetivo la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente, en lugar de ser una venganza del Estado. (Foucault, 1977).

Por su parte, el jurista alemán Claus Roxin ha sostenido que la finalidad de la pena en términos generales refiere a la especificidad de la pena sui generis, en los términos del autor:

Del cometido del Derecho penal y por tanto de las disposiciones penales hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto. Si el Derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado. Sin embargo, con ello no está decidido, sin más, de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho penal. A esta pregunta responde la teoría sobre el fin de la pena, la cual, ciertamente, siempre tiene que referirse al fin del Derecho penal que se encuentra detrás (algo que muy a menudo no se toma suficientemente en consideración). (Roxin, 1997, p. 81).

En este entendido la finalidad hace referencia a la prevención especial y general del delito.

La noción de la prevención especial situada en la pena de privación de la libertad se utiliza como instrumento para intentar mejorar la conducta negativa o delictual del delincuente y reducir la posibilidad de reincidencia a futuro en acciones prohibidas por el derecho penal (Roxin, 1997).

En su obra "Derecho Penal. Parte General", Roxin explica que la prevención especial "consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos" (Roxin, 1997, p. 85). Esta noción de la prevención general especial remite a las nociones de las teorías relativas de la pena por el objeto de análisis sobre el cual orbita. "La teoría de la "prevención especial", al contrario de la concepción de la pena retributiva, "absoluta", es una teoría "relativa", pues se refiere al fin de prevención de delitos". (Roxin, 1997, p. 85).

La concepción de la prevención general enfocada en la pena de privación de la libertad se utiliza como medida disuasoria, esto con la finalidad de prevenir la comisión de delitos futuros, ya sea por medio de la incapacitación física del delincuente que surge cuando este está detenido o la amenaza del castigo para impedir a otros simbólicamente cometer delitos, en tal medida, se ve el fin de la pena así:

Refiere a la influencia que ejerce (el derecho penal)²⁸ sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instituida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no **especialmente** sobre el condenado, sino **generalmente** sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general. (Roxin, 1997, p. 89).

En síntesis, desde el enfoque de Roxin la prevención general busca disuadir a la sociedad en general de cometer delitos, mientras que la prevención especial busca disuadir al delincuente en concreto de cometer nuevos delitos.

El autor italiano Luigi Ferrajoli, en su obra "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", también ha abordado el tema de la finalidad de la pena. Para Ferrajoli, la pena debe tener como finalidad la defensa de los derechos fundamentales del ciudadano, y no solo la defensa del bien jurídico protegido por la norma penal. Es así como, para el discípulo de Norberto Bobbio, la pena solo es legítima si cumple con los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad, añadiendo un criterio propio de la dogmática penal, pues la culpabilidad grosso modo alberga en primera medida la imputabilidad del sujeto y en segundo término la efectuación de un juicio de reproche hacía el autor de la conducta desvalorada.

²⁸ Texto entre paréntesis fuera del original.

2.4. Principio de Igualdad²⁹.

El principio de igualdad en el ámbito del derecho penal se refiere a la obligación de que las penas y medidas de seguridad sean aplicadas de manera igualitaria a todos los individuos, sin discriminación alguna (*ius suum cuique tribuere*), ya sea por factores de sexo, raza, orientación sexual, creencias ideológicas, creencias religiosas o cualquier otro elemento que se use para efectuar trato discriminatorio, tal como lo refiere el artículo décimo tercero de la Carta superior³⁰. Este principio se encuentra estrechamente relacionado con la idea de justicia en la aplicación de la ley penal.

En este sentido, el concepto de la igualdad formal o legal señala que todos los seres humanos debemos ser vistos ante la ley exactamente con los mismos ojos, salvo los casos de discriminación positiva que en los casos penales llegan a ser elementos que conducen a la ausencia de responsabilidad penal³¹.

