

**Eficacia del artículo cuarto del código penal en el Sistema Penitenciario y Carcelario  
en Colombia**

Emmy Yoleth Roncancio Chaparro

Universidad Santo Tomas

Especialización en derecho Penal y Procesal Penal

Tunja-2021

## Índice

<b>Resumen</b> .....	3
<b>Introducción</b> .....	4
<b>Planteamiento del Problema</b> .....	4
<b>Formulación del Problema</b> .....	7
<b>Justificación</b> .....	7
<b>Objetivos</b> .....	7
<b>Objetivos Específicos</b> .....	8
<b>Metodología</b> .....	9
<b>Hipótesis</b> .....	9
<b><u>1.</u> Teorías De La Pena</b> .....	9
<b>1.1 Teoria Absoluta</b> .....	11
<b>1.2 Teoria Relativa</b> .....	11
<b>1.3 Teoria mixta con su aplicación en Colombia</b> .....	13
<b>2.Historia del sistema penitenciario y carcelario en Colombia</b> .....	15
<b>2.1 Situación establecimientos carcelarios y penitenciarios en Colombia</b> .....	17
<b>2.2 Derechos de la población carcelaria y ex carcelaria, crisis en Colombia</b> . 19	
<b>3.1 Reinserción social y protección al condenado</b> .....	29
<b>3.2 Prevencion general, prevencion especial y retribución justa</b> .....	34
<b>4.Conclusiones</b> .....	35

## **Resumen**

Los fines de la pena en Colombia se materializan de forma incompleta, pues no es en la totalidad de los casos, que los reclusos logran desarrollar un proyecto de vida, el Estado tiene que perseguir las conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicamente tutelados, pero también tiene que garantizar la protección de los derechos de la población carcelaria. A los ciudadanos que son sujetos de la acción del sistema penitenciario, se les debe procurar su seguridad e integridad al interior de los establecimientos penitenciarios, y su resocialización estableciendo oportunidades que permitan una reactivación como ciudadanos productivos de la comunidad al momento de recuperar la libertad, para que se reintegren a la sociedad, en procura del interés general. Este documento ofrece un análisis de la materialización de los fines y funciones de la pena en Colombia.

*Palabras clave:* política criminal, fines de la pena, sistema penitenciario y carcelario en Colombia.

## **Abstract**

The purposes of the penalty in Colombia are incompletely materialized, since it is not in all cases that the inmates are able to develop a life project, the State has to pursue the conducts that injure or endanger legally protected assets, but it also has to guarantee the protection of the rights of the prison population. Citizens who are subject to the action of the penitentiary system, their security and integrity must be ensured within the penitentiary establishments, and their re-socialization establishing opportunities that allow a reactivation as productive citizens of the community at the time of recovering their freedom, so that they rejoin society, in pursuit of the general interest. This document offers an analysis of the realization of the purposes and functions of the penalty in Colombia.

*Keywords:* criminal policy, purposes of sentence, prison and prisión system in Colombian

## **Introducción**

### **Planteamiento del Problema**

Este documento ofrece un análisis de la materialización de los fines de la pena contemplados en el artículo 4 del código Penal, como lo son prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

Teniendo en cuenta que la pena en Colombia hace énfasis o significa en términos generales

“Una limitación de los derechos personales a un sujeto impuesta por el Estado como consecuencia de un proceso adelantado por el ente competente, cuando es declarado responsable de una conducta definida de manera inequívoca por las normas, que lesiona o pone en peligro sin justa causa, el bien jurídico tutelado”. (Galvis, 2003, pág. 17).

Si existe falencias o no frente al sistema penitenciario y carcelario colombiano, por tal motivo se hará énfasis en revisar las características de cada función de la pena, para así determinar su eficacia, teniendo en cuenta los derechos y garantías que le atribuye la ley al recluso como sujeto social de derecho, teniendo en cuenta que tal y como lo determina la ley 599 del 2000 en su artículo ya mencionado, deberá cumplir las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, teniendo en cuenta que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión. (Cortés Agray, 2018, pág. 12)

En primera medida daremos una mirada a las teorías de los fines de la pena; teorías absolutas, teorías relativas y las llamadas teorías mixtas, con el fin de determinar la teoría utilizada en

Colombia, el cumplimiento de cada uno de los fines que obran en el artículo 4 del C.P.P y si el sistema penal penitenciario y carcelario es óptimo, para que en la realidad material se dé o no una reinserción social y una protección al condenado, entendiendo que el Estado es el titular de la acción punitiva y también responsable del cumplimiento o materialización de los fines de la pena.

El cumplimiento de la pena debería atender al interés general, protegiendo a la comunidad de la comisión de conductas punibles que afecten o pongan en peligro bienes jurídicamente tutelados de los ciudadanos, y atender al interés particular, asegurando a las víctimas protección para impedir la repetición de la conducta cometida y sancionada. “Además la pena debe responder a objetivos resocializadores y reintegradores del infractor por medio de beneficios y programas, que permitan que en el futuro éste no reincida en conductas que lesionen derechos de terceros.” (Gómez Horta, 2016, págs. 164-169).

La Corte Constitucional colombiana y diferentes ONG como Human Rights Watch han consolidado estadísticas y han establecido que la situación en la que vive la población carcelaria debido a las fallas del sistema penal penitenciario, vulneran sus derechos más básicos, ya que desde hace varios años se ha presentado hacinamiento, insalubridad y deficiencia en el acceso al sistema de salud, circunstancias que afectan el cumplimiento de los fines de la pena, negándoles la posibilidad de sentirse en un espacio donde vivan dignamente y tengan la oportunidad de una verdadera resocialización.

De hecho, también existen estadísticas que evidencian que los centros penitenciarios en Colombia se han convertido en verdaderos caldos de cultivo donde las conductas punibles convergen, los reclusos no sólo se ven en situaciones de peligro para su integridad, también se ven llamados al aprendizaje de nuevas actividades ilícitas; la comisión de delitos desde los centros penitenciarios como las extorsiones y estafas telefónicas en diferentes modalidades, son muestra de ello.

Así, se observa que el recluso en algunos casos no logra resocializarse, porque no encuentra en la cárcel un lugar donde esté seguro y pueda desempeñar actividades que le permitan volver a ser un ciudadano autónomo en la sociedad, que viva de actividades lícitas, ya que en la cárcel no tiene un espacio digno, limpio e íntimo, donde sus preocupaciones son, por ejemplo, de qué compañero de patio se deberá cuidar la espalda, de qué enfermedad podrá contagiarse, cuántos delitos deberá cometer para estar a salvo; lo único que debería inquietar a los reclusos es cómo lograr un verdadero proyecto de vida dentro y fuera del penal, estudiar y aprender o practicar un oficio que les permita ocupar sanamente su tiempo durante el cumplimiento de la condena y tener una vida plena y digna después de cumplirla.

De este modo, podremos evidenciar la problemática que ha venido presentando Colombia en este tema en los últimos años y a la cual se suma que los centros carcelarios no cuentan con la capacidad de infraestructura suficiente para albergar a tantos ciudadanos que deben cumplir su pena allí, no se cuenta con amplio personal interdisciplinar, situaciones que no garantizan los mínimos estándares para que pueda llegar a darse el cumplimiento del artículo 4 del código penal, motivo que llevó a la Corte Constitucional a que se pronunciara específicamente en dos sentencias primordiales que desarrollaron el tema, son las sentencias T-153 de 1998 en la cual se declara el estado de cosas inconstitucionales en el sistema penitenciario y carcelario, y la sentencia T-388 de 2013 en la cual se ratifica en una mayor medida lo expuesto en la sentencia antes señalada.

En este orden de ideas, el presente trabajo tratará de determinar la eficacia del cumplimiento de los fines de la pena en el sistema penitenciario, esto basado en la importancia de estos fines puesto que “la sentencia C-806/2002 señaló que en nuestro sistema jurídico son preventivos y resocializadores” (Ríos Soto, 2016, pág. 17) lo anterior para que sean compatibles con los derechos humanos inderogables e irrenunciables.

Para lo anterior, se estudiarán investigaciones previas sobre el tema y las estadísticas existentes, los pronunciamientos judiciales y las acciones tomadas por el gobierno nacional y los gobiernos locales para contrarrestar el estado de cosas inconstitucionales, así mismo la hipótesis del eventual papel del sector privado y cómo su intervención podría ser útil para que las cárceles funcionaran de manera más eficiente, asegurando la materialización de los fines de la pena y la garantía de condiciones dignas para la población carcelaria. De esta manera intentaremos resolver la siguiente pregunta.

