La función resocializadora de la pena dentro del Estado Social de Derecho Colombiano

The resocializing function of punishment within the Colombian Social State of Law

Juan David Prado Morales[180]

Abstract:

In this article, I present a brief analysis of the theories of punishment and their correspondence with the state model in which they are presented, arriving at the purposes of punishment within the Colombian social state of law, the primacy of resocializing function of the penalty, and the fulfillment of this constitutional purpose. The aim is to show criminal surrogates as a method that effectively reintegrates the population deprived of liberty into the social pact.

Keywords: Resocialization, punishment, state, prison, criminal surrogates and overcrowding.

Resumen:

En el presente artículo se realizará un breve análisis de las teorías de la pena y su correspondencia con el modelo de Estado en que se presentan, para arribar en los fines de la pena dentro del Estado Social de Derecho Colombiano, la primacía de la función resocializadora de la pena y el cumplimiento de este fin constitucional. Se pretende mostrar a los subrogados penales como un método que efectiviza la reinserción de la población privada de la libertad al pacto social.

Palabras clave: Resocialización, pena, Estado, cárcel, subrogados penales y hacinamiento.

180 Abogado egresado de la Universidad del Cauca, coautor del libro "Derecho y Posmodernidad" de la autoría de Jesús Alberto Gómez Gómez, publicado por la editorial Diké en asociación con la editorial de la Universidad Santiago de Cali (2023), juandaprado@unicauca.edu.co.

I. Metodología

Se hace uso del método deductivo mediante el cual se realiza un razonamiento lineal y lógico, partiendo de lo general para deducir algo específico.

Gianni Vattimo[181] afirma que, si hablamos de la cuestión criminal, no nos limitamos a discutir el derecho penal, sino que ponemos en juego nuestras ideas sobre el bien y el mal en general. Dicho de otra manera, es como si el lector fuese llevado a visitar una cárcel (lo que en general es una experiencia muy poco agradable) y se preguntase con qué derecho, en nombre de qué, nosotros (la sociedad de la que somos parte) colocamos a algunos seres humanos en esas condiciones. El presente texto pretende adentrarse en esas razones, y pugnar por el mejoramiento de las condiciones de vida de la población privada de la libertad y la efectividad de la función resocializadora de la pena en el Estado Colombiano.

Dentro de cada ordenamiento jurídico la pena existe para cumplir con un fin determinado según el modelo de Estado en el que se presente, al respecto, se han referido diferentes autores de renombre, a una discusión que ha perdurado por siglos.

Por ejemplo, para Beccaria, la pena tiene "(...) dos únicos fines: impedir que el reo cometa otro delito y alejar a los demás de imitarlo."[182]. Una línea similar sigue Carnelutti[183], planteando que la sanción penal no solo sirve para la redención del culpable, sino que también debe generar temor en los otros, que podrían ser tentados a delinquir. Tales autores consideran que la pena tiene un fin utilitario, pues no se ajusta a la simple retribución desencadenada por un delito, sino que también produce efectos prácticos sobre la sociedad.

Siguiendo con los tratadistas de inclinación utilitaria, Edmund Mezger expresa que "(...) la pena tiene triple finalidad: 1. La pena debe actuar pedagógicamente sobre la colectividad (que sería la prevención general); 2. Debe proteger a la colectividad del sujeto que ha sido castigado y corregirlo (que es la prevención especial); 3. Debe garantizar de manera justa los intereses del individuo (que es el respeto a la personalidad)."[184]. Además de la función utilitaria planteada por Beccaria y Carnelutti, Mezger encuentra un matiz diferente, pues enfatiza en la garantía, en cabeza del Estado, de proteger los derechos de los penados.

Por su parte, autores como Kant plantean que la sanción: "(...) no puede aplicarse como simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido (...)", agregando que: "El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos"[185]. Por lo tanto, defiende que la pena no tiene un fin utilitario y solo se aplica con el propósito de castigar el acto injusto cometido por el condenado.