En términos del maestro Luis Arroyo Zapatero en su obra "Curso de derecho penal. Parte general" (2016) señala que:

²⁹ La igualdad en el entendido más básico y siguiendo al filósofo estadounidense John Rawls tiene dos vertientes, a saber, la igualdad formal y la igualdad material. Siendo estos dos conceptos fundamentales en el ámbito de la igualdad, pero se refieren a aspectos diferentes. La igualdad formal se refiere a la igualdad ante la ley o igualdad jurídica. Implica que todas las personas son iguales ante la ley, independientemente de su origen, raza, género, religión u otras características personales. Significa que todos los individuos tienen los mismos derechos y oportunidades legales, y están sujetos a las mismas leyes y procedimientos legales. La igualdad formal se enfoca en la igualdad de trato y la ausencia de discriminación legal. Por otro lado, la igualdad material se refiere a la igualdad de condiciones y resultados reales. Se centra en reducir las desigualdades socioeconómicas y garantizar una distribución justa de los recursos y oportunidades. La igualdad material busca superar las desventajas y brechas existentes en la sociedad, y busca asegurar que todas las personas tengan igualdad de acceso a los recursos, servicios y oportunidades necesarios para llevar una vida digna. Implica considerar factores como la educación, la salud, el empleo, la vivienda y la justicia social. "Una teoría de la justicia" (Rawls, 1971).

³⁰ El artículo 13 de la Constitución nacional en su tenor reza:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 13)

³¹ Para más información relacionada con los elementos de ausencia de responsabilidad penal remitirse al artículo 32 del Código Penal parte general.

La igualdad ante la ley exige que la aplicación del derecho penal tenga lugar con la misma intensidad para todos los ciudadanos, de manera que a cada cual se le aplique la pena prevista para el delito cometido sin discriminación alguna debido a la edad, sexo, raza, religión u otra circunstancia personal o social (Zapatero, 2016, p. 116).

Asimismo, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán en su obra "Derecho penal. Parte general" (2018) señalan que "la igualdad ante la ley es uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho y se extiende al ámbito penal, exigiendo que las penas y medidas de seguridad se apliquen de manera igualitaria y sin discriminación alguna" (p. 141).

2.5. Principio de Humanidad.

El elemento de humanidad³² en el ejercicio del poder punitivo busca evitar que las penas y medidas de seguridad sean crueles, inhumanas o degradantes para el condenado (Summum ius, summa iniuria), tal como lo establece el artículo décimo segundo de la Constitución nacional³³. Según Silva Sánchez (2011), el principio de humanidad implica que "la pena debe ser proporcional al delito cometido, pero a la vez debe evitar el sufrimiento físico o moral del condenado" (p. 41).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido especialmente enfática en el reconocimiento del principio de humanidad como una garantía fundamental en la imposición de penas. En su opinión consultiva OC-3/83 la cual trata las restricciones a la pena de muerte, la Corte afirmó que "la pena no puede ir más allá de lo que es estrictamente necesario para cumplir su finalidad y que no puede ser impuesta en forma cruel, inhumana o degradante" (Corte IDH, 1983, párr. 18).

³² En relación con la humanidad, Foucault sostiene que es un elemento que legitima el poder punitivo porque crea la ilusión de que el Estado trata a los delincuentes de manera humana y que el castigo es justo y no cruel. (Foucault, 2009).

³³ El artículo 12 de la Constitución Nacional en su literal señala:

"Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 12)

Asimismo, Arroyo Zapatero (2016) sostiene que la dignidad humana exige que toda persona condenada sea tratada con respeto y que se le garantice una vida digna, incluso durante el cumplimiento de la pena impuesta. En este sentido, el autor señala que "el tratamiento que recibe el penado debe ser respetuoso de su persona, evitando cualquier humillación o trato vejatorio, así como cualquier forma de violencia" (p. 531).

Una vez teniendo claro el panorama frente a los elementos legitimantes del poder punitivo (legalidad, proporcionalidad, finalidad, igualdad y humanidad) se afirma de manera prístina que estos están directamente relacionados con la pena de privación de libertad, en el entendido que ésta es la consecuencia más grave y frecuente que se impone como sanción a las conductas punibles en muchos sistemas jurídicos (en otras latitudes como la norteamericana se encuentra la pena de muerte, pero dicha pena obedece a otras necesidades de legitimación).

A modo de resumen de los principios antes desarrollados se puede afirmar que la legalidad implica que la privación de la libertad solo puede imponerse cuando está prevista en la ley, y que debe respetar los derechos fundamentales del acusado y las garantías procesales. La proporcionalidad exige que la sanción sea ajustada a la gravedad del delito y a la culpabilidad del acusado. La finalidad de la pena debe ser retributiva y/o preventiva, es decir, debe servir para castigar al delincuente y/o para prevenir futuros delitos. La igualdad implica que la pena de privación de libertad se imponga de manera igualitaria para todos los delincuentes, sin discriminación alguna. Por último, la humanidad exige que la privación de la libertad se imponga de manera que respete la dignidad y los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, y que se le brinde un tratamiento adecuado y respetuoso.

