

INEFICAZ MATERIALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN RESOCIALIZADORA DE LA PENA
REFLEJADA EN LA REINCIDENCIA COMO RESPONSABILIDAD ESTATAL POR
FALLA EN EL SERVICIO EN COLOMBIA



Autora:
Sara Moreno Restrepo

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO
Maestría en Derecho Administrativo
Tunja, Boyacá, Colombia
Octubre de 2018

INEFICAZ MATERIALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN RESOCIALIZADORA DE LA PENA
REFLEJADA EN LA REINCIDENCIA COMO RESPONSABILIDAD ESTATAL POR
FALLA EN EL SERVICIO EN COLOMBIA



Trabajo presentado como requisito para optar al
Grado de Magister en Derecho Administrativo

Autor: Sara Moreno Restrepo

Tutor: Dr. Deiby Alberto Sáenz Rodríguez

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO

Programa: Maestría en Derecho Administrativo

Tunja, Boyacá, Colombia

Octubre de 2018

Agradecimientos

A mis padres por ser promotores de mis sueños, por confiar y creer en mí, por ser ese motor y fuerza llena de ímpetu.

A mi madre por su talante y compañía incondicional en cada noche de estudio, a mi padre por inculcarme disciplina y desear siempre lo mejor para mí. Gracias porque me ofrecieron la oportunidad de avanzar profesionalmente, por su paciencia, persistencia, consejos, educación y por su amor. A mi hermano Jose por su inquebrantable lealtad e incondicionalidad. A mi abuelita Matilde por sus palabras llenas de “verraquera”, sabiduría, amor y esperanza. A mis maestros Carlos Salazar, Robinson Cárdenas, Ariel Simone y Pedro Barrera porque cada granito de conocimiento influyó en la transformación de mi pensamiento aportando en la construcción de éste trabajo y a mi tutor Deiby Sáenz por ser guía permanente y horizonte en la elaboración de ésta tesis.

Tabla de contenido preliminar

Capítulo I

1. Introducción,	6
2. Planteamiento del Problema,	11
3. Formulación del Problema,	12
4. Objetivos,	12
4.1 Objetivo General,	12
4.2 Objetivos Específicos,	13
5. Objeto de Investigación,	13
6. Marco Metodológico,	13
6.1 Tipo de investigación,	13
6.2 Técnicas de recolección de información,	14
7. Justificación,	15

Capítulo II

1. La privación de la libertad en nuestro país,	17
2. Los establecimientos de reclusión, hacinamiento y repercusión negativa en la reincidencia,	18
3. Función resocializadora de la pena,	21
3.1 Concepto de tratamiento penitenciario,	24
3.2 La resocialización de la pena,	28
3.2.1 El sistema progresivo para cumplir la función resocializadora de la pena,	29
3.2.2 Las fases del tratamiento penitenciario,	29

4. Responsabilidad del Estado,	39
4.1 Configuraciones de la falla en prestación del servicio,	43
4.2 Elementos indispensables para imputar responsabilidad al Estado,	48
4.3 Presupuestos para que proceda su declaratoria,	50

Capítulo III

1. Eficacia o ineficacia en la resocialización de las personas privadas de la libertad,	60
2. La reincidencia como indicador de la no resocialización,	63
3. Planteamiento sugerido de indemnización de perjuicios, derivada de la falla en el servicio por incumplimiento de la función resocializadora de la pena,	78
4. Políticas públicas penitenciarias,	82
5. Conclusiones,	87
6. Referencias bibliográficas,	91

Introducción

A partir de la Constitución de 1991, Colombia asumió la característica de un Estado Social de Derecho. Esta caracterización indica que las autoridades deben actuar dentro de un marco jurídico, democrático, social justo, fundado en el respeto a la dignidad humana. De la misma manera, se adoptó una visión centralista de la Sociedad soportado por un catálogo de derechos y principios inherentes al ser humano y por demás reforzado internacionalmente, para lo cual, el Estado se compromete en sus fines esenciales a servir a la comunidad y garantizar la efectividad de sus Derechos.

Ahora, ante el eventual incumplimiento de estas obligaciones, la misma Carta Política de 1991 consagra en su Artículo 90 la responsabilidad extracontractual del Estado, norma que determina la obligación de reparar el daño antijurídico causado a un administrado cuando la imputación del mismo recae en la administración pública.

Este daño antijurídico puede darse por la existencia de mandatos de abstención y mandatos de acción (deberes negativos y positivos a cargo del Estado), es decir, por la acción u omisión de un deber normativo, teniendo en cuenta que la culpa de la persona jurídica se deriva aquí del deber primario del Estado de prestar bien los servicios públicos a la comunidad. Para esto, es suficiente acreditar la falla funcional; esto es, le basta a la víctima demostrar la falla del causante y el daño consiguiente. (Consejo de Estado, 1993)

En consecuencia, para acreditar la responsabilidad del Estado respecto a la falla del servicio como criterio de imputación principal, basta probar los elementos o supuestos que permitirían que la presunción de responsabilidad opere, para lo que se requiere en esencia de dos requisitos: (i) El primero, que haya un daño antijurídico y (ii) Que este daño sea imputable a una acción o a una omisión de una autoridad pública.

Habíamos indicado que dentro de los fines del Estado Social de Derecho está el de garantizar la efectividad de los principios, los derechos y los deberes consagrados en la Constitución. Esta estructural norma indica también que el Estado debe proteger a las personas en su vida, honra, bienes, libertad, creencias y demás derechos. Es así como el derecho fundamental a la libertad debe ser protegido por el Estado y salvo excepciones legales, puede ese mismo Estado ejercer la potestad limitadora de ella y cuando esto sucede debe respetar los fines y parámetros establecidos en las normas para ello.

Paralelo a estos derechos existe también la normatividad contemplada cuando de limitarlos se trata. Específicamente hablamos de la privación de la libertad, la cual, para que sea legítima, ha de ser ordenada por una autoridad judicial que previo un estudio que se circunscribe dentro del debido proceso, impone una pena o una medida de aseguramiento –cuando esta es privativa de la libertad y en establecimiento de reclusión- por la comisión comprobada de un delito o porque se pueda inferir razonablemente la autoría –para uno y otro caso-, que tienen unos fines y funciones específicos. Así las cosas, el Artículo 4º del Código Penal, respecto de la pena establece: “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”. (p.2)

Nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 33.254 del 27 de febrero de 2013 de la Sala de Casación Penal, actuando como Magistrado Ponente el Dr. José Leonidas Bustos Martínez, marcó todo un viraje jurisprudencial alrededor de la tasación de la pena y señaló su función preventiva de la siguiente manera:

(...) el fundamento del ius puniendi, encarnado en la función de la pena, estriba en el cometido de prevención de delitos. Pues, desde la perspectiva social, la pena representa la ejecución, en concreto, del deber de intervenir activamente para lograr la realización de los derechos de los ciudadanos, a través del propósito de lucha contra el crimen. Al respecto, cabe reiterar, la razón primigenia de un Estado social es la de cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

Por consiguiente, sin desatender sus demás finalidades, la pena adquiere una connotación eminentemente preventiva, dado que se orienta a incidir activamente en la lucha contra la delincuencia, como presupuesto de protección a los bienes jurídicos en cabeza de los asociados. (Corte Suprema De Justicia, 2013)

Cuando el operador judicial impone a una persona una pena, luego de aplicar los principios de proporcionalidad - idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto- y esta es

privativa de la libertad bien sea intramural o domiciliaria, por haber sido condenada o por recaer sobre ella una medida de aseguramiento de privación de libertad en establecimiento penitenciario que limite su libertad de locomoción, el Estado asume la responsabilidad de resocializarla, a través de la implementación de un sistema progresivo que permite que una vez superado, la persona acceda nuevamente a su libertad.

Respecto al mismo tópico de la función preventiva de la pena, la misma sentencia indica:

De esta manera, hablar de la función preventiva de la pena es entenderla, en una apropiada conjugación con su carácter retributivo, como una medida de control social institucional que, por medio de un doble efecto disuasivo, tiende a la evitación del delito: de un lado, a través de la conminación a la colectividad para que se abstenga de incurrir en conductas criminales (prevención general); de otro, mediante la intimidación, corrección y aislamiento del delincuente (prevención especial), a manera de instrumento pensado para evitar su reincidencia. (Corte Suprema De Justicia, 2013)

Es decir, el doble efecto de la función preventiva de la pena: el general hacia la sociedad y el especial dirigido al individuo, tienen unos específicos: el general, evitarlo y generar una conciencia colectiva de que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra vigente y el especial evitar la reincidencia a través obviamente de un proceso educativo que busca la resocialización.

En la misma línea argumentativa, cuando una persona cumple su condena y sale “resocializado” del establecimiento de reclusión se encuentra las más de las veces con una

estigmatización que le obstaculiza acceder al mercado laboral y es ahí donde el Estado debe actuar para llenar estas falencias desde el momento de la ejecución de la pena hasta su libertad y evitar la reincidencia: brindando oportunidades laborales, terapéuticas, lúdicas que permitan un engranaje perfecto del individuo a la sociedad y con esto el cumplimiento de una de las funciones de la pena.

El presente trabajo se desarrolla mediante diferentes categorías, en primera medida tenemos la Función de la pena desarrollada legalmente por el Código Penal y el Código Penitenciario y Carcelario - leyes 599 de 2000 y 65 de 1993 respectivamente-, seguidamente, se estudia la reincidencia como indicador de la no resocialización, a través de las cifras arrojadas por los informes elaborados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, y finalmente, la responsabilidad del Estado –contemplado en el Artículo 90 de la Carta Política- por falla del servicio –en desarrollo jurisprudencial y doctrinario- frente a la función de reinserción social –concepto supralegal- en el cual, se comprende el sistema progresivo para cumplir la resocialización, denotando con ello, vulneración de derechos y principios amparados nacional e internacionalmente por la ineficacia del Estado en uno de sus fines frente a la función de la pena: la resocialización del sujeto; y, finalmente los efectos psicosociales producto de la prisionalización y el hacinamiento carcelario como sustento del daño antijurídico, pues si bien, la persona privada de la libertad debía soportar una pena consecuente de la trasgresión normativa, no estaba obligado a soportar una carga antijurídica del Estado.

Es de concluir que una verdadera política pública penitenciaria, deberá ser permanente, no solo durante la ejecución de la pena sino incluso con posterioridad al cumplimiento de la misma,

según lo señalado por entidades exclusivas al estudio sobre el direccionamiento y adopción de políticas públicas penitenciarias.

Planteamiento del Problema

La Constitución Política Colombiana de 1991, en su artículo 1° indica que nuestro país es un Estado Social de Derecho, lo que comporta un principio medular de nuestra organización política, caracterizado por la estrecha e íntima relación entre el Estado y la sociedad en la inacabable búsqueda por suprimir la desigualdad social. Estado Social de Derecho que se encuentra reforzado por los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo e igualdad. En una coherente jerarquía, el artículo 2° de la misma obra indica como fines esenciales del Estado el servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella.

Ante el eventual incumplimiento de estas obligaciones, ya sea por la existencia de mandatos de abstención o de acción, comprendidos como deberes negativos y positivos a cargo del Estado, lo que se traduce en la acción u omisión de un deber normativo y teniendo en cuenta el deber primario del Estado de prestar bien los servicios públicos a la comunidad, es dable acreditar la falla del servicio como criterio de imputación principal.

Cuando a una persona le imponen una pena privativa de la libertad bien sea intramural o domiciliaria, por haber sido condenada o por recaer sobre ella una medida de aseguramiento que limite su libertad de locomoción –concretamente de aquella que trata el Artículo 307 literal A

numeral 1° de la Ley 906 de 2004-, el Estado asume la responsabilidad de resocializarla, la que cumple a través de la implementación de un sistema progresivo que permite que una vez superado, la persona acceda nuevamente a su libertad y se reinserte a la sociedad porque se encuentra apta, es decir, resocializada.

Formulación del Problema

Si una persona condenada supera todas las fases de tratamiento penitenciario, accede a la libertad y transgrede nuevamente una norma penal ¿Le asiste al Estado algún tipo de responsabilidad por la ineficaz materialización de la función resocializadora de la pena, como evento de la falla del servicio?

Objetivos

Objetivo General

Establecer si el concepto de falla del servicio es aplicable ante la ineficaz materialización de la función resocializadora de la pena, basado en el caso en el que una persona que ha recibido tratamiento penitenciario y accede a la libertad, despliega nuevamente una conducta que transgrede el ordenamiento penal, teniendo en cuenta la responsabilidad del Estado y su obligación de cumplir con sus fines y prestar a la comunidad penitenciaria un servicio de resocialización.

Objetivos específicos

1. Definir la responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio frente a la función resocializadora de la pena.
2. Describir el sistema progresivo para cumplir la función resocializadora de la pena y su ineficaz materialización reflejado en la reincidencia, a partir del contexto legal y los informes presentados por las entidades gubernamentales que tienen una relación directa con el tema propuesto.
3. Explicar el daño antijurídico que se deriva de la irregularidad e ineficiencia en la prestación del servicio y que no está obligado a soportar el condenado.

Objeto de Investigación

El objeto a investigar es la eventual responsabilidad del Estado, cuando frente al fenómeno de la reincidencia, puede configurarse una falla en el servicio en la función de resocialización de la pena.

Marco metodológico

Tipo de investigación

Esta investigación se realiza desde una línea cualitativa de tipo bibliográfico, como técnica de recolección de la información, en la medida que se desarrolla como metodología y técnica de

recolección de datos documentales relacionados con las variables de la investigación, las cuales son: la responsabilidad del Estado, la función resocializadora de la pena, la falla del servicio, la ineficacia de la materialización de la función resocializadora y la reincidencia.

Nos basamos en el método analítico que ofrece la investigación cualitativa como método de investigación que permite descomponer en partes los elementos para así observar las causas, naturaleza y efectos del hecho. Ésta articulación de metodología permitirá dar un concepto amplio sobre la responsabilidad del Estado por su falla en el servicio frente a la resocialización, basada en el patrón estadístico que permite dar a conocer la reincidencia, siendo una manera de proyectar y explicar éste fenómeno tan inquietante como lo es la responsabilidad estatal frente a la incapacidad en la eficiencia de la función de la pena, con la finalidad de demostrar con base en las estadísticas, que la población reincidente en Colombia, se constituye en un factor apremiante que permite medir la falla en el servicio frente a la ineficacia en la resocialización, en el entendido que cuando a una persona le imponen una pena privativa de la libertad bien sea intramural o domiciliaria por haber sido condenada o por recaer sobre ella una medida de aseguramiento en establecimiento penitenciario, el Estado asume la responsabilidad de resocialización, que cumple a través de la implementación de un sistema progresivo que permite que una vez superado, la persona acceda nuevamente a su libertad y se reincorpore a la sociedad.

Técnicas de recolección de información.

Se desarrollará como metodología y técnica de recolección de datos documentales y de tipo revisión bibliográfica en donde se accede a los datos y herramientas disponibles, utilizadas para

obtener y evaluar las evidencias necesarias, suficientes y competentes que permiten cumplir con el objetivo de la investigación, facilitando así el desarrollo de la problemática detectada en la materia examinada, articulando cada uno de los temas a través de la doctrina, jurisprudencia y cifras estadísticas arrojadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, que desarrolla los temas ejes del presente proyecto de investigación para extraer de allí una conclusión confiable y válida respecto el estudio de los resultados consistentes en cuanto a la reincidencia, ya que el instrumento de medición realmente calcula la variable que se pretende.

Justificación

Hasta la Constitución de 1991 no existía cláusula expresa sobre responsabilidad patrimonial del Estado. Actualmente la existencia de diversos regímenes de responsabilidad como lo es por ejemplo, la falla en el servicio reconocida expresamente por vía jurisprudencial con sustento normativo en la Constitución como norma de normas, la administración es responsable por los actos u omisiones causados a los particulares por vulneración al deber y obligación primaria de prestar bien los servicios públicos a la comunidad. Cuando en ejercicio del ius puniendi, el Estado impone una pena privativa de la libertad intramural, asume también la obligación de resocializar al sujeto de la pena, función que cumple en un establecimiento penitenciario o carcelario. Sin embargo, se observa un aumento en los índices de hacinamiento carcelario que afectan en toda medida la función resocializadora de la pena, la salud mental y la materialización de los derechos de los internos, causando un abanico de problemas psicológicos como la baja autoestima, agresividad, depresión, conflicto, poca y casi nula tolerancia y privacidad (Arroyo y Ortega, 2009); señalando de igual forma la escasa actuación de expertos en salud mental debido a la

insuficiencia en personal y por consiguiente una gran dificultad al momento de cumplir la obligación de resocializar.

Dicha situación resulta anómala o desconocedora del ordenamiento jurídico ya que buena parte de la eficacia de un sistema se debe a la garantía de protección de la justicia y de la dignidad humana, fruto de la construcción y ponderación de principios y derechos integradores del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de concreción respecto de las normas de manera coherente, permitiendo así encausar en la realización de los fines constitucionales emanando el papel del Estado como organización socio-política y estructura jurídica del poder público como agente principal, garantizador e integrador del derecho.

Teniendo en cuenta la garantía en el cumplimiento de derechos de las personas privadas de la libertad que consagra la Constitución Política, el Estado Social y Democrático de Derecho en el cual nos encontramos hace veintisiete años, se debe materializar en el sector carcelario los derechos y funciones resocializadoras de la pena, para lo cual, se hace necesario ahondar en este tema dado que la problemática actual realmente es preocupante y este incumplimiento negligente debe superarse en pro y beneficio de una sociedad progresiva, cumplidora y garantizadora.

Capítulo II

1. La privación de la libertad en nuestro país

Tres son las causas por las cuales en nuestro país las personas se encuentran privadas de su libertad en ejercicio del *ius puniendi*¹ del Estado: el Estado a través de los órganos judiciales con dicha competencia puede en un proceso en el que se investiga o en el que se comprueba que una persona transgredió el régimen penal, imponer una medida de aseguramiento, la cual puede ser restrictiva de la libertad en establecimiento de reclusión –recordemos que el Artículo 307 del Código de Procedimiento Penal establece medidas de aseguramiento privativas y no privativas de la libertad, más para efectos de este trabajo es relevante la primera de ellas y en establecimiento de reclusión- cuando se verifican los requisitos contemplados en el Artículo 308 de la Ley 906 de 2004: i. Que la medida sea indispensable para evitar que el imputado obstruya el ejercicio de la justicia; ii. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad ya sea de la sociedad o de la víctima y iii. Que probablemente el imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia, o imponer una condena que ordene la privación de la libertad, cuando ha culminado el proceso de investigación y juzgamiento. (p.72). Son estas pues las causas por las cuales las personas ingresan a los establecimientos de reclusión y ven limitada su libertad.