### **Formulación del Problema**

¿Son eficaces los fines de la pena contemplados en el artículo 4 del código penal en la sociedad, el sistema penitenciario y carcelario en Colombia?

### **Justificación**

En este documento se indagará si hay eficacia o no frente a los fines de la pena contemplados en Colombia ya que cumplen funciones específicas, las cuales afectan tanto al condenado como a la sociedad en general, la manera como el Estado propone, interpreta, ejecuta y da cumplimiento a la pena lleva implícito el derecho fundamental a la dignidad humana propio de un Estado de derecho y como se ha reflejado, es contrariado por el estado de cosas inconstitucionales que han prevalecido en las cárceles colombianas, motivo por el cual se evidencia la importancia de tratar este tema, ya que el Estado efectúa y ejecuta de manera constante por intermedio de los miembros de la rama judicial para intentar obtener un equilibrio en la sociedad y dar cumplimiento a las normas por medio de la pena, razón por la que la relevancia en la eficacia de los fines de la de la misma se eleva aún más, puesto que tiene efectos jurídico penales y afecta directamente a los miembros de la sociedad Colombiana teniendo en cuenta que se ha ido perdiendo la confianza en el Estado y la

forma de aplicar el Derecho, ya que la pena tal y como lo indicó la Corte Constitucional es la expresión del poder punitivo del Estado.

Motivo por el cual, el presente artículo de investigación también busca reflejar el impacto político a causa de las determinaciones tomadas por el Estado y su forma de aplicar la pena y el cumplimiento de los fines en el momento de establecerla en la política criminal respecto a la función preventiva de la sanción penal, teniendo en cuenta que en la teoría la pena busca una mejor conformación de la sociedad, prevención de los delitos y protección de los bienes jurídicos, a parte de la reinserción del condenado lo que en la presente investigación trataremos de ver si se cumple y si las herramientas tanto políticas como económicas son suficientes para que se realice una aplicación de manera adecuada, para cumplir con todos los fines del artículo 4 del Código Penal y revisar de qué manera se afecta a la sociedad si no se cumplen de manera óptima y eficaz.

### **Objetivos**

Para lo anterior desarrollaremos los siguientes objetivos, en primer lugar, como objetivo general:

Determinar la eficacia de los fines de la pena contemplados en el artículo 4 del código penal teniendo en cuenta el ámbito social, el sistema penal y carcelario que rige en la actualidad en Colombia.

### **Objetivos Específicos**

1. Analizar las teorías de la pena y su relación con el sistema en Colombia.
2. Identificar la problemática actual en el sistema penitenciario en Colombia en cuanto a la protección de derechos fundamentales de los condenados.
3. Determinar la Política Criminal del Estado, teniendo en cuenta su poder punitivo y los fines de la pena.

## **Metodología**

Por lo anterior y con el fin de desarrollar los objetivos en mención la presente investigación, el método utilizado para el presente documento es analítico, puesto estará basado en las diferentes teorías de las penas, las decisiones judiciales y el enfoque que le ha dado el Estado de lo jurídico a lo fáctico, a los fines de la pena, teniendo en cuenta garantías constitucionales y derechos fundamentales se tratará de analizar y determinar la eficacia o las falencias en la aplicación de esta normatividad, teniendo en cuenta que se realizará una recolección de datos bibliográficos, incluyendo la normatividad vigente, análisis jurisprudencial y doctrinal de los diferentes conceptos a desarrollar.

## **Hipótesis**

En cuanto a la hipótesis de la investigación, en los últimos años se ha reflejado aún más las dificultades presentadas en los establecimientos carcelarios y a la falta de protección de derechos fundamentales lo cual se ha determinado con información verídica contemplada y estudiada tanto en el ámbito internacional como en el nacional, estudios que han identificado la falta de infraestructura y capacidad humana, para que se dé dentro de los establecimientos carcelarios una verdadera reinserción social al condenado, al contrario de esto se evidencia una violación frecuente de derechos fundamentales, desconociendo la dignidad humana que tienen las personas aun cuando infringieron la ley, esto refleja el incumplimiento del fin de la protección del condenado, además que al salir de los centros carcelarios y al no contar con las oportunidades necesarias que debería garantizar el Estado después de haber cumplido la correspondiente condena, sea por dificultades económicas, falta de apoyo familiar y de la misma sociedad, lo que se refleja es que en muchos casos la persona sale del establecimiento carcelario a seguir delinquiendo, lo cual indica que tampoco hay una reinserción social.

Lo anterior refleja el incumplimiento de los fines de la pena, puesto que la Corte Constitucional manifiesta que el fin preventivo se ve manifestado en el establecimiento de la sanción, el fin retributivo, en la imposición de la pena y el fin resocializador en la ejecución de la misma teniendo en cuenta que la resocialización tiene una relación directa con los principios de dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. La Corte ha señalado que la pena no busca la exclusión del infractor penal, sino su recuperación y reincorporación a la vida en sociedad. (Caso 430 de 1996).

Sin embargo se evidencia que en cuanto al fin de la prevención general, respecto al aspecto negativo y positivo de la misma, es decir que por un lado imparta miedo a los posibles delincuentes para desistir de la comisión de la conducta punible y que por otro lado mediante la pena se establezca la sociedad para que no se vuelva a incurrir en el delito, (Durán, 2016, pág. 3) efecto que evidentemente no ha causado la pena en Colombia ya que a lo largo de los años la delincuencia se ha ido elevando de una manera exorbitante, igualmente respecto a la prevención especial puesto que mediante la coacción de la pena no se logra una protección a los bienes jurídicos tutelados de manera absoluta y no se logra que el delincuente no vuelva a incurrir en delitos ya que como se ha conocido, dentro de las cárceles y fuera de ellas no se brindan oportunidades completas para que sea eficaz dicho fin y se ha evidenciado que sujetos activos vuelven a incurrir en la comisión de delitos a pesar de haber purgado penas anteriormente.

Lo anterior evidencia que en contexto general la aplicación de los fines de la pena no ha sido eficaz, sólo son argumentos teóricos, pero en la práctica no se cumplen a cabalidad y se demuestra las deficiencias reiteradas en el funcionamiento de los establecimientos carcelarios en los cuales, aunque se cumple una condena por el punible cometido, el Estado no garantiza la protección de derechos fundamentales de la población carcelaria, no existe una disminución de criminalidad en las calles y no hay una reinserción para el condenado.

## ***1. Teorías de La Pena***

Las teorías de la pena expuestas a lo largo de la historia como consecuencia del poder punitivo del Estado en consecuencia de la conducta que contraría la normatividad y los fines de las mismas, entre dichas teorías se encuentran, la teoría absoluta, teoría relativa y la llamada teoría mixta, las cuales se tratarán a continuación.

### **1.1 Teoría Absoluta.**

La Teoría Absoluta habla de una función retributiva o de la justa retribución, afirmando que a quién comete un mal, se le debe imponer un mal proporcional, también es llamada teoría de la expiación, (Pélaez Mejía, 2017) e independiente a su efecto social, no contempla ni reconoce las finalidades de la prevención en la pena; como tal la teoría absoluta no da una función social a la pena, si no que la pena es un resultado o una compensación que debe recibir el delincuente por su conducta.