Los elementos legitimantes del poder punitivo se presentan como criterios guía indispensables para los operadores de la ley penal. Se destaca el contraste entre la percepción actual y la pasada, donde las penas eran consideradas atroces. Sin embargo, estos principios han experimentado una "humanización", ya que ahora se les otorga un valor significativo.

Antaño, estos principios eran vistos como meras letras muertas, tal como lo vivenció Beccaria. No obstante, en la actualidad emergen como la esperanza que logra escapar de la caja de Pandora penal, fuente de todos los males derivados del ius puniendi.

Es fundamental que estos preceptos emisores de luz sean respetados en todo momento durante la aplicación de la pena de privación de la libertad. El Estado de Derecho debe buscar poner freno a la intención desbocada de la sanción penal, ya que esta medida extrema afecta de manera significativa la vida de los penados y su entorno.

En conclusión, se resalta la importancia de seguir los principios legitimantes del poder punitivo para garantizar un sistema de justicia equitativo y limitar los excesos en la imposición de penas privativas de libertad. Además, se enfatiza la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los individuos involucrados en el proceso penal.

TERCER CAPÍTULO.

Análisis crítico y sintético de la pena de privación de la libertad en concordancia con los tópicos justificantes del ius puniendi³⁴.

“Bienaventurados los que no tienen hambre de justicia, porque saben que nuestra suerte, adversa o piadosa, es obra del azar, que es inescrutable”. (Borges, 1969)³⁵.

La pena de privación de la libertad en estos momentos históricos se presenta como la medida de aplicación racional por antonomasia para castigar a quienes cometen actos “contra legem” o desavenencias penales. Tal como está formulada la limitación de la libertad no se encuentra disputa con los principios que facultan al Estado Social de Derecho³⁶ para castigar. La restricción a la libertad al alinearse con los preceptos rectores se encuentra justificada de manera más o menos satisfactoria, es decir, si se superponen en un ejercicio de contraste los principios rectores con la pena de privación de la libertad da como resultado un modelo que encuadra, al menos teóricamente.

Esta justificación teórica de la pena de privación de la libertad no implica que esté exenta de críticas y cuestionamientos. Es importante reconocer que la aplicación práctica de la privación de la libertad plantea desafíos y dilemas éticos, especialmente en relación con la proporcionalidad de la pena y sus efectos en la reintegración de los individuos a la sociedad.

³⁴ El presente capítulo con el cual se da cierre al presente proyecto investigativo está desarrollado a modo de conclusión de corte analítico-reflexivo, en el cual se toman elementos de los dos capítulos antecesores, para al final plantear una pregunta fundamental con la cual se da cierre al artículo.

³⁵ Apartado del poema titulado “Fragmentos De Un Evangelio Apócrifo”, se suele encontrar el segmento citado enumerado con el número diez, ya que el poema se compone de una serie de versos breves, numerados del 3 al 51, que expresan diferentes ideas o enseñanzas.

³⁶ La Constitución Política de Colombia en su artículo 1 señala que: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana...”.(Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 1)

Uno de los autores relevantes en este contexto es Immanuel Kant, quien en su obra "La metafísica de las costumbres" plantea una fundamentación moral de la pena. Según Kant, el castigo tiene como finalidad principal restablecer el orden moral que se ha visto perturbado por el delito cometido. La pena, para él, es una expresión de la voluntad general, es decir, de la voluntad de toda la comunidad que busca mantener la cohesión social y garantizar el respeto a la ley, siendo esta una visión del contractualismo político clásico.

Kant sostiene que la pena debe ser proporcional al delito cometido. Esto significa que la magnitud del castigo debe corresponder adecuadamente a la gravedad del delito, de modo que se restablezca el equilibrio moral perturbado. No obstante, Kant enfatiza que la pena no debe perseguir fines utilitarios, como la prevención o la rehabilitación del delincuente, ni tampoco debe buscar una retribución personal. La pena, para Kant, es un acto de justicia basado en el deber moral y en el respeto a la dignidad humana. (Kant, 2012).