Es menester resaltar, que lo anterior, debe realizarse dentro del marco de la legalidad, respetando los principios rectores y las garantías procesales previstos en nuestra legislación.

¹ Es una categoría jurídica por medio de la cual, el Estado ejerce el derecho sancionador a través de la represión de conductas que se consideran contrarias al derecho.

2. Los establecimientos de reclusión, hacinamiento y repercusión negativa en la reincidencia

En nuestro país existen ciento treinta y ocho (138) establecimiento de reclusión penitenciarios y carcelarios, a cargo del Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC, 2016), repartidos en seis Regionales, que albergaban para el mes de enero del año 2016, 120.736 personas tal como se señala en el informe estadístico Nro. 01 del mes de enero del año 2016 presentado por el INPEC. Sin embargo, de los 138 establecimientos están diseñados para albergar solo a 77.953 personas. En éste orden de ideas, podemos deducir que hay una sobrepoblación de 42.783 personas que arrojan un índice de hacinamiento del 54.9% (INPEC, 2016).

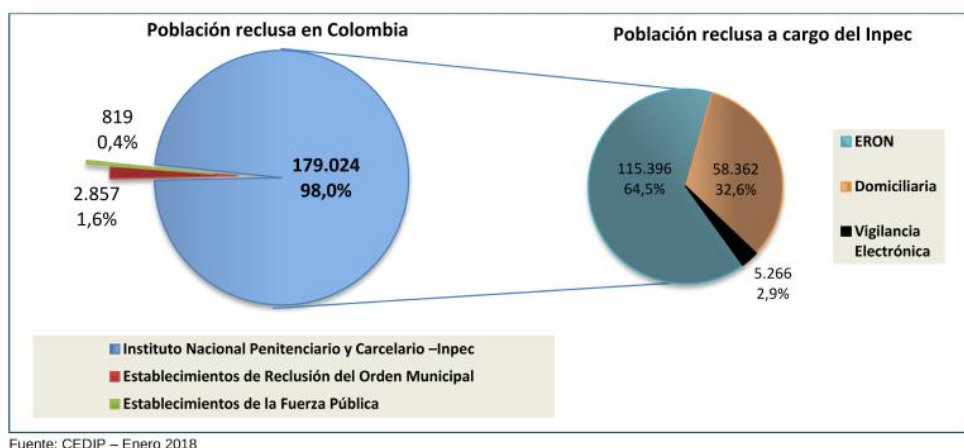
Tabla 2. Población reclusa en Colombia años 2005 - 2016: Tasa por 100 mil habitantes

Año	Población colombiana	Población reclusa INPEC	Variación anual población reclusa		Participación nacional	Tasa población reclusa por 100 mil habitantes
			Absoluta	relativa		
2006	43.405.956	60.021	-6.808	-10,2%	0,1%	138
2007	43.926.929	63.603	3.582	6,0%	0,1%	145
2008	44.451.147	69.979	6.376	10,0%	0,2%	157
2009	44.978.832	75.992	6.013	8,6%	0,2%	169
2010	45.509.584	84.444	8.452	11,1%	0,2%	186
2011	46.044.601	100.451	16.007	19,0%	0,2%	218
2012	46.581.823	113.884	13.433	13,4%	0,2%	244
2013	47.121.089	120.032	6.148	5,4%	0,3%	255
2014	47.661.787	113.613	-6.419	-5,3%	0,2%	238
2015	48.401.701	120.444	6.831	6,0%	0,2%	249
2016	48.535.920	120.736	292	0,2%	0,2%	249

Fuente: SISIPPEC -CEDIP – enero 2016. DANE: reloj población actual de Colombia¹⁸

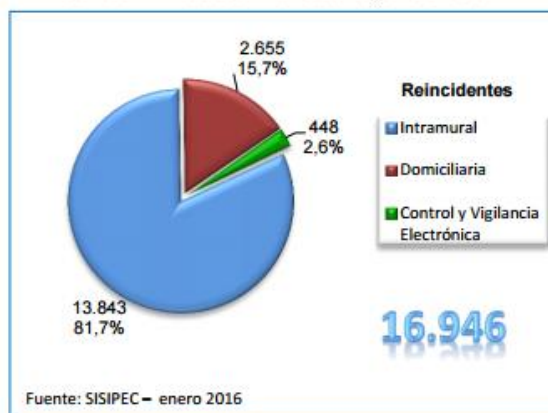
Según cifras extraídas del informe estadístico 2018, se observa que para enero de 2018, se contabilizaron 182.700 personas privadas de la libertad, en los diferentes centros penitenciarios y carcelarios (INPEC, 2018), es decir, la población reclusa asciende a 61.964.

Gráfica 1. Población con medida de aseguramiento en Colombia



Dentro de todas estas personas privadas de la libertad, existe un grupo que reviste un especial interés para el tema que nos ocupa, y es la POBLACIÓN REINCIDENTE. Llamaremos así a aquellas personas que fueron condenadas y que volvieron a ser objeto de privación de libertad – preventiva o no- por la comisión de nuevos delitos. Veamos lo que nos indica la estadística del INPEC, según su informe anual presentado en el 2016:

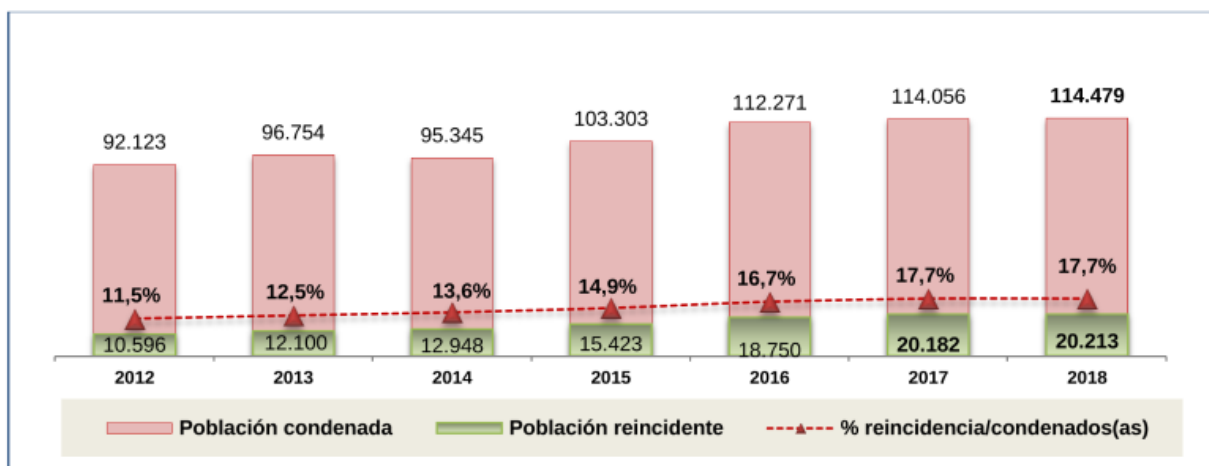
Gráfica 14. Población reincidente, enero 2016



Según el informe estadístico realizado por el INPEC, para el 2018, en las diferentes modalidades privativas de la libertad, la población reincidente va en ascenso desde el año 2012, arrojando en este año un total de reincidencia de 10.596 y de 20.213 para el año 2018,

demostrando con ellos que la población reincidente aumenta los indicadores de sobrepoblación y hacinamiento.

Gráfica 15. Población reincidente vs población condenada, 2012 - 2018



Fuente: SISIPEC – Enero 2018 – Años anteriores a 2018, fecha de corte 31 de diciembre.

Para el mes de enero de 2018, en las diferentes modalidades privativas de la libertad, la población reincidente presentó las siguientes cifras: intramuros 15.401 (76,2%), en domiciliaria 4.314 (21,3%) y vigilancia electrónica 498 (2,5%). El total de reincidencia corresponde a 20.213 personas. Así mismo, el 92,9% (18.784) de los reincidentes son hombres y el restante 7.1% (1.429) mujeres (INPEC, 2018).

Este hacinamiento tiene una repercusión negativa en la población carcelaria, pues cuando una persona ingresa a un establecimiento se encuentra en la mayoría de las veces con las siguientes situaciones: no tiene un espacio para dormir, no cuenta con una dotación que le permita acondicionar su nueva y temporal forma de vida, no cuenta con una actividad en la que pueda apoyar el descuento de su pena por la falta de cupos en los establecimientos, no cuenta con el apoyo familiar, bien por el rechazo o por la distancia, no cuenta con tiempo y espacio para

disfrutar de su visita íntima y debe asumir el rol de iniciar una convivencia con personas que hasta ese momento conoce. Estas son unas más de las innumerables etcéteras de esta realidad carcelaria: no hay un espacio para desarrollar la actividad de estudio o de trabajo, no hay personal que dirija la actividad, no hay cupos para descontar la pena, no hay personal calificado que realice el acompañamiento de la vida en reclusión y ni hablar de la crisis en materia de salud.

3. Función resocializadora de la pena

El Decreto 100 de 1980, Código Penal Colombiano, derogado por la ley 599 de 2000, fue la normatividad que incorporó el concepto de resocialización, con apoyo en tratados internacionales aprobados mediante diversas leyes². Disponía el Artículo 12 de dicha legislación: “ARTICULO 12. FUNCION DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”. (p. 5)

Para el año de 1993 se expide, a través de la Ley 65, el Código Penitenciario y Carcelario que contempla la resocialización como función, finalidad y tratamiento de la pena. Veamos: “ARTÍCULO 9o. FUNCIONES Y FINALIDAD DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS 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”. (p. 2). Igualmente, en el artículo 10, ibídem, señala la finalidad del tratamiento penitenciario

² Ley 74, 1968: que tuvo su origen en el Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, Ley 16 de 1972 que tuvo su origen en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

como la de “alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”. (p. 2)

La Ley 599 de 2000 por su parte, establece la función de la pena y sustituye el término de RESOCIALIZACION contemplado en el anterior Código Penal –Ley 100 de 1993- por el de REINSERCIÓN SOCIAL, término que ya venía siendo utilizado por la Corte Constitucional³.

Dispone el ya citado Artículo 4º de la Ley 599 de 2000, lo siguiente: “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”. (p. 1)

La reinserción social la entendemos como el proceso sistemático representado en las acciones que el Estado inicia desde que ingresa una persona a un establecimiento carcelario y durante el cumplimiento de su condena hasta cuando regresa a su vida en libertad. Con ese proceso, normativamente el Estado busca no el castigo, sino, cambiar los hábitos que llevaron al condenado a cometer un delito y brindarle la ayuda necesaria para que al lograr su libertad sea útil a la sociedad. La resocialización por su parte, es el rescate del proceso que no permitió al individuo formar parte de una comunidad. Es decir, es una especie de segunda socialización. Sin embargo, el cambio de término –resocialización por reinserción social- no representa una mayor

³ Sentencias de 1996: C-261, C-430, C-656; de 1997: C-237.

⁵ M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, sentencia del 1 de diciembre de 1994.

variación conceptual, pues incluso nuestra Corte Constitucional los continúa utilizando indistintamente para significar que esa es una de las funciones de la pena.

La Honorable Corte Constitucional ha sido sumamente prolífera en la utilización del término “resocialización”, llegando a usarla incluso indistintamente con el término “reinserción social” y es por ello que nos permitimos citar nuevamente a nuestra Corte Constitucional, sentencia C-549 de 1994 que señala lo siguiente:

(...) la resocialización, básicamente, consiste en la promoción de las condiciones necesarias para que el individuo vuelva a incorporarse al grupo social del que hacía parte, como un miembro capaz de convivir, esto es, de observar un comportamiento armónico con los valores que las reglas jurídicas aspiran a realizar. (Corte Constitucional, 1994)

Y ello obviamente bajo los principios rectores de legalidad, igualdad, respeto a la dignidad humana y reconocimiento de los derechos y garantías acorde a un sistema penitenciario y carcelario humano.

Es claro igualmente que el término está íntimamente ligado con el de la educación y el trabajo y no solo porque por vía jurisprudencial así se establezca sino también porque el Artículo 94 del Código Penitenciario y Carcelario⁴ prescribe que: "la educación al igual que el trabajo constituye la base fundamental de la resocialización".

⁴ Modificado por: 1) La ley 1753 de 2015 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018; 2) Ley 1709 de 2014 “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”; 3) El Decreto 2636 de 2004 “Por el cual se desarrolla el Acto Legislativo número 03 de 2002; 4) La Ley 504 de 1999 “Por la cual se derogan y modifican algunas disposiciones

3.1 Concepto de Tratamiento Penitenciario

El tratamiento penitenciario es el procedimiento mediante el cual el Estado busca la readaptación del individuo condenado, que en el ejercicio del *ius puniendi*, definido como el derecho de castigar, se le impuso al trasgresor de la ley, brindándole herramientas de resocialización que lo preparen para la reinserción social a través de la educación y el trabajo.

En Colombia, se asume entonces un concepto utilitario⁵ de la pena, la cual se enmarca como una función preventiva, reparadora y protectora, preparando al condenado para una convivencia en sociedad. Así pues, la función de la pena como norma rectora de la ley penal colombiana contempla la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

Con el tratamiento Penitenciario concretado en fases, el Estado busca no solo la formación integral del condenado sino también la efectivización del sistema implementado para ello, lo cual se refleja en la resocialización y debería, verificarse en la ausencia de reincidencia. Nuestra Corte Constitucional, respecto al tratamiento penitenciario, indicó en Sentencia T-1670 del cinco

del Decreto 2700 de 1991 y de los Decretos-leyes 2790 de 1990, 2271 de 1991, 2376 de 1991, Ley 65 de 1993, Ley 333 de 1996 y Ley 282 de 1996 y se dictan otras disposiciones”; Ley 415 de 1997 “Por la cual se consagran normas de Alternatividad en la legislación penal y penitenciaria y se dictan otras disposiciones tendientes a descongestionar los establecimientos carcelarios del país”

⁵ Concepto desarrollado por Jeremías Bentham en la obra “Teoría de las penas y las recompensas”, (1811) en donde afirma que la pena debe corregir y ser proporcional delito y que el fundamento de la pena radica en la mayor utilidad respecto del delito. Respecto de la utilidad de la pena Bentham sustentó una concepción utilitaria: La pena debe servir para la reinserción del reo a la sociedad, no solamente debe servir para castigar y en lo relativo al fin de la pena desarrolló los conceptos de prevención general y prevención especial o particular.

(5) de diciembre del año dos mil (2000), expediente T-362149, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, lo siguiente:

El tratamiento penitenciario y en general los lineamientos generales que orientan y estructuran la ejecución de la sanción penal, son aspectos que la justicia penal deposita en manos del poder ejecutivo para que éste último lo administre, supervise y ejecute, conforme a los parámetros normativos previamente definidos por el legislador. De esta forma, la ejecución de la sanción penal, que no es otra cosa que la búsqueda teórica y normativa de la resocialización, es el resultado de la acción conjunta de las tres ramas del poder público: al sistema penitenciario le corresponde ejecutar la sanción penal a través de la aplicación de las técnicas y presupuestos del tratamiento penitenciario definidos por el legislador (Corte Constitucional, 2000).

Es así como los artículos 142 y 143 de la ley 65 de 1993, actual Código Penitenciario y Carcelario Colombiano, nos indica que el objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad. La finalidad entonces consiste en alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario de conformidad con el artículo 10° de la Ley 65 de 1993. Así las cosas, el tratamiento penitenciario debe respetar la dignidad humana y preparar al condenado para su reinserción social, mediante la atención integral del mismo, concepto este último definido de la siguiente manera en la Resolución 7302 de 2005, por medio de la cual se expiden pautas para la atención integral y el Tratamiento Penitenciario: “Artículo 2°. Atención integral. Se entiende como atención integral la prestación de los servicios esenciales para el

bienestar del interno (a), durante el tiempo de reclusión”. (p. 2). En ésta misma normatividad, se define en el artículo 3º, el objetivo de la atención integral para los internos (as), el cual “se orienta a ofrecer acciones protectoras mediante los servicios de salud, alimentación, habitabilidad, comunicación familiar, desarrollo espiritual, asesoría jurídica y uso adecuado del tiempo libre, que prevengan o minimicen, hasta donde sea posible los efectos del proceso de prisionalización”. (p.2)

Los derechos fundamentales plasmados en nuestra Constitución - salvo el de la libertad de locomoción- no se suspenden para las personas privadas de su libertad, por el hecho de encontrarse purgando una condena y en términos de la subjetivación del derecho administrativo en torno a derechos fundamentales, encontramos en la Constitución Política una parte orgánica y otra dogmática. En ésta última se plasman los derechos de los que gozan los ciudadanos, derechos fundamentales subjetivos, en el cual se entiende al individuo como un sujeto de derecho y no un mero objeto del Estado, al cual se le otorgan unas facultades dadas por la norma como poder de protección de ataques antijurídicos Estatales, convirtiéndose en una barrera negativa del actuar de Estado (López, 2015).

De ésta forma, la administración posee una obligación para con el particular desde el punto de vista del *ius puniendi*, pues el derecho no sólo se debe entender desde un punto de vista estructural-lógico, sino además como un asunto de justificación jurídica, pues si bien con el principio de la institucionalización del derecho, el cual sanciona por el incumplimiento de la norma y enmarcado dentro de una validez material, existe un debido respeto a los derechos fundamentales como principios, derivándose de la administración una obediencia de respeto a los

derechos fundamentales, adquiriendo una visión céntrica del sujeto y un Estado al servicio de éste, para lo cual existe una responsabilidad por acción u omisión y una carga obligacional positiva y negativa encabezada por el correlato obligacional.

Finalmente se subjetiviza el derecho público y los derechos fundamentales, por lo que no se permite una regresión total de los mismos ni desmejora de los derechos ya reconocidos, puesto que iría en contra del principio de progresividad de los derechos.

Si bien, se modifican algunos por razones justificadas y suficientes, éstos no deben vulnerar principios y derechos fundamentales inherentes al ser humano, ni desnaturalizarlo. Para dar cumplimiento a lo anterior, se deben cumplir las medidas de implementación normativa plasmadas en el Código Penitenciario y Carcelario y en el Código Penal Colombiano referente a la función de la pena, enmarcado dentro de medidas pedagógicas, educativas, religiosas, culturales y educativas.