Es decir, la pena es absoluta puesto que es un fin en sí misma y no tiene otra finalidad, es una forma de impartir justicia, igualmente lo que mide la pena es la culpabilidad y también es el fundamento para que se dé, para esto se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad ya que “la pena no puede exceder la intensidad del reproche” (Durán Migliardi, 2011), para lo cual solo el hombre libre consciente de lo correcto o incorrecto puede castigarse por el delito cometido. En esta teoría se encuentran dos ideas fundamentales, la primera de ellas:

Está constituida por la tesis de que la pena, el castigo penal, no puede perseguir jamás fines útiles de evitación o de prevención del delito, tal idea se basa en el concepto de "dignidad humana" sustentado por los partidarios de la teoría de la retribución, concepto que se vería conculcado en el caso de que el hombre fuese utilizado -como un animal- para orientar su comportamiento en sociedad a través de la pena. Sea con

la amenaza de ésta, para que se abstuviera de realizar ciertas conductas, o con la aplicación directa de la sanción penal con la cual se le amenazó, si efectivamente realiza las conductas prohibidas, con el fin de evitar que en el futuro vuelva a cometer dichas conductas prohibidas. (Durán Migliardi, 2011)

La segunda, que no debe haber rebajas en las penas, esta debe cumplirse en su totalidad, una rebaja iría en contra de los principios de esta teoría, igualmente se deben tener en cuenta tres presupuestos, el primero es la facultad que tiene el Estado para que mediante la pena se castigue el delito, se justifica si se demuestra la superioridad moral de la sociedad frente al delincuente, es decir que la conducta del sujeto activo sea realmente reprochable y vaya en contra de las costumbres de la sociedad o lo que ellos consideran correcto; segundo, que la culpabilidad mide la gravedad de la conducta y tercero, que respecto a la retribución del condenado se tiene en cuenta el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena así la sentencia puede ser considerada como justa. (Heinrich & Weigend, 2016)

Para el filósofo Alemán Immanuel Kant la teoría absoluta plantea que la retribución a la culpabilidad del sujeto es la aplicación de la pena, la cual se concede como una necesidad ética, una exigencia de justicia y un imperativo categórico, así que los posibles efectos preventivos que se le pretendan atribuir, no tienen fundamento y son ajenos a su verdadera esencia. (Cerezo Mir, 2004, pág. 21)

En cuanto al aporte realizado por dicha teoría, a la pena en la actualidad aportó al desarrollo del principio limitador del ius puniendi, reconocido en el Estado Colombiano, refiriéndose entonces al principio de culpabilidad, esto debido a que en esta teoría el sujeto sólo responde

por el hecho mientras él sea el culpable. Para la ética de Kant indica que el sujeto no se puede utilizar como instrumento entiendo que:

La utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas al que ha cometido un delito (lo que no necesariamente guarda relación con el mismo), y que, por tanto, no deben estar condicionadas por la tendencia general a delinquir, a la que el autor del delito es ajeno. En otras palabras, impiden sacrificar al individuo a favor de la generalidad” (Bacigalupo, 1999, pág. 19)

Por su parte para Roxin, esta teoría ya no es sostenible científicamente en la actualidad, puesto que indica que la misión del derecho penal cambió, en cuanto ahora contempla la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entendiéndose que el sufrimiento de la pena como retribución “sólo es accesible a una creencia a la cual el Estado no puede obligar a nadie, a partir de que él ya no deriva su poder de Dios sino del pueblo”. (Roxin, 1993, pág. 19)

**1.2 Teoría Relativa.** La teoría relativa, conocida también como teoría preventiva es totalmente opuesta a la teoría absoluta, puesto que la pena no constituye un fin en sí mismo sino un medio de prevención y obra como una disuasión para que no se cometa a futuro una infracción penal.

La Teoría Relativa se atribuye entonces una función preventiva, se puede describir desde dos aristas: la prevención especial y la prevención general:

En la prevención especial, la pena se debe imponer como castigo para quien cometió un delito y así no vuelva a cometerlo, según Franz Von Liszt, el delincuente es el objeto central del Derecho penal y la pena es una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento, se concibe como una obligación para que el delincuente no vuelva a delinquir, observando la pena en

tres dimensiones entendiéndola como un aviso de la sanción por el delito cometido, resocialización en la cual en el tiempo que el delincuente purga la pena puede ser corregido su actuar mediante educación e inocuización, y está dirigida a la anulación del delincuente habitual, con una sanción penal por tiempo indeterminado e incluso la pena de muerte. (Meini Méndez, 2013, pág. 6)

En segundo lugar la prevención general, contempla el fin de la pena como prevención general de los ciudadanos, como medio de intimidación para que se aparten de la comisión de delitos, el principal representante de esta teoría es Feurbach, quien manifiesta que la finalidad de la pena reside en la fundamentación de la efectividad de la amenaza penal, entendiendo que la ley debe intimidar a todos los ciudadanos para que la cumplan, pero la ejecución debe dar efecto a la ley, es decir la pena debe ser entendida como una coacción psicológica, que opera en todos los ciudadanos para que no cometan delitos.

Esta teoría, recibió críticas de Roxin, quien indica que existen falencias al establecer el límite de las penas, con el fin de no contradecir los principios de un estado de derecho, la prevención general trata del control a la sociedad, de aterrorizar al ciudadano, y se infiere que las personas tienen el raciocinio suficiente para entender las consecuencias de su actuar antes de cometer un delito, lo cual según manifiesta Roxin sólo se queda en la ficción puesto que se ha demostrado que las personas no siempre tienen esa clase de racionamiento al momento de realizar una conducta. (Valderrama Macera, 2021)

Igualmente, Roxin indica que esta teoría tiene defectos ético-sociales “al momento de buscar penas elevadas solo para que produzca efectos en los demás” (Valderrama Macera, 2021) motivo por el cual atenta contra la dignidad humana y disminuye al hombre como una condición de instrumento a una política penal degradando el respeto a su dignidad y haciéndole sufrir un castigo cuya

gravedad o duración no se funda en el mal causado por él, razón por la cual carece de argumentos político criminales que fundamenten los alcances y efectos de ese tipo de prevención.

En cuanto a la prevención general negativa, indica que cuanto más grave sea la amenaza, más fuerte es el efecto intimidatorio y parte de una idea del ser humano como ente racional, sin embargo desde la realidad social, puede observarse que la criminalización a modo de ejemplo, lo cual según Zaffaroni, no logra disuadir al delincuente y menos en los casos más graves puesto que sus autores no tienen en cuenta la amenaza de la pena para no cometer el hecho punible o porque tienen estímulos patrimoniales muy altos como pueden ser los sicarios o por motivaciones patológicas, brutales o psicológicas como los violadores, razón por la cual para cumplir con el fin da como resultado la elevación de las penas y en el plano político y teórico permite legitimar la imposición de penas más graves, es decir que esta teoría conduce a la pena de muerte para la mayoría de los delitos pero no porque sea una disuasión para la comisión del delito, sino porque es la máxima amenaza que se puede proferir. (Zaffaroni, 2006, pág. 41)

En cuanto a la prevención general positiva, esta se diferencia de la prevención general negativa en que la positiva busca generar fidelidad e interés en la colectividad sobre las penas contenidas en la sentencia, en esta medida no imparte su cumplimiento a través del miedo sino a través del derecho y la confianza que se imparte por medio de la pena, se trata de reforzar simbólicamente los valores ético-sociales y lo hace mediante el castigo (la pena). (Valderrama Macera, 2021)

**1.3 Teoría mixta con su aplicación en Colombia.** La teoría mixta o unificadora indica que las teorías antes mencionadas están relacionadas, puesto que cada una de ellas tiene conceptos que deben tenerse en cuenta para hallar las verdaderas funciones de la pena, pero no de una manera absoluta o excluyente, por lo tanto, para esta teoría los fines de la pena son la retribución justa con fines de prevención especial como general. (Córdoba Moncayo, Gómez Espinosa, & Perea

Medina, 2012), entendiendo que solo una pena justa y adecuada a la culpabilidad disuade y educa en un sentido social pedagógico unificando la prevención con la resocialización.

Las teorías mixtas buscan formulaciones que permitan la coexistencia de la prevención general con la especial, dado que la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena, por ser lo más útil socialmente, como manifestó Roxin, por tal razón se debe tener en cuenta el contenido acertado de las teorías antes mencionadas como lo son tener en cuenta la parte represiva y preventiva, “que deben aplicarse durante las tres fases del Derecho Penal con el individuo las cuales son la conminación, aplicación judicial y la ejecución de la pena, atendiendo a que la pena solo se justifica cuando protege la libertad individual y a un orden social. (Valderrama Macera, 2021)

El Código Penal Colombiano establece las funciones de la pena así: “Artículo 4. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”. (Senado de la República de Colombia, 2000)

Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, señala las funciones de la pena en el Artículo 9: “Funciones y finalidades de la pena y la medida de seguridad. “La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.” (Senado de la República de Colombia, 1993)

Por ello la pena en Colombia se dice que opera no sólo en busca de la reparación del daño causado por quién comete el punible, sino también a la prevención de su comisión posterior, a la protección del condenado y de la sociedad, y a la resocialización del condenado, para que pueda reintegrarse al colectivo social. Así podría decirse que en Colombia opera una teoría mixta de la pena, con

elementos tanto de la absoluta como la relativa, entendiendo que en la práctica es lo más útil socialmente, lo más cercano al interés general por servir tanto al delincuente como a los demás ciudadanos.