En este sentido, Kant se opone a las teorías utilitaristas que defienden la idea de que el castigo debe tener fines utilitarios, como la prevención general o la disuasión de otros posibles delincuentes. Para Kant, la justificación de la pena se encuentra en el deber moral de respetar la ley y en la obligación de restaurar el orden moral perturbado por el delito.

Es importante tener en cuenta que las ideas de Kant han sido objeto de debate y críticas por parte de otros filósofos y teóricos del derecho. Sin embargo, su enfoque basado en la idea del deber y en el respeto a la dignidad humana ha dejado una huella significativa en la filosofía moral y en la teoría del castigo.

John Rawls es otro autor relevante en el ámbito de la filosofía política y moral. Su obra principal, "Una teoría de la justicia", es ampliamente conocida y en ella Rawls desarrolla su teoría de la justicia como equidad, que se centra en la noción de justicia distributiva. De la lectura de Rawls se colige que la pena de privación de la libertad debe estar justificada en función de su contribución para establecer una

distribución equitativa de los bienes sociales y garantizar la igualdad de oportunidades para todos los miembros de la sociedad.

Para Rawls, la justicia distributiva implica que los beneficios y las cargas sociales deben ser distribuidos de manera justa y equitativa. En el caso de la pena de privación de la libertad, esta debe ser concebida como un mecanismo que contribuye a mantener un equilibrio justo en la sociedad. Sostiene que la imposición de penas puede ser necesaria para disuadir a los infractores y preservar la estabilidad social. (Rawls, 2006)³⁷.

Resulta sorprendente cómo se analiza y justifica con naturalidad la privación de la libertad cuando esta pena se deriva de la comisión de un delito. Sin embargo, lo que es verdaderamente inquietante es cómo el poder se extiende hasta los mismos principios de la ley penal, utilizando estos criterios como justificación para el castigo. Como bien mencionó Foucault: "Que el castigo derive del crimen; que la ley parezca ser una necesidad de las cosas y que el poder obre ocultándose bajo la fuerza benigna de la naturaleza" (Foucault, 2009, p.123). Frente a este planteamiento, surge la pregunta de ¿Cuál es el elemento o criterio que justifica los principios rectores en este contexto?³⁸

De manera provisional (para que no se caiga la estantería que sostiene el sistema) se puede brindar una respuesta a la interrogante antes planteada, salvo que la misma se debe tomar con pinzas, ya que su planteamiento es una mera elucubración terminológica y está sujeta a ser derrotada y cambiada por otra respuesta más elaborada, con esta admonición de por medio es preciso afirmar

³⁷ Es importante destacar que Rawls no aborda de manera exhaustiva el tema de la pena en su obra "Una teoría de la justicia". Su enfoque principal se centra en la estructura básica de la sociedad y en los principios de justicia que deben regirla. La justificación detallada de la pena y sus implicaciones específicas en la teoría de Rawls han sido objeto de interpretaciones y debates por parte de otros teóricos y filósofos. Es necesario tener en cuenta que la obra de Rawls es compleja y abarca una amplia gama de temas relacionados con la justicia. Esta explicación brinda solo una breve descripción de su enfoque respecto a la pena de privación de la libertad en el contexto de su teoría de la justicia distributiva.

³⁸ Pregunta que no se abarca por completo en este corto apartado, ya que requiere meditaciones más profundas y analíticas.

que los principios legales de los cuales emana el espíritu de la ley son axiomas³⁹ que mantienen cohesionada la estructura sobre la cual se edifica el sistema legislativo y judicial⁴⁰, lo cual no requiere mayor justificación, pues al ser axiomas no necesitan una demostración y mucho menos un desarrollo argumentativo.

La respuesta antes brindada presenta una marcada relación con la filosofía analítica del primer Wittgenstein, ya que ciertamente no se está solucionando la pregunta planteada, no se dice qué justifica los principios, pero si se está encuadrando dentro del lenguaje y por consiguiente limitando una posible respuesta. En la proposición 5.6 del "Tractatus Logico-Philosophicus" Wittgenstein indicó que: "Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo" (Wittgenstein, 2009, p. 105), en tal consideración al entender los principios como axiomas se deriva de ellos mismos la justificación que se busca; empero, aunque esta es una explicación medianamente racional, ya que se hace uso de las herramientas que brinda el lenguaje para intentar llegar a buen puerto, no se resuelve en absoluto la cuestión y resulta preocupante el criterio de validez de la solución, pues se parte de la propia pregunta, en ningún momento se sale de esta y sin generar ningún desarrollo se llega a la respuesta.