Sin embargo las probabilidades de materialización efectiva que emergen de los conceptos de resocialización y reinserción social para la población penitenciaria no han sido tan eficientes. Según artículo de la revista Semana, el informe anual que presentó la Contraloría General, para el mes de junio del año 2008, califica la situación de programas de reinserción como “grave”, la política penitenciaria y carcelaria no cumplió con sus objetivos en el 2007 a tal punto que, concluye el informe, “compromete seriamente el cumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano de proteger la vida, integridad física, dignidad y seguridad jurídica de las personas

privadas de la libertad, así como la de promover y facilitar su reinserción social” (Semana, 2008).

Según la revista Semana, la Contraloría detectó tres temas principales en los que la política y los responsables de implementarla, como el Instituto Nacional Penitenciario, INPEC, no están cumpliendo: “El principal problema sigue siendo el hacinamiento pese a que se detectó una leve mejoría el año pasado; la resocialización de los reclusos sigue siendo una promesa sin cumplir y los fondos que se destinan para ello no alcanzan; y por último, no hay equidad en el trato a los reclusos ni en el acceso que deben tener a los servicios de educación, salud y saneamiento básico”. (Semana, 2008)

Así, resulta frustrante para la sociedad la promesa de resocialización para las personas privadas de la libertad, donde estamos involucrados todos: aquellos que resultaron víctimas de un delito y que esperan no tener que pasar por una situación similar; aquellos que lo cometieron y que esperan oportunidades luego de cumplir su condena; y aquellas incontables familias de víctimas y victimarios que aspiran a que no haya repetición de actos delictivos.

3.2 La resocialización de la pena

La ejecución de la pena tiene una función resocializadora y es el Estado el que está en la obligación de materializar esta función respecto de las personas condenadas o privadas de su libertad. Las herramientas con las que se cuenta para este fin son el trabajo y el estudio, que

además de apoyar el descuento de la pena, realzan su valor fundamente en la sociedad con el sustento en los sistemas desarrollados para su cumplimiento. Veámoslos.

3.2.1 El sistema progresivo para cumplir la función resocializadora de la pena.

En cumplimiento de la función resocializadora de la pena, el Estado adoptó normativamente, un sistema progresivo cuya idea principal es propugnar por la reinserción social, para lo cual implementó un modelo en el cual el interno atraviesa por diferentes etapas dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios en Colombia, destinados a la ejecución de la pena en prisión, mediante un sistema gradual y progresivo, conocido como P.A.S.O. cuyas siglas derivan el nombre de PLAN DE ACCIÓN Y SISTEMA DE OPORTUNIDADES, enmarcado jurídicamente en las resoluciones 2521 y 2906 de 2006; 2392 y 7302 de 2005 y 4558 de 2009.

3.2 Fases del tratamiento penitenciario.

Para determinar las fases y el tratamiento penitenciario, cada condenado cuenta con un grupo interdisciplinario denominado Consejo de Evaluación y Tratamiento (CET), integrado en la letra, por abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapeutas, antropólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del cuerpo de custodia y vigilancia.

El artículo 12 de la Ley 65 de 1993 en armonía con el artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005, establece el sistema progresivo y las fases del tratamiento penitenciario que lo concretan. Estas fases son cinco, las cuales, se explicarán a continuación y cuya exposición estará circunscrita a los planteamientos normativos señalados en dichas normas:

La **Observación, diagnóstico y clasificación**, es la primera etapa e inducción al tratamiento, establecida para determinar las habilidades del individuo y fijar actividades de acuerdo a su personalidad, en la cual un equipo interdisciplinario evalúa sus habilidades, comportamiento y actitudes frente a su estilo de vida.

Se desarrolla a partir del mes siguiente del momento del ingreso del condenado y máximo hasta tres meses luego de su ingreso. Se implementa esta etapa con la adaptación, la sensibilización y la motivación.

El objetivo de la **adaptación** es lograr que el interno asuma su situación de condenado y se ubique en este espacio intramural, mediante la participación en talleres prácticos de tipo informativo.

La **sensibilización** consiste en la realización de talleres y actividades por parte del interno que le permitan adquirir conocimientos sobre normas, hábitos y características de su entorno, que lo prevengan de factores de riesgo, mejore su calidad de vida durante el tiempo de su internamiento y finalmente tomar conciencia sobre las ventajas del tratamiento penitenciario.

Por medio de la **motivación** se da a conocer al interno el sistema de oportunidades con el que cuenta el establecimiento de reclusión y se le orienta en la elección de actividades que favorecen el proyecto de vida del interno a través del aprovechamiento de sus habilidades, aptitudes, actitudes y potencialidades.

Ahora, el **diagnóstico** es el análisis que se realiza basado en la revisión documental, la propuesta del proyecto de vida del interno y su perfil biopsicosocial, para determinar si el interno requiere o no tratamiento penitenciario.

El propósito así explicado en esta primera fase contiene una serie de actividades desplegadas por la entidad encargada de la ejecución de la pena, en la que necesariamente deben participar profesionales que en la interacción con el interno determinen el mejor método para lograr su resocialización. Supone un trabajo personalizado que desafortunadamente no concluye en actividades dinámicas. El seguimiento es lento dada la escasez del personal que realiza esta función y las conclusiones de tratamiento son precarias, pues de la gama de posibilidades que podrían surgir del estudio de cada situación, solo se ofrece lo que se tiene.

Luego de este dictamen de observación y diagnóstico se efectúa la clasificación en **fase de alta seguridad**, en el cual se proyecta un plan de tratamiento penitenciario que acoja las observaciones y sugerencias del grupo interdisciplinario contemplando los factores subjetivos como lo son las características de la personalidad, perfil delictivo, avances de su proceso del tratamiento integral, comportamiento individual, social y proyección para la vida en libertad y perfil de seguridad que requiere frente a las medidas restrictivas, y el factor objetivo, como

elementos a nivel jurídico que permiten determinar la situación del interno frente a la autoridad competente, delito, condena impuesta, tiempo efectivo, tiempo para libertad condicional, tiempo legal entre fases de tratamiento y tiempo para libertad por pena cumplida (Resolución 7302 de 2005, artículo 10).

Con bases en la resolución 7302 de 2005, artículo 10°, se entiende por factor subjetivo, las características de personalidad del interno, su perfil delictivo, los avances en un proceso de tratamiento integral, el comportamiento individual, social y proyección para la vida en libertad y perfil de seguridad que requiere frente a las medidas restrictivas.

Ahora el factor objetivo, comprende los elementos a nivel jurídico que permiten determinar la situación del interno frente a la autoridad competente, delito, condena impuesta, tiempo efectivo, tiempo para libertad condicional, tiempo legal entre fases de tratamiento y tiempo para libertad por pena cumplida. Este factor objetivo posee unos requerimientos, tales como: procesos o condenas que tiene pendientes para ejecutar el interno y los certificados de antecedentes judiciales.

Esta fase tiene su inicio una vez culmina la de observación, diagnóstico y clasificación sustentada mediante el concepto integral del equipo interdisciplinario y culmina cuando el interno es promovido por el mismo ente, mediante seguimiento de los factores subjetivos y objetivos que evidencie la capacidad para desenvolverse con medidas menos restrictivas, cumpliendo satisfactoriamente con las exigencias de seguridad, tratamiento sugerido y cumplimiento de una tercera parte de la pena y prácticamente es en esta fase en donde el interno

inicia su tratamiento y se dedica a actividades o programas formales, no formales y de educación.

Los programas ofrecidos en esta fase orientan la intervención individual y grupal, a través de la educación formal, no formal e informal, en el desarrollo de habilidades y destrezas artísticas, artesanales y de servicios; la participación en grupos culturales, deportivos, recreativos, literarios, espirituales y atención psicosocial.

Así mismo, la resolución 7302 de 2005, establece la permanencia en la fase de alta seguridad, en la cual se recibirá mayor intervención en su tratamiento y no podrán ser promovidos por el Consejo de Evaluación y Tratamiento (CET), a fase de mediana seguridad, aquellos internos que presenten una de las siguientes situaciones: que desde el factor subjetivo se pueda inferir a través de los profesionales que realizan el estudio; por ejemplo, que la persona no es proclive al delito, que presente elevados niveles de violencia, que no asuma normas que permitan la convivencia en comunidad, que sean insensibles moralmente y presenten trastornos severos de personalidad, y que no haya participado de manera activa y responsable en el Sistema de Oportunidades. Y desde el factor objetivo se analiza que estas situaciones no se presenten: Requerimientos por autoridad judicial, notificación de nueva condena, que no haya cumplido con una tercera parte (1/3) de la pena impuesta, y que registren acta de seguridad que restrinja su movilidad para evitar atentados contra la vida e integridad de otras personas o de sus bienes. (p. 5)

En esta fase se concretan las actividades tendientes a la resocialización que en esencia son de estudio, enseñanza o trabajo. En los establecimientos del INPEC, el ente encargado de asignar

las actividades que posteriormente servirán para redimir la pena, es la Junta de Evaluación de Estudio, Trabajo y Enseñanza, conformada por el director de penal, el subdirector y un funcionario que delega la Dirección. (Ley 65 de 1993)

Desafortunadamente las alternativas que se ofrecen son escasas. Por ejemplo, si se analiza el grado de escolaridad de cada interno para ubicarlo en el programa que permita su avance pedagógico a través de tareas escolares, generalmente son desarrolladas en solitario por el interno, en su patio, dada la escasez de profesionales que permitan un acompañamiento idóneo en el aprendizaje. Y si este campo es lamentable qué podríamos decir del de trabajo. Las actividades son pocas, unas remuneradas, otras no, desarrolladas en el campo artesanal, industrial, servicios, agrícolas y pecuarias, de conformidad con lo señalado por la Resolución 3190 del 23 de Octubre del año 2013 y el Artículo 80 del Acuerdo 011 de 1995 expedidos por la Dirección del INPEC. Sin embargo, acceder a esta oportunidad dada la escasez de oferta y el exceso en la demanda en la que juega un papel importante el hacinamiento, resulta frustrante no solo para los internos sino también para la resocialización que se busca. A esto se suma la prioridad que en la asignación de actividades de descuento da el INPEC a las personas condenadas frente a las sindicadas –como consecuencia de la falta de cobertura-, que ha generado incluso el uso de la acción de tutela por parte de los internos para solucionar por vía excepcional la negativa a la asignación de actividad de descuento.

Veamos cómo la sentencia del 1 de agosto de 2017, M.P. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya con radicado No. STP11287-2017, cita la respuesta dada por el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Bucaramanga, como accionado en dicho trámite:

(...) con la finalidad de dar respuesta a su solicitud del día 16 de abril de 2017, en la cual solicita se le permita redimir pena en alguna de las actividades, me permito manifestarle que usted se encuentra en calidad de **SINDICADO** según SISIPPEC WEB; es de recordar que según la Resolución 3190 del 23 de octubre de 2013 en su artículo tercero literal D estipula: “para la asignación de programas de Trabajo, Estudio y Enseñanza, se da prioridad a los internos condenados sobre los sindicados, no obstante, el interno sindicado o indiciado, podrá participar en estos programas de acuerdo con la disponibilidad de cupos, como parte del proceso de Atención Social orientado a prevenir o minimizar hasta donde sea posible, los efectos de la prisionalización y también para redimir la pena en caso de condenados.” De igual forma se resalta que el incremento de la población de internos es considerable y los programas quedan cortos con la demanda de solicitudes de los internos clasificados en fase de alta, mediana, mínima y confianza.

No obstante, el interno en calidad de **SINDICADO**, tendrá la oportunidad de postularse a actividades educativas, teniendo en cuenta la disponibilidad de cupos según el Plan Ocupacional, los periodos de inscripción a la cual debe estar pendiente y caracterización de las actividades. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Con lo anterior significamos los efectos nocivos del hacinamiento en la asignación de cupos para la actividad de descuento que no es otra que trabajo, estudio o enseñanza en la búsqueda de la resocialización.

Viene posteriormente la **clasificación en fase de mediana seguridad**, que se presenta cuando una persona condenada ha superado efectivamente⁶ la tercera parte de la pena impuesta y ha observado buena conducta de conformidad con el concepto que rinde el Consejo de Evaluación.

Esta fase permite al interno mayores derechos y obtención de beneficios, como por ejemplo, el permiso administrativo de hasta 72 horas, el acceso a los programas de educación y trabajo con posibilidades de locomoción más amplias y de acuerdo con el sistema de oportunidades. Tiene la finalidad de elevar al interno en sus fortalezas, crearle rutinas, prácticas y posibilidades de interrelacionarse con un conglomerado social con el cual comparte su cotidianidad.

Los programas educativos y laborales que se ofrecen en esta fase se basan en la intervención individual y grupal, permiten el fortalecimiento de competencias psicosociales y ocupaciones a través de la educación formal, no formal e informal; la vinculación a actividades industriales, artesanales, agrícolas, pecuarias y de servicios, los cuales se complementan con los programas de cultura, recreación, deporte, asistencia espiritual, ambiental, atención psicosocial, promoción y prevención en salud.

Y nos encontramos que frente al paraíso ideal normativo existen los obstáculos del establecimiento: falta de cupos en la actividad de descuento, falta de personal idóneo que brinde acompañamiento en el proceso de resocialización, falta de infraestructura para el desarrollo de actividades industriales, agrícolas, artesanales, educativas, literarias, etc., que truncan el proceso de resocialización.

⁶ Es la sumatoria del descuento físico y del redimido por trabajo o estudio.

En este proceso de búsqueda de la resocialización, viene posteriormente **la fase de mínima seguridad**, en la que el interno accede a programas educativos y laborales, en un espacio con mínimas medidas de restricción y que se orientan al fortalecimiento de su ámbito personal, de restructuración de la dinámica familiar y laboral, como estrategias para afrontar la integración social positiva y la consolidación de su proyecto de vida en libertad.

Según la Resolución 7302 de 2005, en ésta fase se clasifican aquellos internos que hayan cumplido las 4/5 del tiempo requerido para la libertad condicional; que previamente hubiesen sido clasificados en fase de mediana seguridad –no se pueden saltar las mismas- hayan cumplido a cabalidad con los deberes del beneficio administrativo de hasta 72 horas en caso de haber accedido a éste; no registre requerimientos por autoridad judicial; que hayan demostrado responsabilidad y manejo adecuado de las normas internas y que haya cumplido con las metas propuestas en su Plan de Tratamiento Penitenciario para esta fase. (p.7)

Y llegamos a la última fase de tratamiento penitenciario llamada **de confianza** que se orienta al desarrollo de actividades que permitan evidenciar el impacto del tratamiento realizado en las fases. Se accede a ella al ser promovido de la fase de mínima seguridad siempre que previamente se hubiese cumplido con el requisito subjetivo y con el tiempo requerido para la concesión de la libertad condicional hayan demostrado un efectivo y positivo cumplimiento del tratamiento penitenciario y cuenten con previa verificación desde el ámbito externo a la prisión, con apoyo para fortalecer aún más su desarrollo integral. De conformidad con la resolución 7302 de 2005 esta fase se evidencia igualmente cuando procediendo la libertad condicional, esta ha sido negada por la autoridad judicial. (p. 7)

Este sistema de fases está proyectado para que sea ejecutado completa e integralmente, aplicado a todos los ejecutores de la pena privativa de la libertad, en cumplimiento de los fines de resocialización y rehabilitación, pilares del objetivo final del tratamiento penitenciario.

Frente a esta secuencia de clasificación, me permito presentar las siguientes inquietudes: En los Artículos 147 a 149 de la Ley 65 de 1993 se exponen los beneficios administrativos a los que pueden acceder los condenados y aunque si bien los beneficios no son el objeto del presente trabajo, si tienen una relación directa con el proceso de resocialización ya que se encuentran estrechamente ligados al acondicionamiento en libertad y al fenómeno de la reincidencia como se señala más adelante. Tenemos que para la concesión de un beneficio judicial o administrativo, las normas que los contemplan tienen siempre en cuenta dos factores: uno subjetivo, que es la conducta desarrollada por el interno en su reclusión y el otro factor es el objetivo, que se mide en términos de tiempo del descuento de su condena. Así y refiriéndonos exclusivamente a este factor objetivo, cuando la persona condenada descuenta la tercera (1/3) parte de su pena, puede acceder al beneficio contemplado en el artículo 147 de la ley en cita, es decir, el permiso de salida hasta por setenta y dos (72) horas. Y, si descuenta las cuatro quintas (4/5) partes de la pena podrá acceder a los beneficios de salida sin vigilancia durante quince (15) días continuos y sin que exceda de sesenta (60) días al año (Artículo 147 A), salida por los fines de semana, incluyendo lunes festivos (Artículo 147B), Libertad preparatoria (Artículo 148) y franquicia preparatoria (Artículo 149). Todos estos beneficios suponen la negativa de la libertad condicional, que la época de presentación del presente trabajo de tesis se encuentra establecida en el descuento de las tres quintas (3/5) partes de la pena.

Sin embargo, el artículo 32 de la Ley 1709 del veinte (20) de enero del año dos mil catorce (2014) que modificó el Artículo 68A de la Ley 599 de 2000, excluyó la posibilidad de conceder subrogados penales a quienes hubieren sido condenados por algún delito doloso dentro de los cinco años anteriores. Esta prohibición excluye la posibilidad de acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión y no se puede obtener ningún otro beneficio judicial o administrativo (excepto por beneficios por colaboración por las autoridades).

4. Responsabilidad del Estado

A partir de la Constitución de 1991, Colombia se define como un Estado Social de Derecho, y en el artículo 2° de dicha Carta Magna se consagran los fines esenciales del Estado, de la siguiente manera: “(...) 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 (...)”. (p.13)

Por su parte, el artículo 90 de la misma obra, consagra la responsabilidad extracontractual del Estado, determinando la obligación de reparar el daño antijurídico causado a un administrado cuando la imputación del mismo recae en la administración pública.

Dentro de la responsabilidad del Estado, encontramos dos categorías: responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva. La responsabilidad objetiva se caracteriza porque no exige que el

Estado haya incurrido en una falla en el servicio, basta con comprobar el hecho dañoso, el daño sufrido y el nexo causal. Por el contrario, la responsabilidad subjetiva, requiere que el hecho causante del daño se derive de una falla del servicio proveniente del Estado.