Ante las diferentes posturas que existen, y la complejidad que representa la existencia de una comunión entre los diferentes postulados, se resalta la teoría de la pena de Antón Bauer (1772-1843), que ha sido una de las más aceptadas hasta nuestros días, pues este ha distinguido diferentes tipos de teorías de la pena, como las absolutas, relativas, mixtas, de prevención general y especial. Esta clasificación se destaca por ser la más completa, ya que acoge conceptos propuestos por diferentes escritores y marca líneas claras de definición para quienes presentaron sus postulados en las décadas siguientes.

Además, posteriormente (más de un siglo después) han existido tratadistas como Jiménez de Asúa que han acogido postulados de Antón Bauer, afirmando que: "Al surgir las teorías sobre el fundamento del derecho de penar, aparecen

181 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, LA CUESTION CRIMINAL, 7 (2ª ed., 2012)

182 FAUSTO COSTA, EL DELITO Y LA PENA EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFIA (1953)

183 FRANCESO CARNELUTTI, MONOGRAFIAS JURIDICAS (1999)

184 IVAN FIGUEROA ORTEGA, LIBRO HOMENAJE A JOSE RAFEAL MENDOZA TROCONIS, TOMO I (1998)

185 CARLOS NINO, INTRODUCCION AL ANALISIS DEL DERECHO (1980)

las doctrinas absolutas, que penan al hombre porque ha delinquido; las relativas, que procuran que no delinca, y las mixtas que tratan de conciliar la utilidad y la justicia."[186]. Tal circunstancia confirma la vigencia de lo planteado en el siglo XIX.

En este punto se hace necesario realizar un breve estudio de la clasificación de las funciones de la pena de Antón Bauer, con el objetivo de hacer una distinción clara sobre las diferentes tesis, para después adentrarse en la finalidad que tiene la pena dentro del Estado Social de Derecho Colombiano.

II. Clasificación de las funciones de la pena

1. Teoría Absoluta de la Pena

Al adentrarnos en el estudio de esta, concluimos que para la teoría absoluta, la pena no tiene un fin práctico, ya que esta solo es consecuencia del incumplimiento de la ley penal, por lo tanto, el propósito de la pena se separa de su posible efecto social. Se considera que la sanción encuentra su motivo en ser la consecuencia de la comisión de un delito en particular, y carecen de importancia otros fines como la reinserción social o la prevención.

Las teorías absolutas o retributivas justifican la imposición de la pena porque quien comete el injusto debe ser castigado por el daño que ha causado y de esta manera debe ser retribuida su culpabilidad como autor. Es por esto que bajo esta perspectiva, las penas de prisión son las más relevantes. Como los fines utilitarios o sociales no son considerados de manera alguna, se puede concluir que y tal como lo afirma Rodríguez Devesa: "La pena es un fin en sí misma, no medio para otro fin."[187]

En síntesis, como lo expresa Claus Roxin, la teoría absoluta "(...) no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido."188. Por lo que su fin está pensado hacia el pasado y no hacia el futuro.

Dentro de esta teoría se encuentran tres tesis de retribución:

1.1 Retribución Divina

Tiene una connotación religiosa e indica que el derecho, en su concepto más profundo, se vincula estrechamente con la idea del mundo moral y ético; de esta manera, la justicia no solo se refiere a la aplicación de leyes y normas, sino también a la restauración del orden moral cuando se ve alterado. En otras palabras: "El delito viola el orden impuesto por el Ser Supremo y la pena es una necesidad para calmar a la divinidad ofendida y burlada."[189]

1.2 Retribución Ética o Moral

Es expuesta por Immanuel Kant, quien se basa en un enfoque deontológico de la moralidad, el cual enfatiza en el deber y la rectitud de las acciones, más allá de sus consecuencias, por esto, la justicia moral exige que las acciones sean evaluadas y recompensadas o castigadas según su conformidad con los principios éticos universales.

En la ética kantiana, la concepción de justicia se basa en la retribución, pues el castigo debe corresponder a la gravedad del delito; en palabras de su exponente: "El castigo tiene que ser una consecuencia necesaria del delito, y no un acto de mera venganza"[190].