La consideración de los principios como axiomas en el ámbito penal plantea un desafío conceptual, ya que implicaría aceptar verdades irrefutables y absolutas. Sin embargo, este enfoque puede llevar a un dogmatismo penal que restringe el ejercicio de ponderación entre principios, propio de los jueces. Al tratar los principios como absolutos, se dificulta la comparación y valoración de distintos criterios, ya

³⁹ Un axioma es una proposición o enunciado que se considera evidente y se acepta como verdad sin necesidad de demostración. Es una premisa básica e indiscutible sobre la cual se construye un sistema lógico o una teoría. El concepto de axioma ha sido abordado por diversos autores a lo largo de la historia. Uno de los filósofos más influyentes en el tema es Aristóteles, quien en su obra "Organon" estableció los fundamentos de la lógica y la teoría de la demostración. En su enfoque, los axiomas son los principios o verdades primeras desde las cuales se deducen los demás conocimientos. René Descartes en su obra "Discurso del método", presenta una metodología basada en la duda metódica y la búsqueda de verdades indudables. Los axiomas en el pensamiento de Descartes son aquellas ideas claras y distintas que se consideran evidentes y sobre las cuales se construye el conocimiento.

⁴⁰ Se afirma que mantiene unida la estructura de dos ramas del poder público, dado que el poder legislativo transmite mediante la ley el elemento básico de trabajo al poder judicial.

que un elemento absoluto no puede valer más que otro elemento absoluto, lo cual resulta irracional en el ámbito del entendimiento humano.

Además, si los principios se consideran axiomas, se limita la aplicación gradual de los mismos. La rigidez de su aplicación inalterable a lo largo del proceso penal dificulta la adaptabilidad y flexibilidad necesarias para tomar decisiones adecuadas. La realidad exige que los principios sean sopesados y aplicados de manera proporcional a las circunstancias específicas de cada caso.

La concepción de los principios como axiomas conlleva un riesgo de dogmatismo penal conceptual que obstaculiza la ponderación y la aplicación gradual. Es fundamental encontrar un equilibrio entre la relevancia de los principios fundamentales y la necesidad de considerar las particularidades de cada situación para garantizar un ejercicio adecuado de justicia en el ámbito penal.

En contrapartida, el uso de la privación de la libertad como principal consecuencia jurídica por parte del Estado responde a criterios de eficiencia y economía. El Estado tipifica una amplia gama de conductas reprochables en la ley penal, las cuales varían significativamente entre sí en términos de su naturaleza y repercusiones. Por ejemplo, la manipulación genética (Art. 132 C.P.) y la adopción irregular (Art. 232 C.P.) son delitos muy diferentes, pero comparten dos elementos básicos, el primero radica en que ambas conductas están sancionadas y en segundo término comparten la misma pena de 16 a 90 meses de prisión. A pesar de estas diferencias, es eficaz para el Estado aplicar la misma consecuencia a estas acciones que son socialmente desvaloradas y que atentan contra bienes jurídicos. Establecer penas distintas requeriría un complicado entramado teórico que respete los principios y garantías de las personas condenadas. En este sentido, la uniformidad de la pena privativa de libertad se presenta como una solución práctica y funcional.

En términos de Michael Foucault, este modo de ejercer el castigo de encierro se reduce a un espacio homogéneo y gris, de acuerdo con una cita que realiza el autor

francés en “Vigilar y Castigar”, puntualmente en el apartado del castigo. De conformidad con lo antecedente se afirma que:

De manera que, si he traicionado a mi país, se me encierra; si he matado a mi padre, se me encierra; todos los delitos imaginables se castigan de la manera más uniforme. Me parece estar viendo un médico que para todos los males tiene el mismo remedio (Ch. Chabroud, Archives parlementaires, t. XXVI, p. 618, como se citó en Foucault, 2009, p. 136).