Dentro la responsabilidad objetiva encontramos dos subcategorías: daño especial y riesgo excepcional. La responsabilidad por daño especial ocurre cuando la administración debe reparar un daño causado por una actividad legítima que no estaba obligado a soportar un ciudadano. Este daño, se soporta en el principio de la igualdad de los gobernados ante las cargas públicas, es decir, en el evento que el ciudadano soporte una carga colectiva, que pesa sobre todos los demás ciudadanos, no se configura la responsabilidad por daño especial. No obstante, si un ciudadano soporta una carga individualmente, se constituye una carga especial que el Estado debe indemnizar. (Rodríguez, 2013)

Para que exista la responsabilidad extracontractual por daño especial, deben concurrir dos requisitos: i) Que la actividad derivada del Estado, sea legítima y goce de plena legalidad; y, ii) Que haya un rompimiento del principio de la igualdad de los gobernados ante las cargas públicas.

Señala el Consejo de Estado en fallo del 28 de octubre de 1976:

Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño

especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y sus actuaciones del Estado, equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado”. (Consejo de Estado, 1976)

Otra modalidad de la responsabilidad del Estado que no requiere la existencia de culpa, es la responsabilidad por riesgo, la cual se define, como la colocación en riesgo “de naturaleza excepcional”, a un administrado, en su persona o en sus bienes, con la finalidad de velar por el beneficio de la comunidad, ya sea, en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio.

Rodríguez (2013), en su libro Derecho Administrativo General y colombiano, señala:

La jurisprudencia ha aplicado este régimen de responsabilidad fundamentalmente a los eventos en los cuales la producción del daño tiene como causa la realización de actividades peligrosas o la utilización de instrumentos destinados a esas actividades, como la conducción de energía eléctrica, el uso de armas de fuego y vehículos automotores de propiedad del Estado. Así mismo, se ha aplicado éste régimen a los daños causados con ocasión de actos terroristas contra dependencias de la fuerza pública. (p. 622)

Ahora, dentro de la responsabilidad subjetiva, encontramos la falla en el servicio. En ésta última, encaja el desarrollo del trabajo que hoy nos ocupa.

Sin embargo y para adentrarnos en la cuestión que nos ocupa, el cumplimiento de esos deberes no se refleja cuando un individuo cumple una condena impuesta por el Estado a través de los entes competentes. Tenemos en primer lugar, que la pena cumple funciones de prevención general y especial, retribución justa, reinserción social y protección al condenado. La reinserción social y la prevención especial, operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión. Así lo establece el Código Penal en su artículo 4º, tal como lo habíamos indicado inicialmente. Paralelamente, tenemos la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas esto con sustento jurídico en la Carta Magna, fundamentado en el artículo 90 el cual instituye el concepto de daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, estableciendo una cláusula general de responsabilidad del Estado, la cual determina la responsabilidad patrimonial por daños antijurídicos que le sean imputables, derivados de la acción u omisión de las autoridades públicas. Para demostrar dicha responsabilidad es suficiente acreditar la falla funcional y de ésta se presume la culpa del deber primario del Estado de prestar bien los servicios públicos a la comunidad los que deben ser satisfechos por la administración.

En este entorno surge la responsabilidad del Estado por falla del servicio derivada de la irregularidad en la prestación del servicio y la ineficiencia en esta, estando el Estado comprometido a prestar bien un servicio a la comunidad derivándose de él la responsabilidad por acción u omisión.

Para el caso concreto que nos ocupa, las personas privadas de su libertad con ocasión de haberse probado su culpabilidad en un proceso penal, cumplen su pena en establecimientos

carcelarios o penitenciarios cuya funcionalidad se rige por normas que las legitiman y a quienes se les encomienda una función de resocialización para la reinserción en la sociedad de las personas condenadas y una vez acceden a beneficios judiciales y administrativos entendemos que ese proceso de resocialización se cumplió a cabalidad y exitosamente. Más, si reinciden, ¿podríamos estar frente a una falla en la prestación del servicio de resocialización por parte del Estado? Esto es precisamente lo que se pretende desarrollar.

4.1 Configuraciones de la falla en la prestación del servicio

Sobre la omisión en la prestación del servicio, ha referido el Consejo de Estado, en sección tercera, Exp. 14880, sentencia de 30 de noviembre de 2006 y sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2011 Rdo. 52001-23-31-000-1999-00518-01 (20750), la falla en el servicio se configura por: retardo, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del mismo:

i. Retardo: Es la actuación tardía de la administración en prestar el servicio a la comunidad. En la función pública puede presentarse en diferentes esferas: desde la salud, la seguridad e incluso en el acceso a la administración de justicia. Para evidenciar ello presentamos uno de los muchos ejemplos que la jurisprudencia de nuestro Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera - subsección A Exp.: 760012331000200501933-01 (R-35.497)

Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera Sentencia 2005-01933/R-35497 de abril 29 de 2015, nos trae:

En cuanto a los pronunciamientos que la jurisprudencia de esta corporación ha realizado acerca del retardo o morosidad en la función de administrar justicia, la Sala, en vigencia de la Constitución de 1991, ha reconocido el derecho a la indemnización por fallas de la rama judicial, en particular respecto de su indebido funcionamiento, cuando la prolongación de las decisiones se tornan injustificadas y por ello causan detrimento patrimonial.

De lo anterior se colige que el Estado puede ser responsable por la tardanza o retraso en la actividad judicial cuando, por su defectuoso funcionamiento afecte los derechos patrimoniales de los usuarios; pero, en caso de ocurrir así (por morosidad) no existe una dilación indebida del proceso judicial por el simple incumplimiento de los plazos procesales establecidos, porque la garantía constitucional con la que cuentan los asociados consiste en que sus conflictos sean resueltos dentro de un tiempo razonable. (Consejo de Estado, 2015)

El plazo razonable tiene entonces una íntima relación con el acceso a la administración de justicia, la investigación, el enjuiciamiento y la decisión de fondo, garantizando de esta manera el derecho a obtener una oportuna respuesta de las autoridades respecto del asunto que se le puso en conocimiento y la falta de razonabilidad en el plazo para el desarrollo de un proceso judicial, es por sí mismo una violación a las garantías judiciales.

ii. Irregularidad: Se presenta cuando el Estado presta el servicio de forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando la norma, órdenes y demás reglamentos que lo regulan.

Esta situación igualmente conculca los derechos fundamentales y el acceso a la administración de justicia de los administrados, quienes confían en que nuestro Estado Social de Derecho se rige por los principios de legalidad, entre otros.

iii. Ineficiencia: Sucede cuando la administración presta el servicio sin diligencia ni eficacia como sería su deber legal. Los casos más comunes en esta falla del servicio se tienen en materia de salud y responsabilidad médica sin que otras esferas de servicio público no se encuentren exentas en su incursión. Ejemplificamos esta falla con la citación del siguiente aparte de una decisión del máximo órgano administrativo: Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sala plena, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, 28 De Agosto De 2014, Radicación Número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804):

Con todos los riesgos el profesional, siendo el único que dio muestras de ética médica, practicó la operación en el quirófano del hospital, logrando salvarle la vida a la señora Amparo, pero con el infortunio de extracción de la bebé sin vida, producto de la deshumanización e ineficiencia del servicio de salud prestado por la E.S.E Hospital San Vicente de Paúl de Lorica. (Consejo de Estado, 2014)

Nos encontramos frente al caso contrario de la omisión. Efectivamente se da un actuar del Estado, no obstante, de manera ineficiente, situación que genera una responsabilidad estatal ya que el administrado no estaba obligado a soportarlo.

iv. Omisión o ausencia: Ocurre cuando la administración teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa y deja desamparada a la ciudadanía. Son innumerables las sentencias en las que la omisión como sustento de la falla del servicio ha sido el título jurídico de imputación que desencadena la obligación indemnizatoria del Estado.

A título de ejemplo presentamos el siguiente extracto, emanado del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, ocho (8) de marzo de dos mil siete (2.007).

En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido —o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa— al referido contenido obligacional, esto es, se ha apartado —por omisión— del cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento

jurídico le ha asignado, es menester precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido la Sala, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. En el mismo sentido hasta ahora referido, es decir, en el de sostener que se hace necesaria la concurrencia de dos factores para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado en estos casos —la constatación de la ocurrencia de un incumplimiento omisivo al contenido obligacional impuesto normativamente a la Administración, de un lado, y la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño, de otro. En suma, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse —temporalmente hablando— de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta. (Consejo de Estado, 2007)

Notemos que esta jurisprudencia, como las demás relativas a la falla del servicio por omisión, resaltan que existe una norma que atribuye una obligación a un ente estatal que ha hecho caso omiso a su cumplimiento, como primer requisito para que se derive la responsabilidad y el segundo, el daño con su correspondiente nexo de causalidad.

Siendo la falla del servicio el título jurídico de imputación por excelencia y el mecanismo más idóneo para asentar responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual, de allí se deriva la obligación indemnizatoria del Estado⁷ en el entendido de que la entidad tiene el deber legal de la obtención efectiva de un resultado determinado, haciendo, previendo y no resistiendo el suceso, el Estado es responsable de prestar el servicio del cual tiene un deber legal y al cual se comprometió.

4.2 Elementos indispensables para imputar responsabilidad al Estado

La Corte Constitucional, en sentencias C-619 y C-918 ambas del año 2002, C-037 de 2003 y C-864 de 2004, al referirse a la responsabilidad del Estado, menciona los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado -valga la redundancia-, como se traduce a continuación:

(...) El instituto resarcitorio se configura siempre y cuando: (i) ocurra un daño antijurídico o lesión, (ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público y (iii) exista una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión del ente público; ampliándose de este modo el espectro de la responsabilidad estatal al superar el postulado inicial de la falla en el servicio, para adentrarse en el ámbito del daño antijurídico entendido como aquél daño patrimonial o extrapatrimonial que se causa en forma lícita o ilícita al ciudadano, sin que éste se encuentre en la obligación jurídica de soportarlo.

⁷ Consejo de Estado, sección tercera, exp. 8163, sentencia del 13 de julio de 1993, la cual trata la falla del servicio como el título jurídico de imputación por excelencia.

El Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera- subsección a, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, radicación: 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097), 26 de mayo de 2011, al igual que señaló la Honorable Corte Constitucional, en sentencias C-619 y C-918 de 2002, que para declarar la responsabilidad estatal se requiere la concurrencia de estos dos presupuestos: “(i) la existencia de un daño antijurídico y (ii) que ese daño antijurídico le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad”, elementos indispensables para imputar la responsabilidad al Estado conforme lo establecido en el artículo 90 de la Carta Magna, esto es la imputabilidad del Estado. (Corte Constitucional, 2002; Consejo de Estado, 2011)

Concluimos entonces con estas referencias jurisprudenciales que el daño antijurídico que acarrea el deber de reparación del Estado es coherente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho dado que es al mismo Estado a quien corresponde salvaguardar los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración, con lo que se busca proteger a los administrados de la actividad pública que al ocasionar un daño está en la obligación de resarcirlo por cuanto los administrados no están en la obligación de soportarlo. Así, la fuente de responsabilidad patrimonial del Estado es **el daño** que necesariamente ha de ser **antijurídico** por cuanto el administrado que lo sufre **no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio**, el cual se torna en indemnizable, siempre que no contenga causales de justificación y que sea imputable al Estado.

4.3 Presupuestos para que proceda su declaratoria.

Para que proceda la declaratoria de responsabilidad Estatal, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera subsección b, Consejera Ponente Doctora Gladys Agudelo Ordoñez, concepto no. 232 /2011, expediente: 190012331000200301507 01 (40059), de diciembre 1 de 2011, ha señalado que se den los siguientes presupuestos:

i. Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta de que se trata no es la del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración. (Consejo de Estado, 2011)

Así las cosas, el Consejo de Estado en sección tercera, expediente no. 27.434, de marzo 8 de 2007, declaró:

En casos en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada.

Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO. (Consejo de Estado, 2007)

Lo anterior implica que la administración ha actuado o dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano.

ii. Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, penal, etc. con características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc...

Es de resaltar que la responsabilidad del Estado o la culpa de la administración puede presentarse cuando incumple su obligación de prestar eficientemente los servicios públicos y no causar un daño consiguiente, pues ese deber legal incumplido, genera un daño en la persona, como lo es el daño moral y psíquico encajado dentro el perjuicio extrapatrimonial, daño que, según afirma Isaza (2013) “toca el fuero interno de las personas en sus sentimientos y emociones”. (p. 57), lo que se puede evidenciar en los efectos psicológicos fruto de la *prisionalización*. (Clemmer, 1940)

En cuanto al concepto de daño moral, Isaza (2013), cita a la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de mayo 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01, sustentándolo de la siguiente manera:

El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo,

sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, la aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímico, desolación, impotencia u otros signos expresivos. (p. 57)

De igual forma, sostiene Isaza (2013), citando a Bustamante, que el daño psicológico consiste en una perturbación permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológica, causada por un hecho ilícito, que genera en el sujeto que lo padece la posibilidad de reclamar el resarcimiento o la indemnización de tal concepto contra quien ha ocasionado el daño y debe responder por ello “(...) Aquel se configura mediante la alteración de la personalidad, es decir, una perturbación profunda del equilibrio regulado por el razonamiento, que guarda un adecuado nexo causal con el hecho dañoso”. (p. 84-85)

Ahora bien, respecto los efectos psicológicos fruto de la *prisonalización* (Clemmer, 1940), históricamente se encuentra el experimento realizado en 1971 por un equipo de investigadores liderado por Philip Zimbardo de la Universidad Stanford, en la cárcel de Stanford donde se ejecutó un estudio psicológico acerca de la influencia de un ambiente extremo: la vida en prisión, las conductas desarrolladas por hombres voluntarios que desempeñarían el rol social asignado: prisionero o guardia fueron tan intensas que terminó por cancelarse al cabo de unas semanas, el antecedente de este experimento se puede encontrar en el experimento de Milgram, que fue llevado a cabo en 1963 en la Universidad de Yale por Stanley Milgram, un antiguo amigo de Zimbardo, este experimento consistió en pagarle a unas personas por su trabajo que consistía en aplicar descargas de energía a otra personas que debía recordar y tener buena memoria, frente a cada error se le aplicaba una descarga aún peor.

Según Santiago (2012), el psicólogo Zimbardo para el año 1971 quiso estudiar el entorno sobre el carácter y conducta humana, a los 5 o 6 días, esto se había convertido en un escenario cruel donde la gente se insultaba e inclusive se apuñaleaba, los índices de agresión se incrementaron; se trató de un experimento realizado en el laboratorio de psicología a principios de los años 70', llamado como "el extraño caso de la prisión de Stanford". Zimbardo (1971) afirmó "todos tenemos una parte mala y una buena en espera de una situación para manifestarse y cuando la situación ha pasado volvemos a ser de nuevo nosotros mismos otra vez" (0:00-7:04).

Los efectos psicológicos que la prisión produce en los encarcelados fue definida por vez primera por Clemmer en el año 1940, como *efecto prisionalización*, concebida como la asimilación de los internos frente hábitos, usos, costumbres y cultura de la prisión, desligándose de ello una adaptación de conducta, de personalidad debido a la permanencia en prisión (Clemmer, 1940; Pinatel, 1969; Goffman, 1979; Pérez y Redondo, 1991).

Actualmente, las investigaciones realizadas por Ruiz (2007), quien realiza un arduo y amplio estudio sobre los aspectos psicosociales del interno, define la *prisionización* como "proceso mediante el cual la persona que ingresa en prisión vive cambios en sus cogniciones, en la salud mental y física y en sus pautas de conducta como reacción adaptativa a las exigencias del ambiente penitenciario". (p.42). Señalando que el encarcelamiento es uno de los efectos más traumáticos que puede experimentar una persona.

Existe pues una diferencia que radica frente a la categoría del penado, el que entra por primera vez conserva aún valores pro-sociales y por ende se adhiere más fácilmente al código, a la

norma; no obstante, cuando estas condiciones son producto de la crianza en el que hay una distorsión de las reglas de conducta, el penado no contempla aquella noción de norma y se adapta a nuevas costumbres, lenguaje y códigos carcelarios.

Dentro del factor psicológico encontramos ansiedad, baja autoestima, cambio de personalidad adaptada a conducta penitenciaria, depresión, aislamiento social, aislamiento afectivo, falta de intimidad consecuencia de la vigilancia permanente, rutina, convivencia forzada, frustraciones y una nueva escala de valores condicionantes de relaciones interpersonales basadas en la desconfianza y la agresividad (Arroyo y Ortega, 2009).

Ahora, frente al factor social, existe la contaminación criminal, producto de las nuevas costumbres y entorno de relación del individuo, alejamiento familiar, laboral y social. La adaptación frente a la situación anormal como lo es la prisión, presume nuevas formas de adopción frente a pautas de comportamiento encajadas al contexto, nuevas formas de lenguaje, de comer, dormir, trabajar, vestir, hablar. Así, la personalidad y con ello la conducta frente al ambiente agresivo, hostil, estresor, intimidatorio no es coherente con la construcción del presente, ni con la planificación del futuro.

En éste orden de ideas, la entrada en prisión desarrolla un proceso de adaptación al entorno penitenciario, a esto es lo que se le define como *prisonalización* (Ruiz, 2007).

Arroyo y Ortega (2009) afirman que existen tres niveles de afectación en la prisonalización:

El primero consiste en un comportamiento regresivo, inmaduro, ansioso e inestable desde el punto de vista afectivo como respuesta a la entrada a una Institución carcelaria, lo adaptativo, un segundo estadio daría paso a verdaderos desórdenes de conducta, fundamentalmente marcados por comportamientos agresivos, aparición de un deterioro afectivo depresivo o la presencia de episodios relacionados con trastornos de ansiedad en diferentes manifestaciones, bien somatizadoras, bien en forma de episodios ansiosos agudos. En un tercer nivel de este proceso de deterioro, aparecerá una patología mental severa, con brotes psicóticos, trastornos afectivos severos, reacciones vivenciales anormales o graves crisis de ansiedad e inadaptación a la prisión, lo que aconsejaría el ingreso hospitalario del recluso. (p. 2)

Gibs (1991), citado por Ruíz (2006), considera que el estrés psicológico en prisión puede manifestarse como psicopatología, y puede ser visto como una transacción entre la persona y el medio ambiente “Cuando las personas no encuentran en el ambiente lo que demandan, ellos experimentan estrés. Para probar su modelo, el autor evalúa a una muestra de 339 internos en sintomatología psicopatológica (somatización, ansiedad fóbica, ideación paranoide, etc.)”, estos son algunos de sus resultados “el 31% de los internos había sufrido desórdenes mentales severos (esquizofrenia, depresión mayor o desorden bipolar), 11 personas intentaron suicidarse”. (p. 45)

Igualmente este mismo autor menciona el estatus que el preso tiene entre los demás internos, esto depende de aspectos como el no delatar a otros, no meterse –no ver, no oír- donde no le llaman y cumplir con las promesas dadas a los otros internos, además resalta que el reconocimiento que el interno llegue a alcanzar en prisión dependerá del grado en que goce de

las siguientes fuentes de poder: Del uso de fuerza o violencia en el delito cometido (excepto para los delincuentes sexuales) o en sus relaciones con los demás internos; el dinero, que permite comprar seguridad, espacios, mejor comida y otros privilegios en el patio; la información, por medio de la cual el interno que logra reunir información de quien entra y sale de la cárcel, qué medidas prepara la institución en el penal o en alguna de sus secciones, o el que tiene conocimientos de derecho y ayuda a otros internos en sus causas judiciales se vuelve útil para los demás internos, lo cual le permitirá tener una posición ventajosa en la prisión (Ruíz, 2007).