## ***2. Historia del sistema penitenciario y carcelario en Colombia***

En el año 1837 por primera vez obra la pena privativa de la libertad como sanción a las conductas punibles, la cual obraba en el primer código penal que se expidió en la historia colombiana y cumplía dos funciones fundamentales; el primero colaborar con el proceso de formación del Estado-nación que se desarrollaba en ese período de la historia, y el segundo ser un elemento de la disciplina. (Echeverry Ossa, 1996, pág. 28) Igualmente en este código obraba el estatuto para las prisiones el cual tenía como fundamento la resocialización del delincuente.

Posteriormente, las normas carcelarias siguientes derogaron esa legislación y se ocuparon de tener en buenas condiciones a los presos, se establecía por ejemplo seleccionar bien al personal de vigilancia, buen alojamiento donde los presos purgaran las penas y brindarles diferentes ocupaciones para ocupar su tiempo (Echeverry Ossa, 1996, pág. 29). Posteriormente a causa de las guerras civiles que se empezaron a presentar en Colombia este tema se dejó a un lado hasta que de nuevo el derecho empezó a favorecer a la población carcelaria con la expedición del decreto legislativo No. 9 del 21 de enero de 1905, donde se crearon las primeras colonias penales y militares y se designó para cada uno de los establecimientos carcelarios un capellán, un médico y dos maestros, lo cual reflejaba que se pretendió proteger los derechos de educación y salud para los presos.

En 1914 se expide la ley 35, con la cual se creó la Dirección General de Prisiones y se organiza el sistema penitenciario, crea los reglamentos de las prisiones, decreta la construcción de los

establecimientos carcelarios y ordena el mejoramiento de los ya existentes, se encarga de inspeccionar y fiscalizar estos establecimientos, entre otras. En 1938 la situación en los establecimientos carcelarios empezó a empeorar debido al aumento de los presos, para el año en mención había 8686 internos (Barragán, 2010) los cuales fueron aumentando en un promedio de mil internos por año, después disminuyó por el proceso de desjudicialización, pero sólo por unos años y por ello se construyeron nuevos establecimientos penitenciarios para albergar a los internos, como las cárceles de la Picota, la Modelo de Bogotá, entre otros penales en diferentes municipios del país.

En 1992 se expidió el Decreto 2160 el cual fusionó la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y se crea el Instituto Nacional y Penitenciario INPEC (INPEC, 2021). En 1993 se expidió la Ley 65 que hace tránsito al actual Código Penitenciario y Carcelario que regula las medidas de aseguramiento y penas privativas de la libertad, igualmente integra principios y derechos como la dignidad humana, igualdad y la legalidad.

En 1997 se expidió la ley 415 de alternativa penal, la cual regulaba la libertad condicional, esto con el fin de aliviar un poco el hacinamiento que desde ese año ya estaba creciendo como un problema importante en el sistema; sin embargo, dicha ley no tuvo gran aceptación y recibió reiteradas críticas ya que se liberaba a personas que ya habían sido condenadas y en muchas ocasiones por delitos de gran calibre. (CIDH, Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, 1999). En el año 2002 con el acto legislativo 03, se introdujo el sistema penal adversarial con tendencia acusatoria, así como la ley 599 del 2000, Código Penal actual, en el cual se aumentan condenas con medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos carcelarios a los delitos que por su connotación particular no deberían tener dicha medida, teniendo en cuenta

que la libertad debe ser la regla general al imponer una condena y la privación de la libertad debe ser la excepción. Motivo por el cual, se ha logrado un avance en la imposición penal, pero se ha reflejado aún más la problemática del aumento en la población carcelaria. (Mayorga Ulloa, 2015, pág. 10)

## **2.1 Situación establecimientos carcelarios y penitenciarios en Colombia.**

Con la sentencia T-388 de 2013, se evidenció aún más la problemática de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, puesto que se declaró el estado de cosas inconstitucionales, es decir que se identifica la violación de derechos y principios que transgreden los principios de la Constitución, en la sentencia antes en mención se evidenció la violación grave y sistemática del derecho a la salud, donde se revisaron nueve acciones de tutela con violaciones de los derechos a la dignidad humana, integridad personal, salud y reintegración social o resocialización.

Razón por la cual, se encuentra como una problemática grave y de la cual se derivan infracciones a los derechos fundamentales en las cárceles del país, el hacinamiento, que propicia entre otros inconvenientes la generación de violencia, esto debido a que tras el aumento de la población de internos existentes, se sufrió una decadencia al momento de proporcionar servicios básicos como tener un lugar óptimo para dormir, generando un “mercado ilegal alterno” (Calle Correa, María Victoria, 2013) donde se negocian bienes, igualmente se ha evidenciado que las cárceles se han convertido en una clase de universidades de la delincuencia, puesto que dentro de las mismas también se cometen delitos.

Sumado a esto, se evidencia las malas condiciones sanitarias de los centros carcelarios, puesto que estos no son óptimos ni están capacitados para albergar a tantos internos, incluidos quienes están reclusos preventivamente sin estar condenados, aunque como ya se ha mencionado la privación de la libertad debería ser y es una excepción a la regla y no una generalidad, el aumento de políticas

de encarcelamiento que presenta el país no ha logrado la seguridad que debía generar y en aún se busca que estos establecimientos funcionen también para resocializar al interno, esto no se ha logrado puesto que con la crisis y situación que se vive no es posible lograr dicha resocialización, inclusive esta situación en vez de resocializar acelera los índices de delincuencia aún más, (Calle Correa, María Victoria, 2013).

En principio, como solución el Gobierno Colombiano, ha pensado en el mejoramiento a los establecimientos carcelarios y la construcción de unos nuevos, sin embargo con el estudio se ha evidenciado que esa no es la solución pues Colombia es un estado social de derecho y no una sociedad carcelera, eso como se ha reflejado no es una solución viable, aunque el estado ha puesto esfuerzos para mejorar la infraestructura de los penales el crecimiento de la población carcelaria deja de lado dichos esfuerzos, ya que para el año 2013 la sobrepoblación superaba el 50% de la capacidad de sistema, lo que imposibilita que se manejen los recursos de manera adecuada. (Calle Correa, María Victoria, 2013).

La Corte Constitucional, ha declarado que el hacinamiento carcelario también ha causado que no se pueda hacer una separación óptima de los internos, de lo que también deriva el Estado de cosas inconstitucionales, es decir al no separar a los condenados de los reincidentes primarios, de los ex funcionarios públicos, de los sindicados, entre otros, se desvirtúa el cumplimiento de los fines de la pena, los cuales son base jurídica de la imposición de la misma.

Por lo anterior, al revisar el fundamento de la separación que debe haber entre los sindicados y condenados, se basa en el derecho de la presunción de inocencia y su efectividad que aún gozan los sindicados, la cual está contemplada en el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana y la cual ha sido vulnerada constantemente ya que desde 1997 Colombia no ha hecho avances

respecto a la división de los reclusos de acuerdo a su situación jurídica. (Aristizábal, 2018, pág. 10)

Tal excepción es incumplida puesto que alrededor del 78% de las conductas punibles permiten la detención preventiva, lo que evidencia que el restante de las conductas que obran en el Código Penal no contemplan en principio las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, de lo cual se infiere que esta medida se aplica de manera general en la mayoría de los delitos (Corte Constitucional , 2016) por lo que por el uso excesivo de la medida en mención ha generado el alza desproporcionada de los internos en establecimientos carcelarios y por ende la vulneración permanente de derechos de estas personas, de esta manera la Corte Constitucional manifestó que el derecho a la presunción de inocencia se vulnera en la medida en que se mezcla a los sindicados con los condenados, ya que a los sindicados se les presume su culpabilidad y a los condenados se les impide desarrollar las políticas de resocialización (Sentencia T-153, 1998).

Igualmente, frente a esta falta de división o distinción, se genera una clase de contaminación criminal, es decir que sí por el momento y al inferir su inocencia en calidad de sindicados los que no han cometido delitos, aprenden y los cometen al estar conviviendo con personas ya condenadas y que muchas veces son reincidentes.