Cabe destacar que la aplicación indiscriminada de la pena privativa de libertad para una amplia variedad de conductas también plantea interrogantes sobre la proporcionalidad de las sanciones. Es necesario considerar si la privación de la libertad es la respuesta más adecuada y justa para cada tipo de delito, teniendo en cuenta los principios de reinserción social y la individualización de las penas.

La introducción de valores y principios en el ordenamiento jurídico han buscado humanizar el castigo institucionalizado, limitando el poder desmedido del Estado para penalizar y castigar. No obstante, también es claro que estos principios han servido como instrumentos que permiten al propio Estado no solo castigar más eficazmente, sino también perfeccionar su capacidad punitiva en el ámbito del derecho penal.

En la búsqueda de un sistema de justicia más equitativo y humano, es necesario seguir reflexionando sobre las alternativas a la privación de la libertad, pensando en enfoques restaurativos, medidas comunitarias o programas de rehabilitación. Estas perspectivas buscan no solo castigar, sino también reparar el daño causado y brindar oportunidades para la reintegración social.

En última instancia, la justificación de la pena de privación de la libertad requiere un análisis constante y crítico de su efectividad, de su compatibilidad con los principios de justicia y de su impacto en la sociedad. La evolución de las concepciones sobre el castigo y el sistema penal nos invita a replantearnos continuamente cómo

podemos lograr un equilibrio entre el respeto a los derechos individuales y la búsqueda de una convivencia social justa y segura.

En un mundo donde la justicia es esencial para garantizar la igualdad y fomentar el crecimiento moral, se manifiesta una convicción profunda en la importancia de priorizar la búsqueda de la justicia por encima de los intereses personales. Este enfoque demuestra la voluntad de tomar acciones correctas y luchar por un orden social más equitativo, incluso si esto implica enfrentar persecución y adversidades. El compromiso con la justicia trasciende cualquier recompensa o perjuicio individual, ya que se enfoca en su valor intrínseco y en la aspiración por el bien común en favor de una sociedad más justa. Este compromiso representa un desafío inquebrantable para todos, y resulta especialmente crucial para aquellos con un profundo conocimiento de la ley.

*“La justicia, cual gloriosa refulgencia en el
Panteón Romano, cruza con su aurora celestial a
través del óculo. Sus rayos destierran sombras
de desigualdad y guían hacia equidad y rectitud.”
(Sánchez, C, 2023, p. 46).*

CONCLUSIÓN.

La privación de la libertad como sanción jurídica ha estado presente desde tiempos remotos, siendo reflejada en mitos y relatos de la antigüedad como el del minotauro y en eventos históricos como el encarcelamiento de Sócrates y Vercingétorix. Esta pena ha evolucionado a lo largo de la historia, adaptándose a las costumbres, ideales políticos y desarrollo legal de cada época. Sin embargo, el estigma social y el rechazo hacia aquellos que han estado privados de su libertad continúan siendo una realidad en la sociedad actual. Es necesario reflexionar sobre nuestras concepciones de bien y mal, así como sobre el propósito y efectividad de la privación de la libertad como forma de castigo, en aras de buscar alternativas más justas y humanas que permitan la reintegración de los individuos a la comunidad una vez cumplida su pena.

La legitimación del poder punitivo o "ius puniendi" se basa en una serie de principios que buscan limitar y justificar la imposición de penas por parte del Estado. Estos principios incluyen el principio de legalidad, que exige que las conductas sean sancionadas solo en virtud de leyes claras y preexistentes; el principio de proporcionalidad, que establece que la gravedad de la pena debe ser proporcional al delito cometido; el principio de finalidad de la pena, que busca la prevención del delito a través de la resocialización del delincuente; el principio de igualdad, que demanda que las penas y medidas de seguridad sean aplicadas de manera igualitaria a todos los individuos; el principio de humanidad, el cual resguarda la integridad personal del sujeto humano considerado en la estructura penal, aunado a que este precepto deviene como una garantía en la imposición de la sanción. Estos elementos son fundamentales para garantizar que el ejercicio del poder punitivo se ajuste a los derechos fundamentales y a los principios de un Estado de derecho. Al respetar y aplicar adecuadamente estos principios, se puede salvaguardar la dignidad y los derechos de las personas, incluso de los infractores, sin perder de vista la protección de los bienes jurídicos de la sociedad.