Como señala Cornelius (1992), citado por Ruíz (2007), “la cultura de los internos es de supervivencia, una manera de sobrevivir es manipular a los oficiales de las correccionales e imponerse a otros internos para controlar el entorno penitenciario y acceder a ciertos beneficios”. (p.49). En el entorno penitenciario, existen algunos factores que inciden en la violencia, debido a la multitud y hacinamiento, los presos tienden a conformar grupos, asciende la dificultad de vigilancia por parte de la guardia y desencadena en la dificultad de control y vigilancia de las acciones de los internos.

Estos son algunos efectos cognitivos de la vida en prisión que menciona José Ignacio Ruiz: Primitivización de las relaciones sociales, manifestaciones de la sexualidad en prisión, Incremento de la masturbación debido a las restricciones y solución al estrés, masturbación asociada que impulsa la realización de conductas homosexuales, Violaciones efectuadas por la fuerza: El interno nuevo y joven suele ser blanco de estas agresiones y degeneración del instinto, la esfera sexual se primitiviza, por la falta de intimidad, las coacciones o las limitaciones de tiempo para mantener contactos íntimos con la visita conyugal. (p. 50-52)

El interno y su pareja para mantener relaciones íntimas tienen que someterse a una fila o en espera de que la celda sea desocupada o sostener relaciones sexuales al mismo tiempo en la misma celda y cubiertos con sábanas que cumplen la función de paredes, éstas son colgadas desde el camarote de arriba, obviamente para las personas que “afortunadamente” cuentan con la cama de abajo. Neuman (1980), citado por Ruíz (2007), señala que a tal fin se han dado soluciones o propuestas diversas, desde las que propugnan la abstinencia total de los detenidos a otras como: Uso de drogas para mitigar el impulso sexual, facilitar las visitas conyugales, la ocupación de los internos mediante deporte o trabajos (pesados), establecimientos de servicios profesionales para quienes carecen de visita conyugal. (p. 52-53)

A personas en condiciones precarias y de inferioridad como lo son los internos en establecimiento carcelario se les debe garantizar un trato humano para desarrollar una actividad laboral, sexual, de desarrollo personal, y la garantía de no ser víctimas de violencia física por parte de sus compañeros y de la guardia.

iii. Una relación de causalidad entre la falla de la administración y el daño.

Es menester señalar que la responsabilidad directa del Estado por falla en el servicio en relación con la pena y su función, entraña aspectos de suma importancia teórica y práctica por cuanto su importancia actual es realmente relevante al tener el Estado la responsabilidad (Art. 90 Carta Magna) de resocialización del condenado (Artículo 4° Ley 599 de 2000).

Generándose un daño psicológico dentro del establecimiento carcelario, teniendo en cuenta que la función del Estado dentro de la función de la pena es de protección al condenado, elemento que no se cumple si se presenta el daño moral y el daño psicológico.

El Estado no cumplir cabalmente con sus postulados, surge la *prisonalización*, vista como la imposición de penas, y con ello la privación de la libertad, de donde se desencadenan unos efectos psicológicos debido a la longevidad de las penas y su tratamiento interno no del todo adecuado; la situación de su encarcelamiento generan reacciones psicológicas, donde el factor principal es la tensión emocional permanente, la pérdida de identidad, autonomía, esfuerzo adaptativo, distorsión afectiva, emocional, cognitiva, perceptiva, en la personalidad y aislamiento social, constituyéndose la cárcel como el entorno cerrado donde el ser humano debe adaptarse.

La cobertura frente a la supervivencia carcelaria no es suficiente, dado a las múltiples personalidades, para lo cual, se desencadenan diversas adaptaciones, en donde se aprende cultura carcelaria como medio de defensa y adaptación; la convivencia y participación en un ambiente cerrado, carcelario, genera efectos psicológicos y sociales, por lo que, según la naturaleza humana, el entorno cambia a las personas, teniendo en cuenta que se copia o replica, la aplicación de conductas de quienes nos rodean.

En la misma línea argumentativa, la utilización justa, medida y ponderada del derecho punitivo que busca proteger los derechos y la libertad de los asociados, debe armonizarse con los fines y valores del ordenamiento jurídico. Así, la proporcionalidad, que en términos prácticos es una prohibición al exceso, tiene su fundamento en los Artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12 y

13 de nuestra Constitución Política, los cuales se refieren al Estado Social de derecho, sus fines esenciales, el reconocimiento sin discriminación alguna de derechos y la primacía de la familia como principal institución social, la responsabilidad de particulares y servidores públicos y el derecho a la vida respectivamente. Pero más allá de las afectaciones psicológicas -que podrían ser superadas con apoyo profesional de este tipo-, del hacinamiento – que podría moderarse con una infraestructura idónea-, existe la dificultad en torno a concretar eficientemente todo el andamiaje normativo erigido en torno al tratamiento penitenciario.

Capítulo III

1. Eficacia o Ineficacia en la Resocialización de las Personas Privadas de la Libertad

Hemos señalado que la pena se impone luego de culminar un proceso con responsabilidad penal. Cuando ella es intramural supone una privación de libertad que es vigilada por el Estado a través del ente judicial –juzgados de Ejecución de Penas- y otro ejecutivo – Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-. En especial, a esta última entidad se le encomienda la función de resocializar al penado, dado que este es uno de los fines esenciales de la pena. Para lograr este objetivo se cuenta con un tratamiento penitenciario conformado por unas fases secuenciales en donde la última debe entregar a la sociedad a un individuo resocializado. Esta es la ley, desafortunadamente no es la realidad, ni en el tratamiento, ni en el resultado.

En lo primero –el tratamiento o método- por cuanto ha sido nuestra propia Corte Constitucional a través de diversas sentencias, entre otras, T-153 de 1998, T-388 de 2013, T-762 de 2015, ya ha declarado el Estado de Cosas Inconstitucionales en establecimientos carcelarios y respecto de las personas privadas de su libertad en donde la dignidad, la salud, la alimentación y la libertad sexual, entre otros derechos fundamentales se encuentran en un constante estado de vulneración y en donde el hacinamiento no contribuye al mejoramiento de las condiciones carcelarias para las personas condenadas. Respecto del hacinamiento han sido prolíferas las sentencias, sobre todo de tutela, en las diferentes instancias judiciales del país, pero de relevante importancia resultan las emitidas por el Alto Tribunal Constitucional, que entre otras señala:

Los intervinientes en el proceso que finalizó con la sentencia T-388 de 2013, advirtieron que si bien el hacinamiento es una complicación grave que no ha sido superada en su totalidad, es causa de muchas otras problemáticas que también deben enfrentarse. Entre estas pueden destacarse la violencia, la ingobernabilidad, la escasez de bienes y servicios al interior de los establecimientos, la corrupción y el mercado negro de esos bienes y servicios escasos.

Igualmente, en la sentencia T-762 de 2015, se menciona que todos los problemas asociados, directa o indirectamente, al hacinamiento carcelario terminan por eliminar cualquier pretensión de resocialización y por generar ambientes que propician y fomentan la criminalidad, convirtiendo a las prisiones en verdaderas “universidades del delito”.

Y en lo segundo —el resultado—, desafortunadamente el fenómeno de la reincidencia no contribuye en favor de la labor de resocialización implementada por el Estado y se erigen en una evidencia del fracaso en la labor de resocializar, como finalidad de la pena.

Ya lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-388 de 2013, al referirse a los costos de la actual política criminal y al impacto de la reincidencia:

- i) Costos en derechos. El principal costo del castigo y la sanción penal, tiene impacto sobre el derecho a la libertad de las personas privadas de la libertad. Sin embargo, ese impacto es legítimo en un Estado Social de Derecho que usa el derecho penal como última ratio y que propicia condiciones dignas de reclusión.

Ahora bien, debido a la crisis del sistema penitenciario y carcelario del país, los costos en derechos, generados por la política criminal actual se han incrementado significativamente. De un lado se están afectando gravemente los derechos fundamentales de toda la sociedad, pues si la prisión no permite la resocialización real de los condenados, no reduce la reincidencia. Esta situación repercute a su vez en que no se combata la criminalidad y, por el contrario, la misma se fomente y organice desde los centros de reclusión. Un ejemplo dramático de este fenómeno es el descrito por el Ministerio de Justicia y del Derecho, cuando refiere que el 53% de las extorsiones que se comenten en el país, se realizan desde las cárceles. (Corte Constitucional, 2013)

¿Qué hacer entonces si un Estado, obligado como está constitucionalmente a resocializar a quien ha cometido un delito, fracasa evidentemente cuando ese resocializado comete otro delito? Acaso no existe una evidente falla del servicio que podría acarrear una responsabilidad al Estado?, es aceptable que estos interrogantes tengan una respuesta positiva y ameriten un giro total en el proceso de rehabilitación que implemente un trato humano al condenado con una apertura de posibilidades laborales, acompañamiento terapéutico y un cambio total en la política criminal en la que se dejen de priorizar el incremento de infraestructuras penitenciarias y el aumento de penas, por un verdadero sistema de oportunidades durante el proceso penitenciario y posterior a él.

2. La reincidencia como indicador de la no resocialización

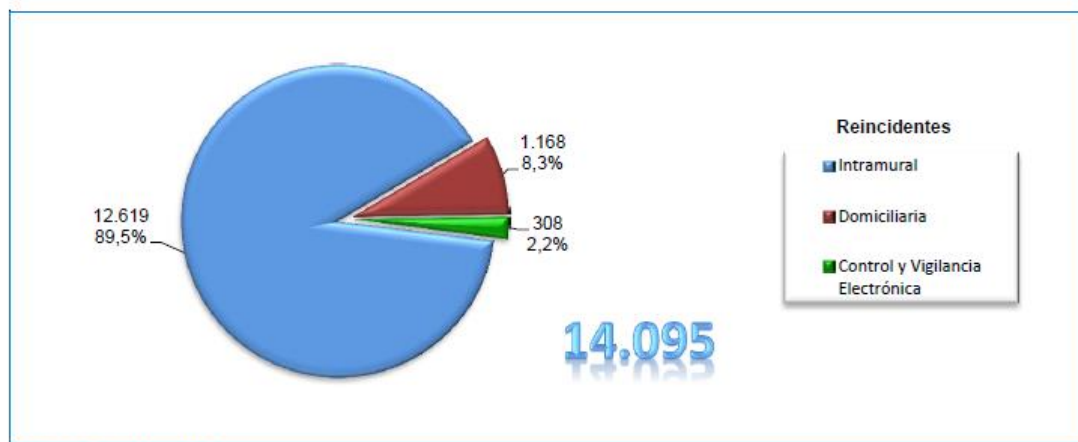
La reincidencia hace referencia a aquellos individuos que habiendo sido condenados en ocasiones anteriores, han vuelto a ser privados de la libertad y se encuentran en condición de condenados por la comisión de nuevos delitos (INPEC, 2015).

Según el informe anual que elabora el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia –INPEC-, para los años 2015, 2016, y 2017, en sus diferentes modalidades de penalización, la población reincidente presentó las siguientes cifras:

Año	Intramuros	Domiciliaria	Con control y vigilancia electrónica	Total de reincidencia
Junio de 2015	12.619 (10,4% de la población de los ERON)	1.168 (2,9% de los domiciliarios)	308 (7,4% de los que se encuentran bajo esta condición).	El total de reincidencia corresponde a 14.095 personas, de donde el 93,0% (13.102) de los reincidentes son hombres y el restante 7,0% (99) mujeres. Finalmente, de los 165.860 reclusos a cargo del INPEC para el año 2015, el 8,5% (14.095) son reincidentes, tal como se puede observar a continuación en la tabla 31. (INPEC, 2015)
Enero de 2016	13.843 (11,5%) frente a la población de los ERON	2.655 (5,8%) de los de los asegurados bajo esta modalidad	448 (10,6%) de quienes se encuentran bajo estos mecanismos de custodia.	El total de reincidencia corresponde a 16.946 personas. Así mismo, el 92,6% (15.684) de los reincidentes son hombres y el restante 7.4% (1.262) mujeres. Finalmente, de los 170.478 reclusos a cargo del INPEC, el 9,9% (16.946) son reincidentes.

Enero de 2017	178,6% (14.860)	18,9% (3.570)	2,6% (487)	18.917 personas. Según el sexo, la población reincidente se distribuyó en 92,8% (17.562) hombres y 7,2% (1.355) mujeres
----------------------	--------------------	------------------	------------	---

Gráfica 19. Población reclusa reincidente, Junio 2015



Fuente: SISIPEC WEB – JUNIO 2015

Tabla 31. Población reclusa reincidente, Junio 2015

Regional	Intramural			Domiciliaria			Control y Vigilancia Electrónica			Total reincidentes			
	Hombre	Mujer	Subtotal	Hombre	Mujer	Subtotal	Hombre	Mujer	Subtotal	Hombre	Mujer	Total	Participación
Central	5.087	340	5.427	338	78	416	115	23	138	5.540	441	5.981	42,4%
Occidente	1.637	103	1.740	113	19	132	8	4	12	1.758	126	1.884	13,4%
Norte	527	19	546	66	5	71	11	0	11	604	24	628	4,5%
Oriente	1.505	94	1.599	98	12	110	11	9	20	1.614	115	1.729	12,3%
Noroeste	1.311	62	1.373	203	10	213	46	10	56	1.560	82	1.642	11,6%
Viejo Caldas	1.775	159	1.934	183	43	226	68	3	71	2.026	205	2.231	15,8%
Total	11.842	777	12.619	1.001	167	1.168	259	49	308	13.102	993	14.095	100,0%
Participación	93,8%	6,2%	100,0%	85,7%	14,3%	100,0%	84,1%	15,9%	100,0%	93,0%	7,0%	100,0%	100,0%
	89,5%			8,3%			2,2%			100,0%			

Fuente: SISIPEC WEB – JUNIO 2015

Nota metodológica: El número de internos reincidentes presenta una reducción de 5.688 con respecto al mes de mayo de 2015, la cual obedece a que los códigos de programación mediante los cuales se generan las estadísticas del aplicativo SISIPEC WEB, para esa variable fueron ajustados. El ajuste fue necesario debido a que se observó que existía una inconsistencia respecto a un estado de la población interna que no debe contemplarse para generar este reporte.

Gráfica 14. Población reincidente, enero 2016

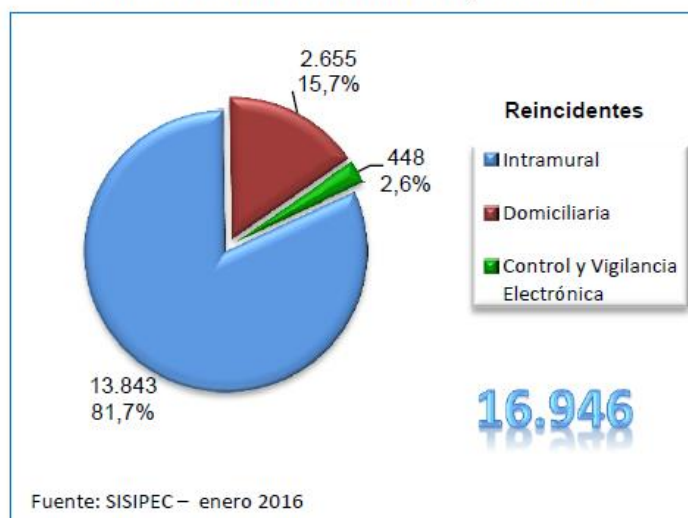
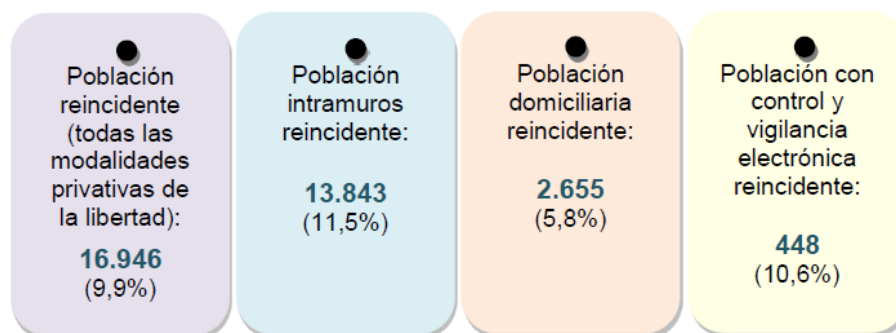


Tabla 37. Población reclusa reincidente, enero 2016

Regional	Intramural			Domiciliaria			Control y Vigilancia Electrónica			Total reincidentes			
	Hombre	Mujer	Subtotal	Hombre	Mujer	Subtotal	Hombre	Mujer	Subtotal	Hombre	Mujer	Total	Participación
Central	4.683	339	5.022	697	114	811	174	21	195	5.554	474	6.028	35,6%
Occidente	2.425	164	2.589	364	70	434	39	5	44	2.828	239	3.067	18,1%
Norte	1.044	25	1.069	302	38	340	35	1	36	1.381	64	1.445	8,5%
Oriente	1.249	72	1.321	221	25	246	16	6	22	1.486	103	1.589	9,4%
Noroeste	1.806	116	1.922	420	47	467	88		88	2.314	163	2.477	14,6%
Viejo Caldas	1.776	144	1.920	285	72	357	60	3	63	2.121	219	2.340	13,8%
Total	12.983	860	13.843	2.289	366	2.655	412	36	448	15.684	1.262	16.946	
Participación	93,8%	6,2%	100,0%	86,2%	13,8%	100,0%	92,0%	8,0%	100,0%	92,6%	7,4%	100,0%	100,0%
	81,7%			15,7%			2,6%			100,0%			

Fuente: SISIPPEC – enero 2016



Fuente: SISIPPEC - Enero 2016. Informe anual INPEC, 2016.