186 LUIS JIMENEZ DE ASUA, LECCIONES DE DERECHO PENAL (1995)

187 JOSE RODRIGUEZ DEVESA, DERECHO PENAL ESPAÑOL: PARTE GENERAL (5.ª ed., 2018)

188 CLAUS ROXIN, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL (1997)

189 HUGO VIERA, PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD (1972)

190 IMMANUEL KANT, FUNDAMENTACION DE LA METAFISICA DE LAS COSTUMBRES (1785)

1.3 Retribución Jurídica

Es explicada por Hegel191, y consiste en que el derecho es una manifestación del espíritu objetivo de la comunidad, y si la voluntad de este espíritu es negada por una voluntad particular (que en este caso sería la del delincuente), habría que oponerse a tal negación a través del castigo penal con el fin de que prevalezca la voluntad general. La pena es una forma de restaurar el equilibrio moral y social perturbado por el delito, y debe ser correspondiente al crimen ejercido.

Este concepto resalta que el derecho, la moralidad y la justicia tienen una relación intrínseca.

2. Teorías Relativas de la Pena

Por otro lado, las teorías relativas se caracterizan por la función preventiva de la pena, que consiste en evitar que se cometan ilícitos para impedir sus posibles daños y procurar el menor número posible de reincidencias. La sanción penal encuentra su función por fuera de la misma, pues el objetivo no es condenar a los delincuentes, sino evitar que se cometan injustos.

Al contrario de las teorías absolutas, las relativas tienen un enfoque primordialmente comunitario, pues se considera que evitando que se cometan los delitos se logra un mayor desarrollo social. Se pasa de pensar en las consecuencias que tenga un caso en particular para un delincuente determinado, a darle mayor relevancia a la aplicación de medidas dentro de la sociedad que eviten el surgimiento de fenómenos delictivos; adicionalmente, prima la prevención de la comisión de los injustos, por lo que se piensa en los delitos que podrían presentarse en el futuro y no en el ilícito ocurrido en el pasado.

La pena es entendida como un mecanismo estatal, pues a través de esta sanción se procura evitar que se cometan los injustos y que las personas condenadas reincidan en su comportamiento. En conclusión: "(...) la pena de un delito pasado es medio que evita otros en lo futuro."[192]

Además, la prevención que procuran las teorías relativas es general y especial, pues procuran que el delincuente en particular no reincida en su comportamiento, como que los otros miembros de la sociedad no cometan ilícitos, con el objetivo de alcanzar un mayor progreso social.

Existen posturas que priorizan ya sea la prevención general o la especial, pues surge un conflicto cuando se busca respetar los derechos del individuo garantizando al mismo tiempo los intereses de la sociedad. Por este motivo, existen las siguientes teorías:

2.1 Teoría de la Prevención General

La teoría de la prevención general tiene como fin generar un impacto en la sociedad, de modo que los ciudadanos, mediante la coerción de la pena, concluyan que lo más conveniente es evitar el comportamiento delincuencial y su consecuente sanción. Como lo plantea Rivacoba, la condena actúa "sobre los seres humanos en general, haciendo que, por el espectáculo o magisterio de la pena impuesta al delincuente, los demás se abstengan de delinquir."[193]

Además, la pena "previene la comisión de delitos porque logra despertar en la colectividad un sentimiento de respeto para aquellos valores ético-sociales necesarios para el mantenimiento de la sociedad."[194]

Esta teoría tiene un componente negativo en el cual se intimida a los miembros de la sociedad para que no cometan hechos de carácter ilícito, coaccionando a la comunidad con el temor de la imposición del castigo, y un componente positivo en el que se busca fortalecer la adhesión de los

191 FRIEDRICH HEGEL, FILOSOFIA DEL DERECHO (1821)

192 MANUEL DE RIVACOBA, FUNCION Y APLICACIÓN DE LA PENA (1993)

193 MANUEL DE RIVACOBA, FUNCION Y APLICACIÓN DE LA PENA (1993)

194 IVAN FIGUEROA ORTEGA, LIBRO HOMENAJE A JOSE RAFAEL MENDOZA TROCONIS, TOMO I (1998)

ciudadanos a los principios y valores protegidos por la ley penal.