El análisis crítico y sintético de la pena de privación de la libertad en concordancia con los tópicos justificantes del ius puniendi revela una complejidad inherente a este tema. Si bien existen argumentos teóricos que respaldan su aplicación, como la restauración del orden moral y la garantía de cohesión social, también surgen interrogantes y desafíos éticos relacionados con la proporcionalidad de la pena y su efecto en la reintegración de los individuos a la sociedad.

Diversos autores ofrecen fundamentos jurídicos y éticos para justificar la pena de privación de la libertad, pero también existen críticas y debates en torno a estas teorías. La consideración de los principios rectores como axiomas en el ámbito penal plantea limitaciones conceptuales y dificulta el ejercicio de ponderación entre principios, así como la adaptabilidad y flexibilidad necesarias para tomar decisiones justas en cada caso específico. Además, la aplicación indiscriminada de la pena privativa de libertad para una amplia gama de conductas suscita cuestionamientos sobre la proporcionalidad de las sanciones. Es necesario reflexionar sobre alternativas a la privación de la libertad, como enfoques restaurativos, medidas comunitarias o programas de rehabilitación, que busquen no solo castigar, sino también reparar el daño causado y favorecer la reintegración social.

En última instancia, la justificación de la pena de privación de la libertad requiere un análisis constante y crítico de su efectividad, de su compatibilidad con los principios de justicia y de su impacto en la sociedad. El objetivo debe ser buscar un equilibrio entre el respeto a los derechos individuales y la búsqueda de una convivencia social justa y segura.

El estudio y la reflexión sobre la pena de privación de la libertad son fundamentales para seguir avanzando hacia un sistema de justicia más equitativo, humano y eficaz. La evolución de las concepciones sobre el castigo y el sistema penal nos desafía a replantearnos continuamente cómo podemos mejorar la aplicación de la pena, considerando los principios fundamentales y las particularidades de cada situación, con el fin de garantizar la justicia y promover la convivencia pacífica en nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFÍA.

Abreo Ortiz, A. M. (2019). El “gran método” de Foucault: Una arqueología genealógica y una genealogía-arqueológica. (Spanish). Papeles: Revista de La Facultad de Educación Universidad Antonio Nariño, 11(21), 77–84.

Alexy, R. (2019). Teoría de los derechos fundamentales (2.^a ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Apollodorus. The Library. Translated by Sir James George Frazer. Loeb Classical Library Volumes 121 & 122. Cambridge, MA, Harvard University Press; London, William Heinemann Ltd. 1921.

APOLODORO (1950): Biblioteca. Coni, Buenos Aires.

Aristófanes y Platón (1984). Apología de Sócrates. Critón. Las nubes. Buenos Aires, Argentina: Hyspamérica.

Arroyo Zapatero, L. (2016). Curso de derecho penal. Parte general (3^a ed.). Tirant lo Blanch.

Arroyo Zapatero, L. (2011). Lecciones de derecho penal: parte general (Vol. 1). Civitas.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia de 1991. Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html]

Beccaria, C. (2015). Tratado de los delitos y de las penas. UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Bentham, J. (1789). An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. (J.H. Burns & H.L.A. Hart, Eds.) Oxford University Press.

Borges, J. L. (2010). El Aleph (1 a ed.--). Buenos Aires, Argentina: Emecé.

Borges, J. L. (1969). Fragmentos de un evangelio apócrifo. En *Elogio de la sombra*. Buenos Aires, Argentina: Editorial EMECÉ, editores. Recuperado de [<https://ellaberintodelverdugo.blogspot.com/2016/09/jorge-luis-borges-elogio-de-la-sombra.html>]

Cantú, C. (2004). *Compendio de la Historia Universal..* El Cid Editor. <https://elibro.net/es/ereader/usta/35456?page=168>

César, J. (2012). *La Guerra de las Galias*. Madrid: Editorial Gredos (Original work published 50 a.C.).

Colombia. Congreso de la República. (1991). *Constitución Política de Colombia* [Constitution of Colombia]. Recuperado de https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_1991.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1983). La pena de muerte (Opinión consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf

Ferrajoli, L. (2007). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta.

Foucault, M. (2009). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores.

Foucault, M. (1977). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.

FOUCAULT, M. (1989). *VIGILAR Y CASTIGAR; NACIMIENTO DE LA PRISION* (16a. ed.). CIUDAD JUAREZ (CHIHUAHUA): SIGLO XXI.