Tabla 47. Población reclusa reincidente

Regional	Intramural			Domiciliaria			Control y Vigilancia Electrónica			Total reincidentes			
	H	M	Subtotal	H	M	Subtotal	H	M	Subtotal	H	M	Total	Participación
Central	5.407	307	5.714	877	136	1.013	208	21	229	6.492	464	6.956	36,8%
Occidente	2.547	164	2.711	606	100	706	58	4	62	3.211	268	3.479	18,4%
Norte	1.144	23	1.167	436	55	491	46	5	51	1.626	83	1.709	9,0%
Oriente	1.280	79	1.359	311	38	349	20	5	25	1.611	122	1.733	9,2%
Noroeste	1.746	136	1.882	468	63	531	93		93	2.307	199	2.506	13,2%
Viejo Caldas	1.891	136	2.027	400	80	480	24	3	27	2.315	219	2.534	13,4%
Total	14.015	845	14.860	3.098	472	3.570	449	38	487	17.562	1.355	18.917	100,0%
Participación total reincidentes	94,3%	5,7%	100,0%	86,8%	13,2%	100,0%	92,2%	7,8%	100,0%	92,8%	7,2%	100,0%	
	78,6%			18,9%			2,6%			100,0%			
Participación ubicación población reclusa	12,5%			6,7%			12,7%			10,7%			
Participación población condenada	18,4%			12,4%			16,7%			16,9%			

Fuente: SISIPPEC – enero 2017

Con base en las estadísticas anteriores, se puede observar el aumento anual de la población reincidente en sus diferentes modalidades. Es de tener en cuenta que la población reincidente y los indicadores de sobrepoblación aumentan el hacinamiento y si al restar los reincidentes que a la fecha se encuentran, la cifra de población intramuros, sobrepoblación y hacinamiento reduciría, sin embargo, ocurre lo inverso al verdadero modelo que debería operar.

En otro orden de ideas, con respecto a junio de 2015, la población de internos fue 120.905, la sobrepoblación en los ERON 42.861 reclusos(as) y el hacinamiento 54,9%. Si restamos los reincidentes que a la fecha se encontraban intramuros (12.619), las cifras serían: población intramuros 108.286, sobrepoblación 30.242 y el índice de hacinamiento 38,7%, con una reducción de 16,2 puntos porcentuales (INPEC, 2015).

A enero de 2016, la población de internos fue 120.736, la sobrepoblación en los ERON 42.783 reclusos(as) y el hacinamiento 54,9%.; si restáramos los reincidentes que a la fecha se encontraban intramuros (13.843), las cifras serían: población intramuros 106.893,

sobrepoblación 28.940 y el índice de hacinamiento 37,1%, con una reducción de 17,7 puntos porcentuales con respecto al actual (INPEC, 2016).

A enero de 2017, los porcentajes de población reincidente en cada una de las modalidades privativas de la libertad, son los siguientes: en intramuros el 12,5% (de 118.925), en domiciliaria el 6,7% (de 53.265) y con control y vigilancia electrónica el 10,7% (de 3.834 personas que se encuentran bajo este mecanismo de custodia). El total de reincidencia corresponde a 10,7% (18.917) de la población a cargo del Inpec (176.024). En caso de solo tenerse en cuenta la población condenada (112.196), la proporción de reincidentes sería de 16,9% (INPEC, 2017).

La población de internos(as) a enero de 2017 según la gráfica extraída del informe estadístico de enero de 2017 realizado por el Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, fue 118.925, la sobrepoblación en los ERON 40.507 reclusos(as) y el hacinamiento 51,7%, si restáramos los(as) reincidentes intramuros (14.860), las cifras serían: población intramuros 104.065, sobrepoblación 25.647 y el índice de hacinamiento 32,7%, con una reducción de 19,0 puntos porcentuales con respecto al actual (INPEC, 2015).

Para diciembre de 2017, la población reincidente se conformó en intramuros el 75,9% (15.311), en domiciliaria 21,6% (4.365) y vigilancia electrónica 2,5% (506), para un total de 20.182 personas. Según el sexo, la población reincidente se distribuyó en 92,8% (18.734) hombres y 7,2% (1.448) mujeres.

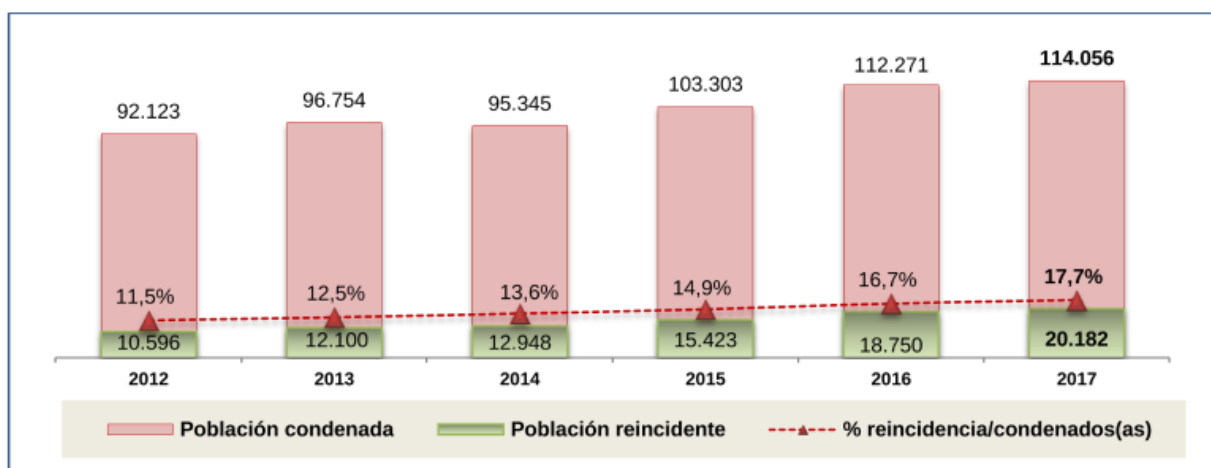
Los porcentajes de población reincidente con respecto a la población condenada en cada una de las modalidades privativas de la libertad, corresponden a: intramural 19,6% (de 77.973 condenados), domiciliaria 13,6% (de 36.777) y con vigilancia electrónica 13,0% (de 3.879), para un total de 17,76% (de 114.056 condenados).

Tabla 50. Población reclusa reincidente

Regional	Intramural			Domiciliaria			Vigilancia Electronica			Total reincidentes			
	H	M	Subtotal	H	M	Subtotal	H	M	Subtotal	H	M	Total	Participación
Central	5.642	330	5.972	1.002	168	1.170	226	19	245	6.870	517	7.387	36,6%
Occidente	2.580	142	2.722	806	107	913	26	7	33	3.412	256	3.668	18,2%
Norte	1.195	29	1.224	597	65	662	63	4	67	1.855	98	1.953	9,7%
Oriente	1.232	67	1.299	438	42	480	27	2	29	1.697	111	1.808	9,0%
Noroeste	1.838	152	1.990	548	68	616	85		85	2.471	220	2.691	13,3%
Viejo Caldas	1.947	157	2.104	439	85	524	43	4	47	2.429	246	2.675	13,3%
Total	14.434	877	15.311	3.830	535	4.365	470	36	506	18.734	1.448	20.182	100,0%
Participación reincidentes por ubicación reclusos	94,3%	5,7%	100,0%	87,7%	12,3%	100,0%	92,9%	7,1%	100,0%	92,8%	7,2%	100,0%	
	75,9%			21,6%			2,5%			100,0%			
Participación reincidentes/población condenada	19,6%			13,6%			13,0%			17,7%			

Fuente: SISIPPEC – Diciembre 2017

Gráfica 14. Población reincidente vs población condenada, 2012 - 2017



Fuente: SISIPPEC – Diciembre 2017

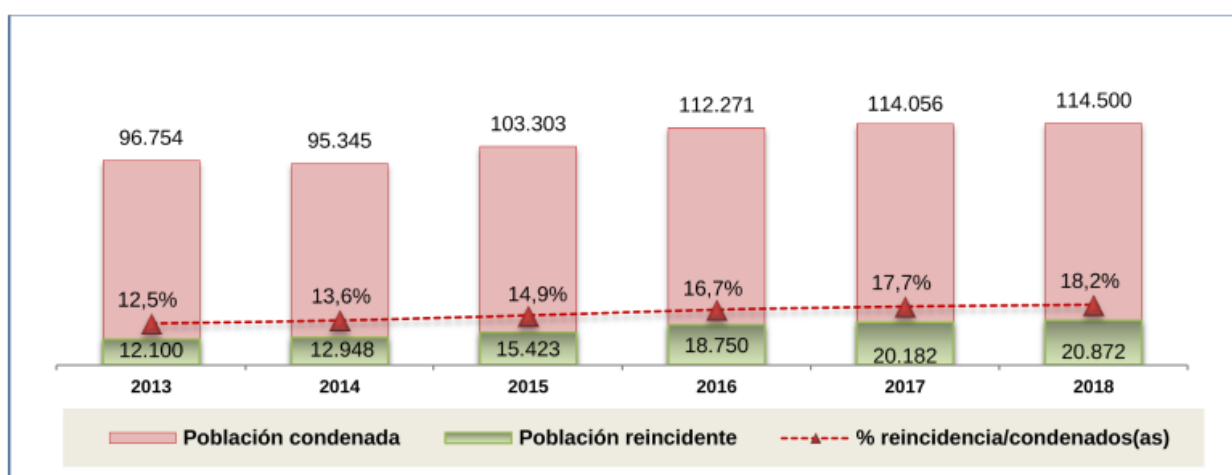
La población reincidente contribuye a incrementar los indicadores de sobrepoblación y hacinamiento, teniendo en cuenta que la población intramural fue 99.439, sobrepoblación 20.228 y el índice de hacinamiento 25,5%, con una reducción de 19,3 puntos porcentuales con respecto al actual. Los porcentajes de población reincidente con respecto a la población condenada en cada una de las modalidades privativas de la libertad, corresponden a: intramural 20,3% (16.040 de 79.023), en domiciliaria 13,5% (4.290 de 31.841) y con vigilancia electrónica 14,9% (542 de 3.636), para un total de 18,2% (20.872 de 114.500 condenados) (INPEC, 2017).

Tabla 48. Población reclusa reincidente

Regional	Intramural			Domiciliaria			Vigilancia Electrónica			Total reincidentes			
	M	F	Subtotal	M	F	Subtotal	M	F	Subtotal	M	F	Total	Participación
Central	5.818	367	6.185	993	161	1.154	237	24	261	7.048	552	7.600	36,4%
Occidente	2.660	152	2.812	832	100	932	24	8	32	3.516	260	3.776	18,1%
Norte	1.301	35	1.336	626	69	695	71	4	75	1.998	108	2.106	10,1%
Oriente	1.322	75	1.397	386	53	439	29	5	34	1.737	133	1.870	9,0%
Noroeste	1.928	155	2.083	516	71	587	86		86	2.530	226	2.756	13,2%
Viejo Caldas	2.067	160	2.227	415	68	483	52	2	54	2.534	230	2.764	13,2%
Total	15.096	944	16.040	3.768	522	4.290	499	43	542	19.363	1.509	20.872	100,0%
Participación reincidentes por ubicación	94,1%	5,9%	100,0%	87,8%	12,2%	100,0%	92,1%	7,9%	100,0%	92,8%	7,2%	100,0%	
	76,8%			20,6%			2,6%			100,0%			
Participación reincidentes/población condenada	20,3%			13,5%			14,9%			18,2%			
	(de 79.023)			(de 31.841)			(de 3.636)			(de 114.500 condenados)			

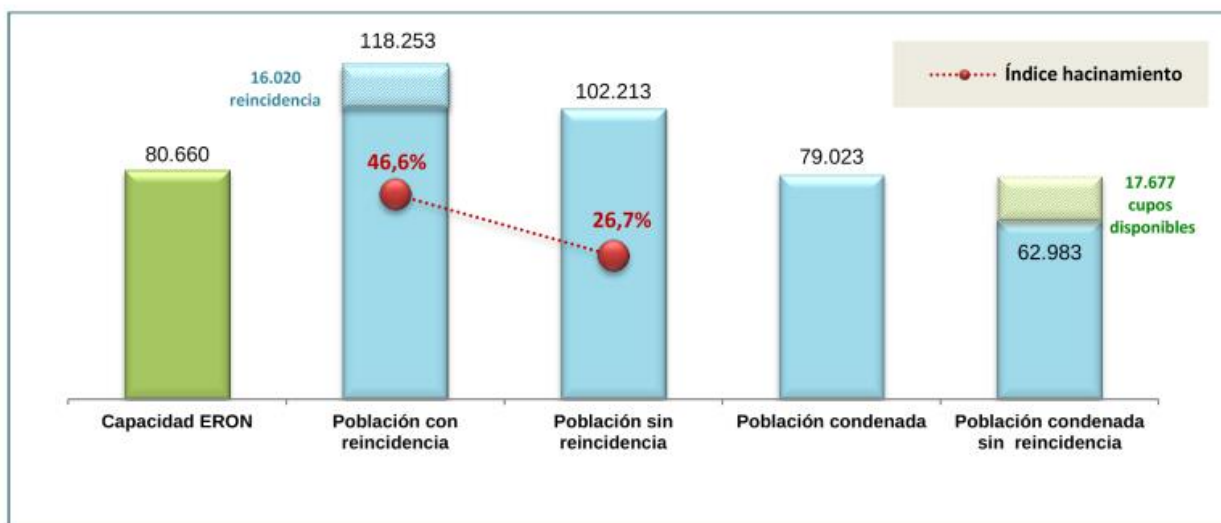
Fuente: SISIPPEC – Julio 2018

Gráfica 13. Población reincidente vs población condenada, 2013 - 2018



Fuente: SISIPPEC – Julio 2018 – Años anteriores a 2018, fecha de corte 31 de diciembre.

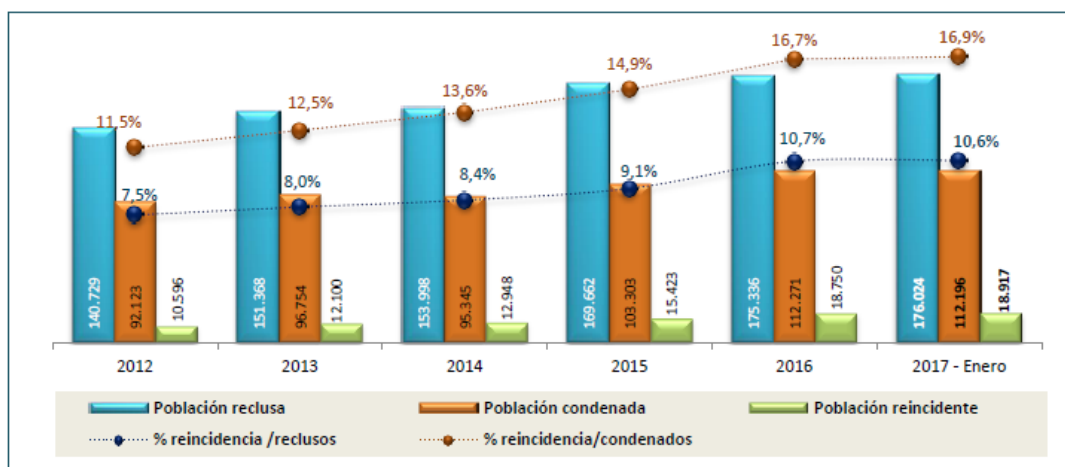
Gráfica 14. Comparativo población intramural Vs reincidencia



Fuente: GEDIP – Julio 2018

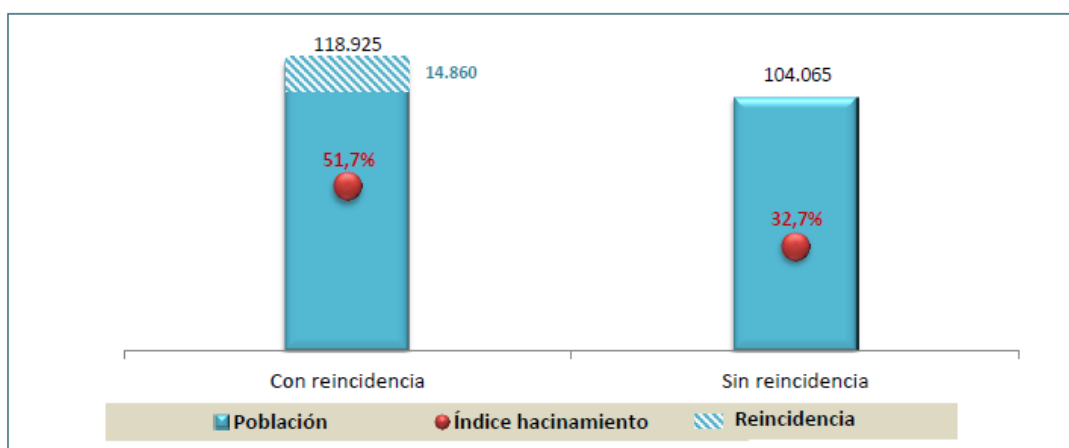
La población reincidente incrementa los indicadores de sobrepoblación y hacinamiento en los establecimientos, teniendo en cuenta que la población intramural fue 118.253 personas, si restamos los reincidentes (16.040), las cifras serían: población intramuros 102.213, sobrepoblación 21.553 y el índice de hacinamiento 26,7% con una reducción de 19,9 puntos porcentuales con respecto al actual (46,6%).

Gráfica 15. Población reclusa reincidente 2011 - 2016



Fuente: SISIPPEC – enero 2017

Gráfica 16. Población reclusa vs reincidencia intramural



Fuente: CEDIP – enero 2017

Al extraer las cifras de reincidencia notamos cómo fracasan los fines de la pena en la realidad, aumentando con esto la población carcelaria con la falla del control Estatal como función social sobre la pena, evidenciando que la función resocializadora de la pena no se materializa eficazmente, siendo necesario adecuar un tratamiento realmente efectivo que permita ésta intención, pues la obligación del Estado en brindar los medios necesarios a los internos para su resocialización, teniendo en cuenta condiciones dignas, supresión de la sobrepoblación carcelaria, atención en salud, principios constitucionales y derechos fundamentales.