**2.3 Derechos de la población carcelaria y ex carcelaria, crisis en Colombia.** Al proteger al condenado se evita que se vea llamado a cometer el delito nuevamente, ya sea por necesidad, falta de otras alternativas para ocuparse, coacción, u otra circunstancia. No obstante, resulta claro que el volver a delinquir es para el ex reo, es una alternativa que puede presentarse con fuerza si no recibe orientación y apoyo posterior al pago de su condena, y es que un Estado necesita de recursos económicos e institucionales para poder dar ese apoyo a la población ex carcelaria. Además, puede sufrir de discriminación e intolerancia por parte del resto de la comunidad, y ello puede constituir lo que podría sentirse incluso como una segunda condena. (Manzanos Bilbao, 1998, pág. 10)

Ello contraviene la garantía de sus derechos, si el ex reo ya cumplió una condena, es justo que pueda optar por volver a ser un eslabón más en la comunidad, con igualdad en el acceso a oportunidades académicas y laborales.

Si bien el recluso percibe una restricción a sus derechos básicos durante la ejecución de la condena, como la privación de la libertad y limitación del derecho de locomoción, igualmente debe cumplir con dicha condena en las condiciones más dignas y humanas posibles (Bello Estrada, 2017), de lo contrario se le somete a una suerte de doble condena, la que se le impone legalmente y la que ocurre de facto por las condiciones que se dan ya en las propias cárceles, en las cuales se observa hacinamiento, problemas de higiene, distanciamiento e inseguridad. (Castro Morales, 2018, pág. 14)

Es claro que la capacidad institucional se ha visto rebasada por la cantidad de ciudadanos que ocupan las cárceles, se presenta falta de personal carcelario, las instalaciones físicas están colapsadas, se presenta comisión de delitos al interior de los penales y todo esto degenera en la afectación de los derechos de la población carcelaria, tal como señaló la Corte Constitucional:

Tanto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentra en los centros de reclusión; los derechos a la vida y la integridad física son vulnerados o amenazados de manera inminente por el mismo hacinamiento, por la mixtura de todas las categorías de reclusos y por la carencia de los efectivos de guardia requeridos; el derecho a la familia es quebrantado por la superpoblación carcelaria y las deficiencias administrativas, condiciones éstas que implican que los visitantes de los reclusos han de soportar prolongadas esperas, bajo las inclemencias del clima, para poder ingresar al centro, y que dificultan en grado extremo las visitas conyugales y familiares; el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios; los derechos al trabajo y a la educación son violados, como quiera que un altísimo porcentaje de los reclusos no obtiene oportunidades de trabajo o de educación y que el acceso a estos derechos está condicionado por la extorsión y la corrupción; el derecho a la presunción de inocencia se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicados con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros, etc. (Sentencia T-153 de 1998, 1998)

Lo anterior deja ver que ya para el momento del pronunciamiento en 1998, se había puesto en evidencia las malas condiciones en la que se encuentran los reclusos en Colombia, derechos fundamentales como la vida o la salud se ven afectados, e incluso al momento de permitirles el contacto con sus allegados o visitantes, se les afecta y también a sus núcleos familiares (Abaunza

Forero, Paredez Álvarez, & Bustos Benítez, 2016). Además, ya para esos años resultaba evidente que la seguridad al interior de los penales no estaba en control de las autoridades.

Tragedias como la ocurrida el 27 de abril de 2000, cuando un total de 32 muertos y 17 heridos dejó un enfrentamiento entre paramilitares y delincuentes común, recluida en varios patios de la cárcel Modelo de Bogotá. Según las autoridades, la batalla campal se inició cuando reclusos integrantes de los paramilitares de las autodefensas se enteraron del asesinato de un hombre que habría sido infiltrado por ellos en el patio donde había unos guerrilleros de las Farc. Por la gravedad de los hechos, en ese momento director del Instituto Nacional Penitenciario (Inpec), señaló que, por culpa de la corrupción al interior del penal, había armas y elementos que constituían un verdadero arsenal de guerra, que sólo con patrullas policiales y militares era posible ingresar; pero igualmente en ese momento el INPEC señalaba que había una enorme faltante de personal y donde había un guardia se necesitaban muchos más para vigilar lo que ocurría. Por su parte, el ministro de Justicia afirmó que lo ocurrido era el resultado de 40 años de abandono estatal. (El Tiempo, 2000)

Lo que se observa hoy es que la situación no ha mejorado mucho, el abandono estatal aún se puede percibir, sigue haciendo falta personal en el INPEC, la infraestructura es insuficiente y a nivel nacional se presenta un gran hacinamiento, por ejemplo, a comienzos del año 2001, unos meses después de la tragedia en la cárcel la Modelo, había una población carcelaria colombiana de 49.302 reclusos, cuando la capacidad de los establecimientos carcelarios era de 42.575 reclusos, es decir se presentaba un hacinamiento de 37%, cifra que superaba la de muchos países de Latinoamérica, sin embargo disminuyó hacia fin de año de manera momentánea, debido a adecuaciones en algunos penales del país. (Defensoría del Pueblo, 2003)

Según las cifras del Inpec, en 2020 existían 124.188 personas en condición de prisión intramuros, pero según la capacidad de las 132 instalaciones carcelarias en el país, solo había espacio para

80.156 reclusos, por lo que la sobrepoblación era de 44.032, es decir del 54.9%, lo cual muestra el aumento permanente de las cifras de hacinamiento, (Rojas Castañeda, 2020) lo que influye afectando la calidad y efectividad de los programas de resocialización, de hecho, según Santiago Tobón, investigador post-doctoral de la Universidad de Chicago e Innovations for Poverty Action, de acuerdo con numerosos estudios adelantados en Estados Unidos, donde funciona el modelo de prisiones privadas o semi-privadas, se ha concluido que en las cárceles privadas o en concesión los internos también se exponen a un alto hacinamiento y un pobre esquema de resocialización, los reclusos que se someten a éstas condiciones tienen una probabilidad de reincidencia hasta 33% mayor a los demás. (Leal Acosta, 2019)

Por esa razón, varios estudios de la Defensoría del Pueblo y algunos juristas, destacan la necesidad de revisar la política criminal actual, ya que el Estado Colombiano sigue implementando reformas que aumentan las penas de los delitos, como si con ello se lograra realmente efectividad del sistema penal o penitenciario, pero más bien se cae en el populismo punitivo (Sotomayor Acosta, 2007), y a pesar de los esfuerzos del Ministerio de Justicia y los gobiernos locales para apoyar la adecuación de infraestructura y otras condiciones en los penales, el aumento constante de personas condenadas a penas privativas de la libertad ha causado una crisis de hacinamiento que no mejora y no mejorará. (Defensoría del Pueblo, 2009)

La política criminal no puede estar encaminada únicamente a aumentar las penas de las conductas punibles, como se hizo a través de la ley 890 de 2004 y 1453 de 2011, lo que buscó el Estado es impulsar una eficiencia y una dureza del sistema penal como método de prevención general, como disuasión de la comisión de delitos, pero deja de lado el fortalecimiento de medidas para la resocialización del reo. Cuando el Estado se aparta de la humanización de las penas y de su caracterización para hacerlas más resocializadoras, se aleja de los presupuestos del Estado Social

de Derecho, vale recordar nuevamente los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en Sentencia C-679 de 1998, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, quien afirmó que:

Ahora bien: es pertinente anotar que la institución de los subrogados penales, obedece a una política criminal orientada a la mitigación y la humanización de la sanción punitiva. En efecto, en el marco del Estado social de derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que, si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil) en aras de garantizar la dignidad del condenado. (Sentencia C-679, 1998, pág. 7)

Luego en el Estado Social de Derecho sería más adecuado buscar formas de sustitución de las penas privativas, no buscar la preponderancia de las penas cada vez más altas; Pero además recientemente quedó en evidencia que el trato a la población carcelaria es mucho más grave de lo que se sabía y de lo que se pensaba, y no sólo el hacinamiento y los problemas propios que conlleva, como la insalubridad o la inseguridad son materia de preocupación.