2.1 Teoría de la Prevención Especial

La teoría de la prevención especial, por su parte, plantea que la pena sirve como medio para la reeducación, resocialización y corrección del condenado, procurando así evitar la reincidencia de los delincuentes. Tal y como lo expresa Bergalli: "prevención especial es sinónimo de readaptación social."[195]. De esta manera, la sanción tiene un efecto sobre el propio delincuente, pues el sufrimiento de la pena genera en él el deseo de no volver a incurrir en el injusto.

A diferencia de la prevención general, en la especial se pasa a pensar en la incidencia que tiene la pena en el condenado en particular, quien en condiciones ideales, sufre la pena, se resocializa y no reincide en su comportamiento criminal. Su fin es la resocialización, que se genera, según Fernández Carrasquilla: "Mediante la aplicación de un tratamiento individualizado, basado en un estudio científico de su personalidad, respetando en todo caso la dignidad humana del recluido."[196]. Además, la pena genera temor en el condenado, evitando de esta manera la reincidencia.

Bajo estos postulados, la prevención especial positiva está enfocada en la reintegración de la persona privada de la libertad a la sociedad, reforzando los valores ético-sociales del reo, y la negativa tiene un factor coercitivo en el que se atemoriza al condenado de reincidir, pues se vería obligado a cumplir la misma pena o una peor.

3. Teorías Mixtas de la Pena

Para concluir, se encuentran las teorías mixtas. Estas son tesis unificadoras de las teorías relativas y absolutas, que tienen como máximos exponentes a Rossi y a Roxin, buscan la prevención de la comisión de los ilícitos y la retribución al delincuente por los perjuicios generados. En consecuencia, la pena tiene varios fines, uno particular con el delincuente, otro utilitario y a su vez es usada como un mecanismo de coerción para la sociedad en general.

3.1. Teoría Mixta Retributiva

La teoría mixta retributiva plantea que tanto la prevención en sus dimensiones general y especial como la retribución son fines de la pena, pero existe una priorización de la facultad retributiva de la pena. Según Rossi: "la pena cumple a la vez un fin de justicia moral que remunera el mal con el mal y otro de conservación y protección del orden social, como enseñanza moral dirigida al pueblo acerca del significado de ciertos actos y como aviso a todos los individuos para lograr que se abstengan de perpetrarlos." [197]

En esta el aspecto retributivo prima sobre los demás fines de la pena, aun cuando se admite un efecto utilitario.

3.2. Teoría Mixta Preventiva

Su principal exponente es Claus Roxin, quien con esta teoría, realiza una fundamental contribución al derecho penal contemporáneo, la cual es considerada como una de las posturas más equilibradas y completas en la justificación de la pena dentro de un sistema penal de carácter democrático, ya que supera e integra las teorías tradicionales de la pena, teniendo siempre en cuenta la legitimidad del sistema jurídico y el respeto por los derechos humanos.

Como aspectos principales, se tiene que, se defiende la prevención general positiva, pues esta se ve como una forma de fortalecer la confianza de la sociedad en el ordenamiento jurídico, ya que se considera que la aplicación de la sanción de

195 ROBERTO BERGALLI, COLECCIÓN DE CRIMINOLOGIA Y DERECHO PENAL (1976)

196 JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, PRINCIPIOS Y NORMAS RECTORAS DEL DERECHO PENAL (1999)

197 MANUEL DE RIVACOBA, FUNCION Y APLICACIÓN DE LA PENA (1993)

una forma justa y proporcional reafirma la validez de las normas y genera una mayor cohesión social. Existe un fin preventivo general y especial, en el que se prioriza la prevención especial, ya que "la prevención especial debe contribuir a la resocialización del delincuente"198; también se resalta la necesidad de la proporcionalidad en la imposición de la pena, evitando tanto el exceso como la indulgencia.

El tratadista plantea que la pena cumple con diferentes funciones desde su elaboración legislativa hasta la ejecución de la sanción penal en los casos particulares.