Igualmente, el informe establece que la población carcelaria reincidente aumenta los indicadores de sobrepoblación y hacinamiento.

Con respecto a junio de 2015, la población de internos fue 120.905, la sobrepoblación en los ERON 42.861 reclusos(as) y el hacinamiento 54,9%. Si restamos los reincidentes que a la fecha se encontraban intramuros (12.619), las cifras serían: población intramuros 108.286,

sobrepoblación 30.242 y el índice de hacinamiento 38,7%, con una reducción de 16,2 puntos porcentuales. (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia, 2015)

Se puede concluir que la función resocializadora de la pena no se materializa eficazmente, en pro de adecuar un tratamiento realmente efectivo que permita ésta intención. De la pena se predica su necesidad, pues con ella se busca la preservación de la convivencia pacífica de las personas. Y ello porque con la imposición de la misma se busca un efecto disuasivo -evitar la comisión de delitos-, protector –si se cometen delitos, buscar proteger los derechos jurídicamente tutelados- y reincorporativos –buscar que quien cometió un delito sea con el proceso resocializador, parte activa de la sociedad.

La obligación del Estado en brindar los medios necesarios a los internos para su resocialización. Se denota incumplimiento, pues las condiciones indignas, la sobrepoblación carcelaria, las celdas con más personas de las que se deberían asignar y la mala atención en salud, viola principios constitucionales y derechos fundamentales. Así, en los procesos de juzgamiento de conductas punibles el Estado debe proteger los bienes jurídicos frente a la vulnerabilidad que se predica de una persona o de un grupo de personas que presentan características de desventaja por su estado civil, nivel de educación, sexo, edad, etnia, condición física o mental, dentro de este grupo de vulnerabilidad se encuentran las personas de la tercera edad, las que presentan alguna situación de discapacidad, las mujeres, los niños, los indígenas, las personas con disminución mental, los enfermos de VIH, las minorías sexuales y las personas privadas de su libertad y por esa situación de desventaja requieren de un esfuerzo especial para

incorporarse al desarrollo y a la convivencia y por ello el Estado debe brindarles una atención e inversión adicional para lograr su bienestar.

Finalmente, las personas que recobran su libertad se encuentran igualmente en una situación de vulnerabilidad: con algunos años más de vida y sin poder probar una trayectoria laboral durante el tiempo en que estuvieron detenidas, se enfrentan en desigualdad a un mercado laboral discriminatorio; se encuentran desarraigadas, sin acceso ni cabal cumplimiento de un tratamiento psicológico, sin tener oportunidades laborales y de acoplamiento a su vida en familia, muchas de ellas sin un familiar que les apoye en su proceso de reinserción y lo que es peor: en un total abandono estatal.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-181 de 2016, planteó “una visión unidireccional de la finalidad resocializadora de la pena negaría todo objetivo de reinserción social a una sanción fundada en la reincidencia, pues a priori e intuitivamente se llegaría a la conclusión relativa de que el origen mismo de la recaída en el delito es el fracaso de las medidas estatales tendientes a la rehabilitación social del delincuente”.

Sin embargo, realizó un salvamento, arguyendo lo siguiente:

La anterior posición argumentativa, no consulta la realidad de la función resocializadora de la pena, pues la misma no impone deberes unilaterales solamente en cabeza del Estado, sino que implica una serie de obligaciones de doble vía en los que necesariamente participa el delincuente que es objeto de sanción. Conforme a lo expuesto, la función resocializadora de la

pena no se agota en los esfuerzos estatales por lograr la resocialización del delincuente, sino que también implica la participación de aquel, a través de la asunción de compromisos personales y sociales que permitan materializar su rehabilitación en la vida en sociedad, es decir, el condenado penal no es un convidado de piedra en el cumplimiento de los objetivos de la pena impuesta, pues está en la obligación de asumir una actitud activa en su proceso de rehabilitación. Una actitud diferente por parte del sentenciado en la que prime su falta de compromiso y de obligaciones para su rehabilitación, tornaría nugatorio cualquier esfuerzo estatal para su resocialización e implicaría un costo social muy alto en términos de bienestar y convivencia pacífica, por lo que tal medida de agravación punitiva se justifica a partir del fin resocializador de la pena. (Corte Constitucional, 2016)

Si bien, esta es una obligación correlativa, también es cierto que las condiciones del establecimiento carcelario no son óptimas para cumplir con dicha función: la escasez de personal interdisciplinario capacitado e idóneo, la infraestructura, las condiciones de hacinamiento carcelario y los efectos psicológicos derivados de éstos, son un claro reflejo de la falla en el servicio, teniendo en cuenta que el régimen carcelario y penitenciario establece que cada interno debe disponer de su propia celda y que esta debe tener una superficie de 9.90 metros cuadrados (3.30 x 3.0). Sin embargo, en las celdas remodeladas, que son de 6.60 metros cuadrados, se ubicará a un mínimo de cuatro (4) personas, para un área promedio por interno de 1.65 metros cuadrados, que convierte el sitio de alojamiento permanente en un calabozo, agravándose aún más las condiciones de cautiverio, con efectos directos sobre la salud física y mental de los internos de este centro carcelario, y sobre sus familias, de quienes éstos dependen, condiciones que se encuentran en contravía hacia la efectiva resocialización de quienes han cometido hechos

punibles, que favorecen el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad.

En total acuerdo con la postura del Magistrado Jaime Córdoba Triviño en su salvamento de voto de la Sentencia C-062 de 2005, siendo el derecho penal de acto completamente compatible con la dignidad humana y la democracia pluralista como fundamentos del Estado constitucional de derecho, frente a la pena y su finalidad de rehabilitación y resocialización, se evidencia con la reincidencia el fracaso del modelo penitenciario, para lo cual argumenta lo siguiente:

La mayoría desconoce la disociación que existe entre los fundamentos constitucionales de la pena y la reincidencia. En efecto, en tanto que la fundamentación constitucional de la pena - derivaba del sistema de valores, principios y derechos de la Carta; de la proscripción de ciertas penas y de los fines inherentes a ella- orienta el poder punitivo hacia la protección de bienes jurídicos y hacia la resocialización moderada del delincuente, la reincidencia no es más que el reflejo del incumplimiento de tales fines por el tratamiento penitenciario.

(...)

Es cierto que la pena se orienta hacia la rehabilitación y resocialización. Pero lograr este cometido no es posible pues el Estado no cuenta con la capacidad estructural para rehabilitar al delincuente y, además, el condenado, tras purgar la pena, es lanzado al mismo medio conflictivo que lo condujo al delito. Luego, la reincidencia, antes que dar cuenta de una pertinaz inclinación natural a delinquir, lo único que evidencia es el fracaso del modelo penitenciario.

En mi criterio, la Corte, antes que legitimar la reincidencia, debía aprovechar la oportunidad para desalojar del régimen jurídico instituciones que son contrarias a la vocación democrática y garantista que emana del Texto Superior”.

En la misma línea argumentativa, frente a la capacidad estructural para rehabilitar al delincuente, de la que se mencionó anteriormente, en un informe de la Defensoría expuesto en la sentencia T- 153 de 1998, se precisa que a octubre 31 de 1997, los establecimientos carcelarios con el mayor índice de hacinamiento eran:

La cárcel del distrito Judicial de Medellín ‘Bellavista’, con capacidad para 1500 personas y albergó a 5146 internos; Cárcel del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, ‘la Modelo’, con una capacidad para 1920 personas y acogió a 4926 internos; penitenciaría central de Colombia ‘la Picota’ en la capital del país, con un cupo para 700 personas, habitaron 1410 reclusos; cárcel del Distrito Judicial de Cali ‘Villahermosa’ con solo 900 cupos y estaban reclusos 2846 personas, y en la Cárcel del Distrito Judicial de Valledupar que con una capacidad para 150 cupos, permanecía una población de 525 reclusos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, en Sentencia de 5 de julio de 2006, declara que 7 m² por cada prisionero es un guía aproximada y deseable para una celda de detención. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que un espacio de cerca de 2m² para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo era cuestionable a la luz del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y no podía considerarse como un estándar

aceptable, y que una celda de 7 m² para dos internos era un aspecto relevante para determinar una violación de mismo artículo. En el mismo sentido, la Corte Europea consideró que en una celda de 16.65 m² en donde habitaban 10 reclusos constituía una extrema falta de espacio. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006)

Respecto de este neurálgico tema de la reincidencia, el documento CONPES, Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, señala:

En la medida en que exista una hoja de ruta en donde se articulen los procesos de asistencia y reintegración del Gobierno nacional con los esfuerzos de las entidades territoriales, además de cumplir con los fines constitucionales de la pena, se podrá disminuir el riesgo de impacto en las tasas de reincidencia, las cuales, como se ha mencionado, guardan relación con la ausencia de oportunidades laborales para los pospenados, pero también con la ineficacia de las políticas resocializadoras del sistema. Adicionalmente para este aspecto, puede ser de gran aporte la participación privada en la infraestructura penitenciaria bajo el esquema de APP, en donde se pueden desarrollar modelos innovadores que incluyan a la población privada de la libertad en desarrollos productivos dentro del centro penitenciario. Esto tendría un beneficio doble, al representar un efecto positivo en la resocialización de la población reclusa y así mismo en la disminución de requerimientos de recursos fiscales.

Así, los esfuerzos para cumplir con los fines de la pena no se deben concretar solo desde lo legislativo. Las normas ya están dadas: tenemos la Ley 65 de 1993, la cual, en su artículo 10º,

plasma la finalidad del tratamiento penitenciario, la cual se encamina en alcanzar la resocialización del infractor, el artículo 4º del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), el cual señala las funciones de la pena, entre las cuales se encuentra la reinserción social, la jurisprudencia nacional y legislación internacional citada. Es en la práctica en donde el fin de la pena y su función no se materializan y la evidencia de ello es la reincidencia.

3. Planteamiento sugerido de indemnización de perjuicios, derivada de la falla en el servicio por incumplimiento de la función resocializadora de la pena

Bajo la vigencia de la Constitución Colombiana de 1886 la responsabilidad extracontractual del Estado no tenía una explícita consagración legal, nació gracias a la creación jurisprudencial que estableció como regímenes de responsabilidad extracontractual la falla del servicio probada –regla general-; la falla del servicio presunta –intermedio- y los no condicionados a la falla del servicio –regímenes objetivos-.

La Constitución Colombiana de 1991, si tiene, en su Artículo 90, una explícita consagración del daño antijurídico que fundamenta la responsabilidad patrimonial del Estado. Son muchos, variados y enriquecedores los estudios que se han realizado acerca de si la introducción del concepto de “DAÑO ANTIJURÍDICO” cambió o no el sistema jurisprudencial que se había elaborado en vigencia de nuestra anterior Constitución, pero ese no es el objeto del presente trabajo. Sin embargo, para efectos del mismo, es válido resaltar que el daño antijurídico es aquel daño que la víctima no está en el deber jurídico de soportar y en el que no se presenta causal

alguna que justifique su producción por parte de la administración y por lo tanto se presenta una lesión patrimonial injusta y que, para tratar el tema de responsabilidad patrimonial del Estado se exige la presencia de tres requisitos:

1. Un daño antijurídico
2. Imputación: que el daño sea efecto inmediato de la acción o de la omisión de la administración
3. Nexo causal: Que al Estado se le pueda atribuir ese daño.

Ahora, si la responsabilidad del Estado tal como ha sido concebida es una responsabilidad de contenido netamente económico, con la que se busca restablecer un desequilibrio, una pérdida, mediante el otorgamiento de una indemnización y trabajando hipotéticamente la situación de la reincidencia, nos atrevemos, a plantear el tipo de indemnización que correspondería a una persona que sufrió las consecuencias de una falla del servicio por parte del Estado al no ser resocializada.

La indemnización corresponde a dos tipos de perjuicios: material e inmaterial.

El primero conformado por el lucro cesante y el daño emergente, definidos en el artículo 1614 del Código Civil y entendiendo que no siempre se verifica una indemnización por los dos conceptos pues cada situación particular es diferente, definidos dichos conceptos de la siguiente manera:

Artículo 1614. Daño emergente y lucro cesante. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

El segundo, relativo al perjuicio inmaterial, tenemos que el Consejo de Estado sobre la materia, ha venido elaborando una línea jurisprudencial que a manera de referencia fue recopilada en un acta elaborada por la misma Corporación el veintiocho (28) de Agosto del año dos mil catorce (2014) y que establece unos parámetros para fijar el monto de la reparación de los perjuicios inmateriales⁸.

Si una persona en virtud de una condena, fue privada de su libertad y sometida a un proceso de resocialización que no tuvo resultados idóneos, pues reincidió en un delito, qué tipo de perjuicio podría reclamar?.

Si la función resarcitoria del Estado presta mayor atención al daño causado al reclamante que a la conducta del agente que generó el daño o al funcionamiento del servicio, tenemos que superado un proceso de resocialización, una persona no tendría por qué delinquir nuevamente, pues hipotéticamente cuenta con las herramientas necesarias para vivir en sociedad, mas, si

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmateriales documento ordenado mediante acta no. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales. Olga Mérida Valle de De la Hoz Presidenta de la sección, Carlos Alberto Zambrano Barrera Vicepresidente de la Sección, Magistrados Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Enrique Gil Botero, Ramiro Pazos Guerrero, Stella Conto Díaz del Castillo, Hernán Andrade Rincón y Danilo Rojas Betancourth.

nuevamente delinque, no tiene por qué estar en la obligación soportar nuevamente el daño antijurídico consistente en estar privado de la libertad sin que el Estado cuente con la infraestructura necesaria ni el personal suficiente para resocializarlo, incumpliendo flagrantemente el ordenamiento legal, pues con el mismo método el resultado será el mismo.

Así considero que existe un perjuicio moral que podría indemnizarse con medidas de protección no pecuniarias pero que comprometan la responsabilidad del Estado en punto a realizar eficientemente la labor de resocialización a través de la implementación de programas específicos orientados a que al reclamante real, material y efectivamente se le brinde un proceso de resocialización que le permita ingresar a una sociedad sin el fantasma de la reincidencia. Por dar un ejemplo, podría el Estado crear incentivos tributarios a las empresas que contraten a persona que acaba de recuperar su libertad luego de cumplir una condena, crear becas educativas para que el condenado y/o post-penado pueda acceder a la educación superior profesional o técnica, brindar un profesional en psicología especialista en psicología clínica para que lleve a cabo un proceso terapéutico individual y con su grupo familiar que le permita al individuo superar todos los efectos psicológicos y sintomatologías patológicas derivadas de la prisionalización a fin de realizar un engranaje perfecto al individuo con la sociedad y en cada caso específico que el operador judicial, determine cómo subsanar las falencias que se cometieron con el reclamante.

4. Políticas Públicas Penitenciarias

Para el direccionamiento y adopción de políticas públicas penitenciarias existen en nuestro país diversas entidades que se encuentran adscritas a otras de mayor jerarquía, cuyas decisiones en materia de estudio no son vinculantes por lo que se circunscriben al marco académico de asesoría, planeación y estudio. Tenemos entre otros:

El Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES-, que está catalogado como el máximo organismo de coordinación de la política económica en Colombia. No dicta decretos, sino que da la línea y orientación de la política macro. Mas no solo en materia económica se establece su actuación sino también a la planeación de proyectos y programas para solucionar las necesidades sociales del país.

El Consejo Superior de Política Criminal, que es un organismo colegiado que asesora al Gobierno Nacional en la política criminal del Estado. Este organismo debe presentar conceptos, no vinculantes, sobre todos los proyectos de Ley y actos legislativos en materia penal que cursan en el Congreso de la República. Su marco normativo se encuentra en la Ley 65 de 1993 y el Decreto 2055 de 2014.

De conformidad con el artículo 167 de la Ley 65 de 1993, el Consejo Superior de Política Criminal está conformado por: El Ministro de Justicia y del Derecho quien lo preside; el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el Fiscal General de la Nación; el Ministro

de Educación, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Director General de la Policía Nacional, el Director General de la Agencia Nacional de Inteligencia Colombiana (ANIC), el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), el Director General de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec), el Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el Director General del Departamento Nacional de Planeación, dos (2) Senadores y cuatro (4) Representantes a la Cámara pertenecientes a las Comisiones Primera y Segunda, es decir, un Senador (1) y dos (2) Representantes de cada Comisión respectivamente, elegidos por esas células legislativas.

La Secretaría Técnica del Consejo la ejerce la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia y del Derecho que se encuentra adscrita al viceministerio de política criminal y justicia restaurativa del Ministerio de Justicia, que cuenta, además de esta, con otras funciones, de las que para efectos del presente trabajo resaltamos las de: Elaborar los estudios correspondientes y presentar y apoyar el trámite de las propuestas sustantivas y de procedimiento en materia de política criminal y penitenciaria y del tratamiento normativo de la libertad individual y apoyar al Ministro en las propuestas al Consejo Superior de Política Criminal relativas a la identificación y adopción de criterios y lineamientos para la formulación, adopción y evaluación de la política criminal y penitenciaria a mediano y largo plazo.

Sin embargo, pese a todos los estudios realizados por las autoridades gubernamentales es la Rama Judicial, a través de sus más altas Cortes la que más aportes ha realizado en materia de políticas públicas penitenciarias. En especial, aquellas decisiones que declaran el Estado de Cosas Inconstitucionales en los establecimientos de reclusión que han incluso obligado a

entidades gubernamentales a tomar estrategias que permitan aliviar la difícil situación de la población reclusa.

Es así como en acatamiento a estos mandatos, la Presidencia de la República exigió el concepto previo del Consejo Superior de Política Criminal en aquellas iniciativas legislativas que incidan en la política criminal y en el funcionamiento del Sistema de Justicia Penal y penitenciario y/o que afecten directa o indirectamente el derecho a la libertad individual de las personas o las condiciones de la población reclusa, para dar cumplimiento a la sentencia T-762 de 2015, mediante la cual la Corte Constitucional reiteró la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en materia penitenciaria y carcelaria en el país.

Y si miramos la reincidencia como fenómeno que impacta la sociedad, son también pocas las políticas públicas adoptadas para combatirla y nuevamente el mérito de esta ardua labor se la lleva la Corte Constitucional que no solo con sus posiciones jurisprudenciales sino también con sus órdenes constitucionales propone juiciosas alternativas para disminuir su impacto negativo. Es así como señala entre otras posibilidades incrementar el uso de penas alternativas a la privación de la libertad que reduzcan la reincidencia, la evidencia de que la prisión no permite la resocialización real de los condenados y por ende no reduce la reincidencia; e imparte órdenes que permitan adoptar políticas públicas penitenciarias acordes con las verdaderas necesidades del penado y pos penado.