El 22 de marzo de 2020, centenares de reclusos protestaban por las condiciones de hacinamiento, insalubridad y riesgo de contagio del covid-19, desde varias cárceles del país se lanzó la manifestación mediante vías de hecho, que generó la intervención desafortunada del Inpec, causando la muerte de 24 internos y heridas a 107 personas entre reos y guardias. Según la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, todo se trató de un plan de las guerrillas del Ejército de Liberación Nacional y las disidencias de las Farc para lograr fugas masivas de los establecimientos penitenciarios, pero según los resultados de investigaciones independientes, como la de Human Right Watch, los propios informes de Medicina Legal e

informaciones de familiares y reclusos, los amotinados fueron ajusticiados con tiros de gracia, se dice que los guardias no intentaron reducir el motín, sino que dispararon a matar desde el primer momento de su intervención (Humans Right Watch, 2020), incumpliendo los protocolos nacionales e internacionales sobre el uso de la fuerza y de las armas de fuego, en otras palabras, al parecer ejecutaron a los reclusos.

Y es que si un Estado y sus Instituciones desestiman desde el principio la información y afirman a pesar de los indicios y elementos de prueba, que no se vulneraron derechos de los reclusos por ejemplo en la tragedia del 22 de marzo de 2020, como hizo el Gobierno Colombiano, y además agrega que se presentó una actuación heroica de los guardias para impedir fugas, se observa que la realidad causa un impacto político negativo, no se vislumbra un compromiso o intención de compromiso del Estado, más específicamente de los gobiernos cambiantes, para establecer medidas reales que ayuden a mejorar el sistema carcelario, más allá de la construcción de grandes cárceles, se necesita de recursos económicos para integrar más personal interdisciplinar, y una formación más intensiva para el personal carcelario, en cuanto al respeto de derechos humanos y temas afines.

Así, se entiende que la investigación disciplinaria y penal a los funcionarios que causen la muerte, lesiones o tortura a los reclusos, no materializa compromiso alguno en cuanto al respeto de sus derechos, sino que es el mínimo acto propio de las instituciones, es una obligación natural ante la comisión de cualquier delito, tal como estableció la ONU a través del documento publicado por la Oficina contra la droga y el delito (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2016). También ha señalado la Oficina del Alto Comisionado de la ONU, que se deben seguir procedimientos específicos para afrontar una situación de seguridad al interior de las cárceles, brindar al personal carcelario la dotación y uso de diversos tipos de armas no letales y ser

capacitados adecuadamente, con el fin de que sepan hacer uso diferenciado de la fuerza en diferentes situaciones, y que sus objetivos operativos al momento de aplicarla sean herir y reducir a los reclusos, no matarlos. (Organización de las Naciones Unidas, 1990)

Después de hechos tan sangrientos y brutales como la retoma de la cárcel la modelo en 2020, se debería implementar una reestructuración o como mínimo una intervención a la institución respectiva, tal como se hará con la Policía Nacional de Colombia, luego de que a raíz de las protestas ciudadanas de 2021, como también se observó en jornadas de protesta anteriores, muchos de sus miembros fueran duramente criticados tras incurrir en el uso desmedido de la fuerza, violaciones a derechos humanos y fundamentales, la permisión y protección del uso de armas de diferentes tipos por parte de civiles que también atacaron manifestantes, además de ser señalados, procesados y en algunos casos asegurados con medidas judiciales preventivas por la comisión de delitos contra derechos de los ciudadanos. Luego del escándalo y ante la presión política causada por los hechos repetitivos, el Gobierno Nacional dispuso que se fortalecerá la formación y educación del personal policial, en cuanto a la observancia del respeto a los derechos de la población civil y los protocolos del uso de la fuerza.

La población carcelaria merece consideración y respeto, por lo tanto, también se hace necesaria una campaña de concientización ciudadana para terminar con la discriminación, y para que la población ex carcelaria tenga las mismas oportunidades de acceso a empleos que el resto de la sociedad; hoy en día en Colombia, tener un antecedente por condena judicial, sigue siendo un obstáculo casi infranqueable para conseguir trabajo. (Agudelo Duque & Rueda Castro, 2011)

### ***3. Poder punitivo del estado***

La naturaleza del Derecho Penal se basa en la violencia institucional, es la representación de la fuerza que tiene la organización político social, al imponer la restricción de derechos como castigo a quienes cometen delitos, lo cual muestra un riesgo, que se extralimite la aplicación de dicho poder y se afecten derechos del recluso, más allá de la propia afectación legal que contiene la condena, lo cual implica un importante papel en el Estado Social de Derecho, como garante de los derechos de sus ciudadanos. (García Rivas, 1996)

La función del Derecho Penal no es únicamente castigar, sino crear conciencia, hacer que los ciudadanos desarrollen un proceso psicológico propio, para que entiendan la importancia del respeto a los bienes jurídicos tutelados, o al menos que por temor o disuasión, se abstengan de agredir dichos bienes. De allí que una de las funciones de la pena sea la prevención general, y de la tipificación la posible consecuencia que se imponga y ejecute una sanción al cometer una conducta, se constituye en herramienta para disuadir a la sociedad con el fin que los ciudadanos no cometan conductas punibles, con el objetivo de conservar el ordenamiento jurídico y lograr un restablecimiento social.

El poder punitivo, define temas esenciales como el hecho de establecer los fines de la pena desde la Constitución respecto a la relación directa con los derechos fundamentales, en los últimos años Colombia se ha ido orientado para el aumento en la severidad de la pena, lo cual va enrutado en buscar la prevención general y la prevención especial, sin lograr resultados eficaces, sin embargo la potestad punitiva del Estado y su política criminal tienen la potestad de restringir derechos fundamentales lo cual es justificado constitucionalmente por la necesidad que por el medio del derecho penal el estado garantice la protección de bienes jurídicos que han sido vulnerados, lo anterior lo ejecuta mediante la imposición de penas, por lo anterior a continuación estudiaremos

uno a uno los fines de la pena de manera individual, con el fin de que evidencie si el poder punitivo que ha implementado el Estado ha sido de utilidad para cumplir dichos fines.

**3.1 Reinserción social y protección al condenado.** El Inpec ha definido la resocialización como la “técnica de tratamiento clínico que pretende cambiar la conducta del interno(a). Para resocializarse, lo que significa aprender las expectativas sociales e interiorizar normas de conducta. Resocializarse es volver a valer como ser social conforme quiere la sociedad” (INPEC, 2016). Es decir que la resocialización es un cambio de conducta y pensamiento, que debe estar orientado por procesos educativos y de actividades diversas.

Como se ha dicho, las circunstancias de hacinamiento e inseguridad pueden incidir directamente en el proceso de rehabilitación y resocialización del reo, puesto que, si en los penales apenas se puede sobrellevar estas circunstancias, mucho menos se podrá asegurar la materialización de los programas destinados a la formación del sujeto. Si bien el Inpec creó el sistema PASO - Plan de Acción y Sistema de Oportunidades, para la resocialización y rehabilitación de los individuos condenados a privación de la libertad, para que tuvieran acceso a programas de educación, trabajo y enseñanza, éstos no han dado los resultados esperados a través de los años. (Arias, 2019)

Y es que, si el sujeto se encuentra recluso, es precisamente para que desarrolle actividades que le permitan rehabilitarse, es decir formar un nuevo pensamiento, experimentar una reflexión sobre la conducta cometida y determinarse a no volverla a cometer, todo mientras es consciente de su papel en la sociedad, como reo en un establecimiento, tal como señala el constructivismo social de Piaget, (Sáenz, 2015, pág. 12) el sujeto se educa no sólo con información, sino también interactuando con su entorno y quiénes le rodean. (Saldarriaga Zambrano, Bravo Cedeño, & Loor Rivadeneira, 2016)

Cabe insistir en que el sujeto no está recluido en la cárcel únicamente para recibir un castigo, para purgar su condena, sino para ser sujeto de aplicación de los procesos de reinserción social en el tratamiento penitenciario. En Colombia teóricamente dichos procesos buscan que el ex recluso afronte un proyecto de vida, habiendo adquirido fortalezas con lo aprendido en prisión y que se adapte para vivir en comunidad, tal como señaló la Corte Constitucional en la Sentencia T-267 de 2015:

El derecho a participar en los programas de educación y trabajo representa una actividad que tiene como finalidad la resocialización y el refuerzo de la concepción del mismo como valor fundante de la sociedad. El objetivo principal de la participación del recluso en programas de educación y trabajo es preparar al interno para su vida en libertad; por lo tanto, las actividades laborales y de educación se tornan de carácter obligatorio para aquellos reclusos que tengan la calidad de condenados, teniendo en cuenta su finalidad de resocialización. (Sentencia T-267, 2015)

Pero, como se ha tratado, la resocialización como concepto de reeducación a los reclusos choca en la práctica con los obstáculos que se dan en las prisiones de Colombia, que impiden su materialización, en sociedades que sufren de altos índices de criminalidad, de desigualdad, y en las cuales es claro que el reo y el ex reo es discriminado.