En la instancia legislativa la pena tiene como fin la protección de bienes jurídicos, lo que solo se puede alcanzar con la prevención general dentro de la sociedad; este momento tiene una naturaleza coercitiva, pues constituye una amenaza para quienes pretendan atentar contra los tipos penales materia de legislación.

En el momento de realización del derecho penal y de su ejecución judicial se complementa la prevención general porque cuando se condena a un delincuente se confirma que la amenaza realizada es seria y real. Además, Roxin insiste en que la pena debe ser proporcional al daño causado y debe equilibrar adecuadamente las necesidades de prevención general y especial, sin caer en excesos punitivos.

Finalmente, en el momento de ejecución de la pena se prioriza totalmente la prevención especial, pues su fin es la resocialización del condenado, de esta manera: "La ejecución de la pena solo podría estar justificada si persigue como meta la reincorporación del delincuente a la sociedad. De tal modo, el fin buscado por la ejecución de la pena debe ser el de prevención especial, es decir, que el sujeto al que se le ejecuta la sanción penal no reincida en la comisión de delitos." 199

En este momento el juez de ejecución de penas tiene un relacionamiento con el condenado, ya que proporciona un programa de ejecución de la pena que pretende su reeducación. Figura que es aceptada en el ordenamiento jurídico colombiano con la existencia de un juez de conocimiento y otro juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Desde mi punto de vista, los avances más notorios que se han realizado al momento de analizar las funciones de la pena se han logrado con la unificación de las tesis y el reconocimiento de las múltiples funciones que tiene la sanción penal sobre la persona condenada y la sociedad.

Si bien la pena cumple con una función retributiva en la cual se castiga al condenado de forma correspondiente al daño causado, también se deben tener en cuenta las funciones relativas de prevención general y especial, enfatizando en los componentes positivos de estas, por medio de los cuales se procura la disminución de los fenómenos delictivos con el reforzamiento de la adhesión ciudadana a los valores y principios protegidos por la ley penal, en aras de impulsar el desarrollo social.

Tales objetivos se pueden lograr mediante la práctica de medidas dentro de la sociedad que impidan el aparecimiento de injustos, como bien lo podrían ser la educación y la garantía de oportunidades socioeconómicas de los ciudadanos y la búsqueda de la no reincidencia de los reos, que no necesariamente se logra con la aplicación de penas de tipo carcelario.

Habiendo realizado un estudio de las funciones de la pena, con un especial énfasis en la teoría mixta preventiva expuesta por Claus Roxin, nos adentraremos en la concepción de función de la pena existente en el Estado Social de Derecho Colombiano para arribar, más adelante, en la función resocializadora de la pena, que ha sido resaltada por las teorías relativas y mixtas, y es de primordial importancia en nuestro ordenamiento jurídico y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

198 CLAUS ROXIN, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. TOMO I: FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO (1997)

199 IVAN FIGUEROA ORTEGA, LIBRO HOMENAJE A JOSE RAFAEL MENDOZA TROCONIS, TOMO I (1998)

III. Función de la pena en el Estado Social de Derecho

Teniendo claras las diferentes teorías que existen sobre la función de la pena, es necesario señalar que la sanción penal se encuentra ligada intrínsecamente al tipo de Estado en el que nos encontremos, por consiguiente, de la concepción política existente de Estado en un determinado territorio o país se desprende la política criminal del mismo y su consecuente derecho penal.

Cada modelo de Estado ya sea absolutista, liberal, socialdemócrata o de bienestar, establece diferentes tipos de pena (como las privativas o no privativas de la libertad) y distintas finalidades a la misma, reflejando su concepción de justicia, orden social y derechos individuales.

De esta manera, los diferentes modelos de Estado se han caracterizado por determinar ciertas funciones a la pena; como lo afirma Carmignani: "(...) la pena se impone por razón del delito, y como la causa de imputar un delito es política, del mismo modo debe también ser política la razón de infligir las penas."[200]

En consecuencia, el tipo de pena corresponde al modelo de Estado y la severidad de la misma guarda relación con el valor que se le concede a los bienes jurídicos dentro de este, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico las conductas que atentan contra la vida o la libertad, integridad o formación sexuales son catalogadas de tal importancia que tienen mayores penas de prisión sobre otros delitos.