Es menester citar la última sentencia emanada de la Honorable Corte Constitucional, T-762 del dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015). Magistrada sustanciadora: Gloria Stella

Ortiz Delgado, en la cual, se reitera el estado de cosas inconstitucionales en los establecimientos de reclusión, sobre este tópico:

Por último, con el fin de evaluar la capacidad y el impacto de los programas de resocialización que se desarrollan en los establecimientos penitenciarios, y de conformidad con la necesidad de readecuación de los mismos en el plano nacional, a través del protagonismo que se les pueda dar como alternativa penal en la fase de criminalización secundaria o de la importancia que puedan adquirir ciertos programas para la formulación de la política criminal, deberá efectuarse el registro de información sobre la vida en libertad de la persona que estuvo reclusa. Para ello deberá establecerse, en primer lugar, y también de conformidad con las Reglas mínimas de tratamiento de reclusos, la fecha y la hora de puesta en libertad.

En consecuencia, durante un lapso de dos años se hará un proceso de acompañamiento y seguimiento, mensual durante el primero y trimestral durante el segundo, estableciendo el término que tarda la persona recién liberada en conseguir una fuente de generación de ingresos, para reestructurar su proyecto de vida. Deberá identificarse la reincidencia, y efectuarse un análisis sobre las causas de la misma, para retroalimentar el Sistema.

En la base de datos se incorporará toda aquella información, establecida preliminarmente por el Grupo de Seguimiento, para determinar el éxito o la necesidad de reformulación de los programas de resocialización en el país. (Corte Constitucional, 2015)

La preocupación por lo que sucede en la vida del pospenado, puede mirarse desde dos ópticas: la primera, si el proceso llevado a cabo en las fases de tratamiento que buscaban su resocialización, fue realmente efectivo para brindarle herramientas que le permitieran vivir en sociedad sin recaer nuevamente en el delito. Y estas herramientas no solo son educativas, morales sino y sobre todo laborales que le permitieran acceder a un trabajo al salir del penal. Y la segunda, si al salir del penal le es fácil acceder a un empleo que le permita vivir en condiciones dignas.

Más cárceles, más tipos penales, más incrementos de pena no pueden ser las políticas públicas penitenciarias que solucionen la crisis carcelaria, su fracaso en la resocialización y el aumento en la reincidencia, pues una visión integral debe incluir acompañamiento para la reconstrucción familiar y la inserción laboral.

Conclusiones

Nuestra legislación señala que el fin de la pena es la resocialización. Y si para lograrlo se implementó todo un sistema progresivo el resultado debería ser el acoplamiento del condenado a su vida en libertad. El alto índice de reincidencia demuestra que algo está fallando y se evidencia la incapacidad estatal para cumplir su función resocializadora.

La habitualidad o reincidencia deben ser objeto de medidas terapéuticas que prevengan la comisión de más delitos, pues el Estado demuestra una gran impotencia e ineficacia para resocializar.

Cuando las personas cumplen su condena, se enfrentan al salir con una discriminación social, con el rechazo familiar, con la falta de oportunidades laborales, con más años de improductividad y se hacen más vulnerables tanto física como psicológicamente. Y es ahí donde el Estado debe actuar para llenar estas falencias y evitar la reincidencia: brindando oportunidades laborales, terapéuticas, lúdicas que permitan un engranaje perfecto del individuo a la sociedad, a través de un acompañamiento que llegue incluso hasta un tiempo después del otorgamiento de la libertad.

La responsabilidad del Estado se encuentra fundamentada en los 2º y 90 Constitucionales: las autoridades de nuestro país tienen el deber de proteger a todas las personas que residen en él, en su vida, honra, bienes, creencias y los demás derechos y libertades. Y es esto lo que razonablemente se espera del Estado: que asuma eficazmente la prestación del servicio,

utilizando todos los medios necesarios para cumplir los mandatos constitucionales y legales. Que la reincidencia tenga un índice tan alto en la población carcelaria demuestra la ineficacia en los sistemas implementados para la resocialización de los individuos.

Con el principio de proporcionalidad se busca evitar una utilización desmedida de las sanciones de privación de libertad. Si bien es cierto, con el delito se vulnera un bien jurídico que es protegido por la ley y ello trae como consecuencia la acción punitiva del Estado materializado en una condena. Ésta sin embargo, debe ser proporcional. La proporcionalidad exige necesariamente que exista una adecuación entre el daño causado y la conducta desplegada, para lo cual se traza unos límites para el operador judicial en la medida en que debe tener en cuenta los límites mínimos y máximos señalados por la ley, sin embargo, estamos frente a una vulneración de derechos fundamentales so pretexto de combatir el crimen y de efectos psicosociales productos de la *prisonalización*, por el cual conocemos la deshumanización de la pena, en el entendido que el sujeto cambia su personalidad y con ellos acarrea efectos psicológicos adaptados a la vida en prisión.

Cuando la Constitución Política de 1991 consagró en su artículo 90 el concepto de daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, exigió que se presenten tres requisitos para que dicha responsabilidad patrimonial se presente:

En primer lugar la presencia de un daño antijurídico, en segundo lugar, la existencia de una causalidad material, es decir que el daño sea efecto inmediato de la acción o de la omisión de la administración y finalmente la atribución jurídica del daño al Estado, en virtud de un nexo causal

con el servicio. El factor de atribución del daño, falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional, o cualquier otro, será asunto que le corresponde determinar al juzgador, en vista de lo allegado y debidamente probado, en virtud del principio según el cual a las partes les corresponde dar los hechos y al juez otorgar el derecho.

Tenemos entonces que el daño antijurídico es el perjuicio que un sujeto no está en el deber jurídico de soportar, pues no existe o no se presenta ninguna causal que justifique la producción del mismo por parte de la administración, razón por la cual deviene en una lesión patrimonial injusta y con ello cobra mayor importancia el ciudadano, el daño que se le causa, ubicándolo por encima del funcionamiento de los servicios públicos y de la conducta del agente generador del daño.

Así entonces, la base, el cimiento de la responsabilidad estatal está constituido por el daño antijurídico, el cual no es más que la clara expresión del principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley y las cargas públicas.

Las demandas contra el Estado podrían superar con creces las demandas que entre particulares se suscitan y si no en número por lo menos si en cuantías y esto, aunque no debería suceder, es entendible por las incontables responsabilidades que tiene el Estado en cumplimiento de sus políticas públicas y bienestar social de sus administrados.

Y dentro de esas innumerables obligaciones del estado se encuentra la de, en materia penal: investigar y juzgar. Y ese juzgamiento puede culminar en absolución ó en condena. Esta última

le genera otra obligación: vigilar la pena y resocializar. Pero si la resocialización falla y la persona condenada cuando adquiere su libertad nuevamente delinque, ¿Qué pasa? Ese fue entre otros el móvil de mi tesis.

Con este trabajo no pretendemos generar una conciencia contraria al buen comportamiento que como ciudadanos respetuosos de la Ley –necesaria para una pacífica convivencia- debemos observar. No pretendemos invitar a la reincidencia como un fin para ser indemnizados. Planteamos con preocupación la grave crisis penitenciaria y carcelaria que cualquiera sea la razón, no está resocializando al condenado, al que reincide y al que no. Pero el reincidente delata con evidencia y peso la ineficacia del Estado en esta esfera, que mirado como víctima es también victimario al incurrir en una nueva conducta penal y que nos lleva a realizarnos el siguiente planteamiento que podríamos desarrollar en un trabajo posterior: Es imputable al Estado una responsabilidad patrimonial por el daño antijurídico que sufre la víctima de un reincidente? Una cosa nos lleva a la otra y se nos devuelve como un *boomerang*.

Referencias Bibliográficas

- Acosta, D., (1996). *Sistema integral de tratamiento progresivo penitenciario: reflexión en torno a la construcción de un modelo de atención a internos.*
- Acosta, D., (2010). *Sociología en el penitenciarismo.* Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/84986188/Sociologia-penitenciaria>
- Acosta, D., (s.f.). *Análisis y enfoques sociológicos hacia un modelo penitenciario de nuevo orden.*
- Alarcón, J. (s.f.). *El tratamiento penitenciario.* Recuperado de http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20%28Documentos%29/Seccion_2/tratamiento%20penitenciario.pdf
- Alzate, L.C., (2012), *El Estado de cosas inconstitucional.* Recuperado de <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/el-estado-de-cosas-inconstitucional>.
- Arroyo, J.M., Ortega E., (2008). *Los trastornos de personalidad en reclusos como factor de distorsión del clima social de la prisión.* Rev Esp Sanid Penit; 11: 11-15.
- Artiles, A.M., et al. (2009). *Política de reinserción y funciones del trabajo en las prisiones (El caso de Cataluña).* Política y Sociedad, 46 (1-2), 221-236.
- Bernal, C. (2009) *El derecho de los derechos.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bravo, O. A. (2012). *Tratamiento penitenciario, salud mental y ciudadanía.* Recuperado de http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/68303/1/tratamiento_penitenciario_salud.pdf
- Carvajal, J. (2011). *La sociología jurídica y el derecho.* Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, XIV (27), p. 109-119.

- Censi, S. (2007). *La investigación (cualitativa y cuantitativa)*. Recuperado de <http://www.slideshare.net/silviacensi/investigacin-3-tipos-de-investigacin>
- Bentham, J., (1811) *Teoría de las penas y las recompensas*. Tomo 3. Paris: Francia. Recuperado de http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080043788_C/1080045964_T3/1080045964_MA.PDF
- Carnelutti, F., (2010), *Las miserias del proceso penal*. Edit. Temis. Bogotá: Colombia.
- Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004.
- Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000.
- Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (28 de octubre de 1976) Exp. 1.482. [CP Jorge Valencia Arango]
- Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de agosto de 1992) Rad. 6754. [CP Carlos Betancur Jaramillo]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (13 de julio de 1993) Exp. 8163. [CP Juan de Dios Montes Hernández]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (30 de noviembre de 2006) Exp. 14880. [CP Mauricio Fajardo Gómez]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (8 de marzo de 2007) Exp. 27.434 Rad. 66001-23-31-000-1997-03870-01(17613). [CP Mauricio Fajardo Gómez]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (7 de abril de 2011) Rad. 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750). [CP Mauricio Fajardo Gómez]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (26 de mayo de 2011) Rad. 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097), [CP Hernán Andrade Rincón]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (1 de diciembre de 2011) Exp. 190012331000200301507 01 (40059) concepto no. 232 /2011. [CP Gladys Agudelo Ordoñez]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (26 de febrero de 2014) Rad. 2002-00085. [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sala Plena. (28 de agosto de 2014) Rad. 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804). [CP Stella Conto Díaz del Castillo]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (28 de agosto de 2014) Documento final aprobado mediante acta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (29 de abril de 2015) Exp. 760012331000200501933-01 (R-35.497) Rad. 2005-01933/R-35497. [CP Carlos Alberto Zambrano Barrera]

Constitución Política de Colombia, 1886.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Montero Aranguren y otros Vs. Venezuela (Retén de Catia). (5 de julio de 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2010), *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26393.pdf>.

Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

Corte Constitucional, Sentencia T-1670 de 2000. [MP Carlos Gaviria Díaz]

Corte Constitucional, Sentencia C- 619 de 2002. [MP Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional, Sentencia C-918 de 2002. [MP Eduardo Montealegre]

Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003. [MP Álvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional, Sentencia C-864 de 2004. [MP Jaime Araujo Rentería]

Corte Constitucional, Sentencia C-062 de 2005. [MP Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013. [MP María Victoria Calle Correa]

Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional, Sentencia C-549 de 1994. [MP Carlos Gaviria Díaz]

Corte Constitucional, Sentencia C-261 de 1996. [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 1996. [MP Carlos Gaviria Díaz]

Corte Constitucional, Sentencia C-656 de 1996. [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 1997. [MP Carlos Gaviria Díaz]

Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Penal. (27 de febrero de 2013). Exp. 33.245. [MP José Leonidas Bustos Martínez]

Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Penal. (1 de agosto de 2017) Rad. no. 93002 STP11287-2017. [MP José Francisco Acuña Vizcaya]

Constitución Política Colombiana, 1991.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley 16 de 1972.

Daza, A. (2007). *Sistema penitenciario y carcelario en Colombia*. Bogotá.

Díaz, M. (2004). *Plan de acción y sistema de oportunidades PASO*. Bogotá: INPEC.

Díaz, M.C., (2011). *Fundamentos y principios de psicología jurídica*. Ediciones Pirámide. Madrid.

Foucault, M., *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Edit. Siglo xxi editores. México: 1976.

Galvis, Ramírez y Cía, (2014), El hacinamiento en las cárceles: bomba de tiempo. La siguiente Vanguardia, disponible en <http://www.vanguardia.com/actualidad/colombia/244724-el-hacinamiento-en-las-carceles-bomba-de-tiempo>.

García de Enterría, E. (2004) *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas.

Giraldo, J., (2012), *El estado de cosas inconstitucional y los poderes del juez constitucional. A propósito del hacinamiento carcelario en las cárceles de Colombia*, recuperado de <http://paradigmasconstitucionales.wordpress.com/2012/11/15/el-estado-de-cosas-inconstitucional-y-los-poderes-del-juez-constitucional-a-proposito-del-hacinamiento-carcelario-en-las-carceles-de-colombia/>

Gómez M. (2010), *El Estado de cosas inconstitucional- Análisis de los motivos de la Corte Constitucional para su declaratoria*, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín.

Guechá, C. (2011). *La falla en el servicio: Una imputación tradicional de responsabilidad del Estado*. Revista prolegómenos, derechos y valores. P. 95-109, 2012-1. Vol. XV - No. 29 - Enero - Junio 2012 - ISSN 0121-182X. Bogotá: Colombia.

Guimaraes, D. (2004) *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del Derecho*. Madrid: J.M. Bosch Ed.

Guisasola, C. (2008). *Reincidencia y delincuencia Habitual*. Editorial: Tirant lo Blanch. Colección: Los Delitos. 1ª Edición / 171 págs. ISBN13:9788498761719

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC- (2015) *Informe estadístico del año 2015*, cifras de población penitenciaria y carcelaria.

Instituto Penitenciario y Carcelario –INPEC-. (2016). *Informe estadístico del año 2016*. Oficina asesora de planeación. Grupo estadística. Bogotá: Colombia.

Instituto Penitenciario y Carcelario –INPEC-. (2017). *Informe estadístico del año 2017*. Oficina asesora de planeación. Grupo estadística. Bogotá: Colombia.

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-. (2018). *Informe estadístico del año 2018*. Oficina asesora de planeación. Grupo estadística. Bogotá: Colombia.

Isaza, M., (2013), *De la cuantificación del daño*. Tercera edición. Edit. Temis. Bogotá: Colombia.

Ley 1709 de 2014, Diario Oficial No. 49.039 de 20 de enero de 2014, por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.

López, E. (2015), *Derechos fundamentales, paradigma económico del estado social de derecho y el principio no regresión*" 978-958-749-474-9. En: Colombia ISBN: 978-958-749-474-9 ed: editorial gustavo ibañez , v., p.65-89 1.

López, D. (2007), *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.

María Cristina Isaza Posse, (2013). *De la cuantificación del daño*. Manual teórico práctico, tercera edición, edit. Temis, Bogotá. P.57, 84-85

Muñoz Conde, F. (2004). *Derecho penal y control social*. Bogotá: Temis.

Ojeda, J. (2012). *Reinserción social y función de la pena*. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM: www.bibliojuridica.org, www.juridicas.unam.mx. Instituto de investigaciones jurídicas, instituto de formación de la procuraduría general de justicia.

Ortíz, U. (2014). *Hacinamiento carcelario, sociedad y Estado*. Opinión.

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Ley 74 de 1968.

Pereda, C., Actis, W., y De Prada, M. A. (2001). *Inserción laboral de la población reclusa en la comunidad de Madrid*.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/08.

Puig, S.M., *Derecho penal*. Parte general. Lección 4: Límites del Ius Puniendi.

Quintero, B. y Prieto, E. (1995) *Teoría general del proceso*. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis. 1ª Edición.

Reglas Mínimas De Las Naciones Unidas Sobre Las Medidas No Privativas De Libertad. (Reglas De Tokio), Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

Rivera, I. (2006). *La cuestión carcelaria, historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Rodríguez L., (2015), *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Decimoctava edición. Edit. Temis. Bogotá: Colombia.

Ruíz. J. I. (2006), *Correlatos de la experiencia del encarcelamiento: la prisionización y la cultura carcelaria*. Capítulo 1. Contexto histórico de la pena privativa de libertad (entendiendo las prisiones modernas). P. 45, 49.

Ruíz J.I, (2007), *Síntomas psicológicos, clima emocional, cultura y factores psicosociales en el medio penitenciario*, revista Latinoamericana de Psicología, volumen 39, No 3, 547-56, Universidad Nacional de Colombia.

- Sáenz, D., (2015). *La política pública carcelaria y los procesos de reinserción social en el tratamiento penitenciario en Colombia*. Caribbean International University, Curacao.
- Scarfó, F. J. (2003). *El Derecho a la educación en las cárceles como garantía de una educación en derechos humanos*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 36, 291-324.
- Santiago Sociólogos Plebeyos (Productor). (2012). *Experimento La cárcel de Stanford*. (YouTube). Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=Uo0bN28rfRA>
- Santofimio, J. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo. Contencioso Administrativo*. Tomo 3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Semana (2008). *El oscuro panorama de las cárceles en Colombia*. Revista semana, junio 24 de 2008.
- Tiedemann, K., *Constitución y derecho penal*. Traducción: Luis Arroyo Zapatero.
- Universidad Sergio Arboleda, (2013), *Del Estado de cosas inconstitucional*, artículos de maestría, recuperado de <http://derechojusticiaypaz.blogspot.com.ar/2013/06/del-estado-de-cosas-inconstitucional.html>.
- Vargas, C.I., (2011), *La función creadora del Tribunal Constitucional*, Revista Derecho Penal y Criminología, volumen xxxii - número 92 - enero-junio, pp. 13-33.
- Zaffaroni, R. (1991). *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: ILANUD.
- Zaffaroni, E.R (2015), *El enemigo del derecho penal*. Edit. Ibañez. Bogotá: Colombia, 2006