Los planes y políticas públicas para tratar el problema de la existencia del estado de cosas inconstitucional, no han sido suficientes y también desde hace varios años se evalúa la posibilidad de implementar prisiones con algún modelo privado o APP, asociación público privada, que constituyen un mecanismo de vinculación de capital privado para la construcción de infraestructura pública y sus servicios relacionados. No obstante, lejos de buscar alternativas para tratar el hacinamiento, el legislador y el ejecutivo aprueban constantemente los aumentos

punitivos; recientemente se aprobó la cadena perpetua en casos excepcionales, mediante norma que reglamenta la reforma al artículo 34 de la Constitución Nacional.

La prisión perpetua tendrá varios elementos estructurales, el Acto Legislativo que modificó el artículo 34 de la Constitución Nacional con el fin de suprimir la prohibición que consagraba para imponer la prisión

Perpetua, adicionó el texto siguiente:

Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declara extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. De manera excepcional cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal o actos sexuales que impliquen violencia o esté en incapacidad de resistir, se podrá imponer como sanción hasta la pena de prisión perpetua. Toda pena de prisión perpetua tendrá control automático ante el superior jerárquico. En todo caso la pena deberá ser revisada en un plazo no inferior a veinticinco (25) años, para evaluar la resocialización del condenado. (Congreso de la República de Colombia, 2020)

La exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo señaló que: “...No estamos frente a una pena de prisión perpetua en sentido estricto, en la medida en que se contempla la posibilidad de revisión, teniendo como finalidad la evaluación de la resocialización efectiva del sujeto activo de la conducta punible.” (Congreso de la República de Colombia, 2019).

También aclara que la resocialización y reinserción a la sociedad “debe seguir siendo el fin último de la pena. Sin embargo, el aumento de la criminalidad hacia ciertos delitos y sujetos, hace necesario endurecer y mejorar los métodos para conseguir dicha finalidad.” (Congreso de la República de Colombia, 2019, pág. 5)

Así, el legislador intenta a través de la prisión perpetua, prevenir la vulneración de los bienes jurídicos de los que son titulares los niños, niñas y adolescentes en Colombia. Lo anterior a pesar de que ya a través de aumentos punitivos anteriormente se intentó luchar contra la criminalidad, y no se observó reducción del delito. (Borbón Rodríguez, 2020)

En la obra *De los delitos y las penas*, Cesar Beccaria, sostuvo que la severidad o gravedad de las penas no contiene o previene el delito, postura que permanece vigente en la actualidad. En Colombia desde el año 2001 el Código Penal ha sido reformado en diversas ocasiones para crear más tipos penales, aumentar las penas, y reducir beneficios, pero no se observan estadísticas positivas respecto a la comisión de delitos. (Gutiérrez Quevedo, 2017)

**3.2 Prevención general, prevención especial y retribución justa.** A mitad del siglo xx, señalaba como fin de la pena la prevención del autor o sujeto activo de la acción, lo cual dio lugar a la teoría de la prevención especial, lo cual lo que pretende es educar al autor de la conducta punible y así lograr o prevenir que se cometan otras conductas punibles, lo cual se lograría por intermedio de la imposición de la pena y la cual también persigue el fin ya mencionado en el título anterior la resocialización de condenado, por consiguiente para que se de el cumplimiento en la práctica, se encamina no a denigrar al condenado o vulnerar sus derechos si no a darle herramientas de educación, procesos pedagógicos e incluso psicológicos con el fin de que no vuelva a cometer una conducta típica. (Gómez Horta, 2016, pág. 161)

Al contrario de la prevención especial encaminada hacia el autor de la conducta punible, la prevención general lo hace frente a la comunidad en general, la cual opera mediante la amenaza o advertencia a la comunidad que imponiendo la pena al condenado crea o desarrolla una conciencia en a gente para que se cohíban de cometer conductas similares puesto que ya tienen conocimiento de las consecuencias que derivan de ello, es decir que al cometer dicha conducta también van a estar sujetos y el poder punitivo del estado.

Esta teoría fue desarrollada por Paul Johann Ansel Feuerbach quien plantea esta teoría “a partir de la llamada teoría de la coacción psicológica. Se recreaba la situación desde la idea de imaginar el alma del delincuente potencial que cae en la tentación entre motivos que lo impulsan a cometer el acto ilícito, y aquellos que lo motivan a resistirse de cometer la conducta conminada”. (Gómez Horta, 2016)

Habiendo ya aclarado en qué consisten cada una de estas funciones de la pena, en cuanto al cumplimiento de estas por el Estado Colombiano, teniendo en cuenta que, según información proporcionada por el Inpec, en cuanto al costo de sostenimiento por recluso se estima que tiene un

valor de veinte dos millones cuatrocientos un mil pesos al año (\$22.401.000). (Tiempo, 2020), Este costo sumado como ya lo hemos mencionado anteriormente a la mala infraestructura de los establecimientos carcelarios, el poco personal en temas de educación para dar cumplimiento a dichos fines los cuales no son suficientes y mucho menos efectivos puesto que las cifras de condenados resocializados son escasas por no decir completamente. Razón por la cual los índices de criminalidad aumentan de una manera desmesurada, una vez sale el condenado a reintegrarse a la sociedad vuelve a reincidir lo cual no cumple la función de prevención especial y como lo hemos visto a lo largo de los años tampoco se ha logrado cumplir en gran medida la función general puesto que a pesar de las penas impuestas la delincuencia en las calles va cada vez más en ascenso. Respecto a la retribución justa, la rama se ha justificado en esta función para imponer más penas privativas de la libertad en establecimientos carcelarios, sin tener en cuenta el sistema penitenciario que obra en Colombia y las falencias que lo integran.

#### ***4.CONCLUSIONES***

En conclusión podemos determinar que por lo menos en los años anteriores hasta la actualidad, los fines de la pena no han sido eficaces en gran medida, aunque en teoría están fundamentados y han sido orientados por la legislación como de vital importancia, si fueran efectivos conllevarían un gran cambio respecto a la eficacia del derecho penal en Colombia, sin embargo como ya se ha demostrado en el presente escrito en la realidad los fines de la pena no han tenido una aplicación real y una gran trascendencia puesto que, como ya hemos visto, el imponer penas privativas de la libertad como regla general y no como una excepción, no ayuda a prevenir ni resocializar, sólo hace evidente que el populismo punitivo está presente en el sistema.

Una opción clara ante el panorama es encontrar la forma contractual óptima de darle funciones a terceros, para adelantar labores de logística y seguridad en las cárceles, permitiendo la generación de empleo y la implementación de programas que beneficien tanto al recluso como al establecimiento carcelario, tales como elaboración de elementos comercializables, labores sociales vigiladas como limpieza de sitios públicos, y en general actividades, oficios, labores y artes de todo tipo o la que elija o idee el mismo reo. También con el acompañamiento policial necesario, podría lograrse un mejor desempeño de las actividades encaminadas a lograr los fines de la pena, logrando dirigir y orientar todos los procesos de educación, trabajo y enseñanza, como para los propios reos, quienes deberían tener a su alcance actividades diversas de formación, enseñanza y trabajo.

Sin duda se hace necesario el accionar de docentes, psicólogos, trabajadores sociales, y mayor personal de guardia capacitado en el uso adecuado de armas de letalidad reducida y uso racional de la fuerza. También la adecuación y construcción de establecimientos penitenciarios que acaben el hacinamiento, disminuyendo los riesgos de seguridad y bioseguridad para la población y el personal carcelario.

Parte de los gastos de vestuario y dotación, implementos personales, alimentación o elementos para el trabajo, el estudio o la enseñanza, podrían ser elaborados por los propios reclusos.

Al humanizar al máximo el funcionamiento de los establecimientos carcelarios, los procedimientos y protocolos de seguridad, bioseguridad y uso de la fuerza, las condiciones de vida de los reos y generando empleo y recursos económicos, la población carcelaria estaría dotada de herramientas útiles para resocializarse, y la sociedad avanzará un pequeño paso en la consolidación misma del respeto a la dignidad humana.