Como existe una relación directa entre el fin del Estado y el fin de la pena, además de la relación entre la política criminal que busca alcanzar los fines del Estado, nos adentraremos en la función de la pena en el Estado Social de Derecho, que es el existente en Colombia.

En nuestro modelo de Estado se busca el cumplimiento de las exigencias sociales de todos los habitantes y la garantía del respeto por los derechos fundamentales de los individuos. El sistema punitivo del Estado Social de Derecho se enmarca en estrictos criterios de legalidad y debido proceso, lo que genera seguridad jurídica a los ciudadanos. De esta manera, la sanción tiene una función de prevención general y especial, pues se pretende prevenir la comisión de ilícitos y erradicar el fenómeno de reincidencia; por lo tanto, la pena no solo se dirige a la persona que comete los injustos, sino también a la sociedad en general.

El fin primordial de la pena es social y utilitario ya que se busca el bienestar general de la sociedad, reduciendo el número de delitos cometidos, generando consciencia sobre los bienes jurídicos que se pretenden proteger y ejerciendo coerción sobre la sociedad debido a la severidad de las sanciones penales.

Se destaca, además, su propósito marcadamente resocializador, pues se busca con la pena reinsertar al condenado a la sociedad, lo que constituye una razón por la cual son erradicadas la pena de muerte y la prisión perpetua. Como lo afirma Ferrajoli: "La función resocializadora de la pena es la única compatible con la dignidad humana y con los principios de un Estado democrático de derecho"[201]

De esta manera se evidencia que el Estado Social de Derecho prioriza las teorías relativas de la pena, desde su enfoque de prevención general y especial, por su factor utilitario, que representa beneficios para las personas condenadas y la sociedad en general. Además, prima la función resocializadora de la pena.

Después de haber realizado el estudio de las funciones de la pena dentro del Estado Social de Derecho, continuaremos analizando como esta opera en el Estado Colombiano en particular.

200 GIOVANNI CARMIGNANI, ELEMENTOS DE DERECHO CRIMINAL (1979)

201 LUIGI FERRAJOLI, DERECHO Y RAZON: TEORIA DEL GARANTISMO PENAL (1995)

IV. Función de la Pena en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

El Estado Social de Derecho Colombiano se caracteriza por su rigurosidad en el cumplimiento de las leyes, teniendo como fuente principal de todo el ordenamiento jurídico a la Constitución Política de 1991, que es catalogada como norma de normas, por lo que permea toda la legislación nacional manteniendo una relación directa con el funcionamiento de las entidades públicas, privadas y la determinación de los comportamientos aceptables para la ciudadanía en general.

Si bien las leyes penales se concentran en el Código Penal y en los Códigos de Procedimiento Penal, nuestra Carta Magna realiza breves consideraciones en materia de sanciones penales, prohibiendo en sus artículos 11, 12 y 34, los cuales corresponden a la pena de muerte, la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, el destierro, la prisión perpetua y la cosificación. Tales prohibiciones se enmarcan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y demás tratados internacionales pactados por Colombia.

El Código Penal (Ley 599 de 2000) tiene las determinaciones más relevantes sobre la pena, sus principios y funciones, en los artículos 3 y 4, que dictan:

"ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan."[202]

"ARTÍCULO 4o. FUNCIONES DE LA PENA. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión."[203]

Del artículo 3 se destaca que en Colombia la sanción impuesta por el juez, siendo esta una pena o una medida de seguridad, debe responder a criterios de proporcionalidad, razonabilidad, y necesidad, entendida desde la perspectiva de la prevención.

Desde esta norma se posiciona la finalidad preventiva como una prioridad, pues se determina que la pena debe ser necesaria para prevenir a la sociedad en general de la conducta contraria a derecho y al individuo en particular de su reincidencia, además debe ser proporcional al daño causado y fundamentada en argumentos razonables que se correspondan con criterios de legalidad y debido proceso.