Fustel de Coulanges, N. D. (1984). *La Ciudad Antigua*. México: Fondo de Cultura Económica (Original work published 1864).

Georg Jünger, F. (2015). *Mitos griegos..* Herder Editorial. <https://elibro.net/es/lc/usta/titulos/45710>

Hegel, G. W. F. (1991). *Filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos (Original work published 1821).

Jakobs, G. (1993). Sobre la normatividad de los conceptos jurídicos. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, (14), 21-38.

Kant, I. (2011). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (J. L. Vermal, Trad.). Madrid, España: Tecnos.

Kant, I. (2012). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial.

López, C. (2017). Historia, memoria y política en clave foucaultiana. *Dianoia*, 62(79), 123-139.

<https://bibliotecavirtual.unad.edu.co/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=126372350&lang=es&site=eds-live&scope=sit>

Martos Núñez, J. A. (1994). El proceso de Cristo: aspectos jurídico-penales y procesales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, Universidad de Sevilla. Recuperado de <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/72114/EI%20proceso%20de%20Cristo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2018). *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch.

Nietzsche, Friedrich, *El nacimiento de la tragedia o Grecia y el pesimismo*, Madrid, Alianza, 2001.

Ossa López, M. F. (2016). *La cárcel en Colombia: espacio para la venganza y la reincidencia*. Medellín, Colombia, Ediciones Unaula. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/usta/164618?page=155>.

Pavón Torrejón, P. (2003). *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano*. Editorial CSIC Consejo Superior de Investigaciones Científicas. <https://elibro.net/es/ereader/usta/41350?page=172>

Plutarco. (2010). *Vidas paralelas: Alejandro y César*. Madrid, España: Gredos.

Rawls, J. (2006). *Una teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Real Academia Española. (s.f.). Diccionario de la lengua española [Diccionario en línea]. Recuperado de <https://dle.rae.es/>

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. ; CASTELLANO, P. S. La pena de ingreso en prisión: regulación actual y antecedentes históricos. ed. Madrid: Wolters Kluwer España, 2021. 755 p. Disponible en: <https://elibro.net/es/ereader/usta/175798?page=90>. Consultado en: 16 Jan 2023

Roxin, C. (1997). Derecho penal: Parte General. Madrid, España: Civitas.

Roxin, C. (1997). Política criminal y sistema del derecho penal. Bosch.

Roxin, C. (1979). Teoría del tipo penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: Depalma.

Rudas, J. (2010). Genealogía y discurso. De Nietzsche a Foucault. Nómadas. Revista crítica de ciencia sociales y jurídicas, 26(2), Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/viewFile/NOMA1010240105A/25864>

Salazar, C. (2009). Breve historia de la cárcel. Revista Pincipia Iuris, 12, 159-176.

Sánchez Colmenares, R. A. (2023). La privación de la libertad como sanción jurídica: análisis genealógico y justificaciones teóricas del ius puniendi. Tesis de posgrado, Universidad Santo Tomás, Tunja.

Silva Sánchez, J. M. (2003). La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Civitas Ediciones.

Silva Sánchez, J. M. (2011). La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Civitas Ediciones.

Suetonio. (2007). Vida de los doce césares. Madrid, España: Alianza Editorial.

Torres Fumero, C. O. & Pérez Monzón, R. (2020). Historia Universal II: el mundo la época medieval. Universidad Abierta para Adultos (UAPA). <https://elibro.net/es/ereader/usta/176659?page=23>

Valle, I. M. (1975). La ideología de la aristocracia griega antigua. *Revista De Estudios Políticos*(199), 65-82. Recuperado el 16 de 1 de 2023, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1705257>

Vattimo, G. (2008). Prólogo. En E. R. Zaffaroni, *La cuestión criminal* (pp. 5-9). Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Velázquez Velázquez, F. (2018). *Derecho penal general*. Ibáñez.

Wittgenstein, L. (2009). *Tractatus Logico-Philosophicus; Investigaciones Filosóficas; Sobre la certeza*. Madrid, España: Editorial Gredos. Recuperado de [https://lenguajeyconocimiento.files.wordpress.com/2014/04/wittgenstein-gredos-tractatus-investigaciones-y-sobre-certeza.pdf]

Zaffaroni, E. R. (2008). *La cuestión criminal*. Editorial Temis.