Igualmente, el Estado deberá diseñar e implementar políticas públicas y políticas criminales que incluyan campañas de información pública y concientización, para que se reconozca la dignidad humana del reo, aún la creencia generalizada es que el reo no tiene o tiene derechos disminuidos por cumplir su condena, parte de la opinión pública se escandalizó porque la Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley que modificó el artículo 34 de la Constitución Política, porque la concepción del pensamiento común es que se hizo prevalecer el derecho del reo al del menor de edad, cuando en realidad se protegió la dignidad humana de la persona en sí misma, evitando condenarle a no resocializarse o resocializarse condicionadamente.

La Corte estableció que el recluso como ser humano es un fin en sí mismo, no un medio para conseguir un fin, y por eso la pena privativa perpetua no puede soslayar el derecho fundamental a la dignidad humana del reo manteniéndolo en prisión de por vida para que la prevención general sobrepase su derecho a la resocialización (Sentencia C-294/21). Lo anterior teniendo en cuenta que la Constitución proscribía las penas inhumanas, crueles y degradantes, como la prisión perpetua, y el Congreso no podía modificar éste pilar constitucional, pues estaría afectando la dignidad humana como derecho fundamental constitucional y así, afecta los principios del Estado Social de Derecho.

### **Bibliografía**

Abaunza Forero, C. I., Paredes Álvarez, G., & Bustos Benítez, P. (2016). *Familia y privación de la libertad en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Agudelo Duque, F. A., & Rueda Castro, L. (2011). *Certificado de antecedentes judiciales: Un obstáculo inconstitucional para el empleo*.

- Arias, G. E. (2019). *Políticas de resocialización en el sistema carcelario en Colombia en el periodo 2015 al 2017*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Aristizábal, J. F. (2018). *Informe de Derechos Humanos del sistema penitenciario en Colombia (2017-2018)*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios de derecho penal* (2 ed.). Madrid: Hamurabbi.
- Barragán, C. (2010). *INPEC*. Obtenido de Población Carcelaria: [www.inpec.gov.co](http://www.inpec.gov.co)
- Bello Estrada, G. A. (2017). *Eficacia de los subrogados penales en el contexto del sistema penitenciario y carcelario de Colombia a la luz de los parámetros regionales y constitucionales en materia de privación de la libertad por atributo de la ley*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Borbón Rodríguez, D. A. (2020). Prisión perpetua en Colombia: Funciones de la pena, política criminal y neuroderecho. *Dos mil tres mil*, 22, 1-25.
- Calle Correa, María Victoria, Corte Constitucional, sala revisión (T-388 2013).
- Caso 430 de 1996, C- 430 de 1996 (Corte Constitucional 12 de 09 de 1996).
- Castro Morales, Á. E. (2018). Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad. *Anuario de Derechos Humanos*, 35-54.
- Cerezo Mir, J. (2004). *Curso de derecho penal español* (6 ed.). Tecnos.
- CIDH, Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. (1999). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*.

Congreso de la República de Colombia. (26 de 07 de 2019). *Gaceta del Congreso*, pág. 5.

Congreso de la República de Colombia. (2020). *Acto Legislativo 01 de 2020* . Bogotá: Congreso de la República.

Córdoba Moncayo, M. F., Gómez Espinosa, D. A., & Perea Medina, A. D. (2012). *Las funciones de la pena privativa de la libertad enunciadas en el artículo 4 inciso 2o. del código penal colombiano*. Pereira: Universidad Libre.

Corte Constitucional , C- 276 (Corte Constitucional 2016).

Cortés Agray, M. C. (2018). La función de la pena en Colombia bajo la ley 599 del 2000.

Defensoría del Pueblo. (2003). *Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia*.

Defensoría del Pueblo. (2009). *Sexto Informe Defensoría del Pueblo Estado de cosas Inconstitucional - ECI en materia penitenciaria y carcelaria*.

Durán Migliardi, M. (2011). Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. *Filos*, 67.

Durán, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena.

Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Revista Derecho Valdivia*, 3.

Echeverry Ossa, B. (1996). *Enfoques penitenciarios*. Bogotá D.C . Bogotá: Publicaciones de la Escuela Penitenciaria Nacional.

El Tiempo. (29 de 04 de 2000). Reclusos muertos en la Modelo. *El Tiempo*.

- Galvis, M. C. (2003). *Sistema Penitenciario y Carcelario en Colombia: Teoría y Realidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.
- García Rivas, N. (1996). *El poder punitivo en el estado democrático*. Universidad de Castilla - La Mancha.
- Gómez Horta, R. (12 de ABRIL de 2016). La prevención general y especial en el sistema penal y penitenciario colombiano. *Summa Iuris*, 157.
- Gutiérrez Quevedo, M. (2017). Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa. *Cátedra de investigación científica del Centro de Investigación en Política Criminal*(9), 17-21.
- Heinrich, J. H., & Weigend, T. (2016). *Tratado de derecho Penal parte general*. Instituto Pacífico.
- Humans Right Watch. (2020). *Colombia: Muertes de detenidos habrían sido intencionales*.
- INPEC. (2016). *Mesa de Diálogo No. 3. Rendición de cuentas* .
- INPEC (Dirección). (2021). *Documental 100 años/ prisiones* [Película].
- Leal Acosta, D. C. (28 de 05 de 2019). *Portafolio*. Obtenido de Acabar con el hacinamiento carcelario cuesta \$12 billones:  
<https://www.portafolio.co/economia/infraestructura/acabar-con-el-hacinamiento-carcelario-cuesta-12-billones-530041>
- Manzanos Bilbao, C. (1998). Salir de prisión: la otra condena. *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales*, 1134-7147.

- Mayorga Ulloa, N. (2015). *Sistema penitenciario y carcelario en Colombia dentro del marco de un Estado Social de Derecho*.
- Meini Méndez, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista de la Facultad de Derecho*, 141-167.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2016). *Reglas mínimas de las naciones unidas para el tratamiento de reclusos*. ONU.
- Organización de las Naciones Unidas. (1990). *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*.
- Pélaez Mejía, J. M. (2017). *Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo. Análisis dogmático, procesal y criminológico de las instituciones jurídicas para su combate*. Bogotá: Universidad Libre.
- Ríos Soto, L. (2016). *Política penitenciaria, cumplimiento de los fines de la pena y los derechos humanos: el caso de la estructura tres DELCOMEB*. Bogotá, COLOMBIA: Universidad Santo Tomás.
- Rojas Castañeda, D. (25 de 03 de 2020). *Asuntos Legales*. Obtenido de El hacinamiento en las cárceles colombianas sobrepasa 54,9% según estadísticas del Inpec:  
<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/el-hacinamiento-en-las-carceles-colombianas-sobrepasa-549-segun-estadisticas-del-inpec-2982618>
- Roxin, C. (1993). *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sáenz, D. A. (2015). Política pública penitenciaria y carcelaria en el contexto de los procesos de reinserción social en Colombia. *Principia Iuris*, 24.

- Saldarriaga Zambrano, P., Bravo Cedeño, G. d., & Loor Rivadeneira, M. (2016). La teoría constructivista de Jean Piaget y su significación para la pedagogía contemporánea. *Dominio de las Ciencias*, 127-137.
- Senado de la República de Colombia. (1993). *Ley 65 de 1993. Código penitenciario y carcelario*. Bogotá: Senado.
- Senado de la República de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000. De las normas rectoras de la ley Penal Colombiana*. Bogotá: Congreso de Colombia.
- Sentencia C-294/21, Corte Constitucional.
- Sentencia C-679, C-679 (Corte Constitucional 1998).
- Sentencia T-153, Corte Constitucional (T-153 1998).
- Sentencia T-153 de 1998 (Corte Constitucional 1998).
- Sentencia T-267 (Corte Constitucional 2015).
- Sotomayor Acosta, J. A. (2007). Las recientes reformas penales en Colombia. Un ejemplo de irracionalidad legislativa. *Nuevo Foro Penal*(71), 13-66.
- Tiempo, E. (02 de 09 de 2020). Cada preso le cuesta al país 22 millones de pesos al año. *El Tiempo*.
- Valderrama Macera, D. (27 de 07 de 2021). *Pasión por el Derecho*. Obtenido de Teorías de la pena: absolutas, relativas y mixtas. Bien explicado: <https://lpderecho.pe/sabes-cuales-los-fines-la-pena/>
- Zafarroni, E. R. (2006). *Manual de derecho penal parte general*. Ediar.