Según mi criterio, al analizar de manera detenida el artículo 4 se puede concluir que las funciones de la pena en Colombia encuentran muchas similitudes con la teoría mixta preventiva planteada por Claus Roxin, pues incluye la teoría absoluta de la pena, teniendo en cuenta que la sanción debe ceñirse al principio de proporcionalidad enmarcado en el artículo anterior, que busca retribuir la culpabilidad del delincuente con la imposición de un castigo que se corresponda con el daño causado; las teorías relativas y su carácter preventivo general y especial; y, el hecho de considerarse que la pena cumple una función determinada en sus diferentes momentos, lo cual queda en evidencia en el segundo inciso de la norma.

Siguiendo con el análisis, las funciones de prevención general y especial se enmarcan en las teorías relativas de la pena. En el caso de la prevención general se busca que con la severidad de la pena se coerza a los ciudadanos para que no cometan los ilícitos, que se inculque en ellos los valores éticos y sociales necesarios para el mantenimiento de la sociedad y que se permita un constante desarrollo de la comunidad. La

202 CÓD. PENAL, art 3

203 CÓD. PENAL, art 4

prevención especial pretende la reeducación, resocialización y reinserción del condenado, procurando mediante la sanción un cambio dentro del reo y buscando que no reincida en su conducta delictiva, además, la imposición de la condena y su consecuente sufrimiento generan temor en el individuo, lo que lo inclina a la no repetición del delito.

Si bien la resocialización está mencionada de manera expresa por la importancia que tiene en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que esta se encuentra incluida en la prevención especial de la pena, que se ejerce cuando el procesado está cumpliendo su condena. De esta forma la función resocializadora genera cambios en el reo que le permiten reinsertarse a la sociedad al momento del cumplimiento de la pena y no reincidir en su comportamiento delincuencial.

Además, la sanción penal cumple con la protección del condenado pues mediante esta se pueden evitar ataques al delincuente y casos de justicia tomada por mano propia, garantizándole de esta manera sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal.

Sobre las funciones de la pena establecidas en el artículo cuarto del Código Penal y el momento en el que operan se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sentencia C-294 de 2021 (MP. Cristina Pardo), de la siguiente forma:

> "Así, en el primer momento, se considera que el Legislador define los delitos orientados esencialmente por consideraciones de prevención general, y secundariamente por principios retributivos. Conforme a tal criterio, la tipificación legal de hechos punibles pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser tutelados por el derecho penal (prevención general) pero de manera tal que exista una cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que le es atribuida (componente retributivo en esta fase). De otro lado, en la fase de imposición judicial de la pena a un determinado sujeto, en general se considera que el sistema penal debe operar con un criterio esencialmente retributivo, a fin de que, por razones de justicia, exista una proporcionalidad entre la dañosidad de la conducta, el grado de culpabilidad del agente y la intensidad de la pena. Finalmente, se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad." 204

Por lo tanto, en el primer momento en que el legislador define las conductas que serán tipificadas, la pena cumple con la función de prevención general, pues advierte a los ciudadanos de la consecuencia de su incumplimiento. Esta tipificación se realiza teniendo en cuenta principios retributivos para la determinación de la escala punitiva estipulada en la norma, la cual debe ser proporcional al daño que se causa con la afectación del bien jurídico objeto de protección.

En el segundo momento se impone la pena de manera judicial y de esta forma se retribuye la conducta reprochable del condenado, con especial observancia del principio de proporcionalidad. En el último momento, en el que se ejecuta la pena, se cumple con las funciones de prevención especial y reinserción social, ya que mediante el cumplimiento de la sanción se pretende la reeducación del condenado, su resocialización y la no reincidencia en el injusto.

Para finalizar con el momento en que opera cada función, la protección del condenado actúa desde el que este ejecuta la pena, pues antes de existir una sentencia de carácter condenatorio en firme, se aplica el principio de presunción de inocencia, y no existe el grado de conocimiento más allá de toda duda sobre la comisión del injusto.

En este punto debo resaltar que Claus Roxin es uno de los juristas más influyentes en la teoría

204 C.C., Sala Plena, 2 de septiembre de 2021, Sentencia C-294/21, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

del derecho penal contemporáneo y ha tenido un impacto significativo en cómo se conciben y aplican las penas en ordenamientos jurídicos que buscan un equilibrio entre la retribución y la prevención, incluido el colombiano.

Tal influencia ha sido evidenciada en nuestro estudio de las funciones de la pena, del artículo 4 de la ley 599 del 2000, y el momento en que opera cada una, determinado por la Corte Constitucional, motivo por el cual se puede concluir que la teoría mixta preventiva de la pena expuesta por Roxin es el enfoque teórico de la función de la pena en el Estado Colombiano, el cual se corresponde de manera idónea con las características políticas del Estado Social de Derecho.

Además, la incidencia de Claus Roxin en el ordenamiento jurídico colombiano es evidente en la adopción de teorías como la imputación objetiva y en la visión de la pena como un instrumento que no solo castiga, sino que también previene y rehabilita. Su enfoque ha contribuido a un derecho penal más equilibrado, que busca proteger a la sociedad mientras respeta los derechos fundamentales de los individuos, reflejando un compromiso con los principios de proporcionalidad y humanidad en la administración de justicia.

De esta manera quedan establecidas las funciones de la pena dentro del ordenamiento jurídico colombiano, su sustento teórico y el momento en que operan, sin embargo, tales funciones se cumplen en estados ideales de promulgación legislativa, desarrollo de procesos judiciales sujetos al debido proceso y cumplimiento de penas que aseguren la resocialización de los condenados, situaciones que, como veremos más adelante, no siempre son garantizadas por el Estado Colombiano.

V. Primacía de la Resocialización sobre las otras funciones de la Pena en el Estado Colombiano

Nuestro ordenamiento jurídico determina que la pena tiene diferentes funciones, sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido de manera reiterada y pacífica que, sobre las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial y protección al condenado, prevalece la de reinserción social. En la sentencia C-328 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz) se realiza un recuento de las decisiones de esta alta corte que han establecido tal primacía, estableciendo que:

> "La Corte ha analizado los fines constitucionales de la pena, con especial preferencia a los objetivos de resocialización (función preventiva especial). En efecto, en sentencia C-261 de 1996 expuso que la resocialización guarda una íntima relevancia con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, pues la reeducación y la reinserción social del condenado son el objetivo de los esfuerzos legales e institucionales del Estado.
>
> Posteriormente en la sentencia C-430 de 1996, este Tribunal dijo que la pena en nuestro sistema jurídico tiene un fin preventivo, representado en el establecimiento legal de la sanción penal, un fin retributivo que se manifiesta con la imposición judicial de la pena y un fin resocializador que orienta la ejecución de esta, a partir de principios humanistas contenidos en la Carta y en los tratados internacionales.
>
> En la sentencia C-144 de 1997, la Corte manifestó que las penas tienen como finalidad la búsqueda de la resocialización del condenado, dentro del respeto por su autonomía y dignidad, puesto que el objeto del derecho penal en el Estado Social de Derecho no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción.
>
> Esta finalidad ha sido reconocida por esta Corporación en la sentencia C-806 de 2002, en la que manifestó que la pena debe pretender

> la resocialización del condenado, dentro de la órbita del respeto de su autonomía y dignidad, puesto que el objeto del derecho penal no es la exclusión del infractor, sino su reinserción al pacto.
>
> La posición jurisprudencial descrita fue reiterada en la sentencia C-061 de 2008, que analizó la constitucionalidad de la norma que contemplaba la pena denominada "los muros de la infamia".
>
> Estos criterios también se han proyectado a fallos de tutela. En efecto, la Corte en la sentencia T-267 de 2015, expresó que se trata del objetivo más importante de la sanción penal, en especial en su fase de ejecución, pues impide que se instrumentalice al individuo y garantiza su proceso de resocialización con estricto apego al respeto por su dignidad humana.
>
> Recientemente en sentencia T-718 de 2015, este Tribunal reiteró que, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia vigentes, la educación es la base de la resocialización, puesto que la figura de la redención de la pena es la materialización de la función resocializadora de la sanción." [205]

Esta línea jurisprudencial de carácter armónico nos muestra que en nuestro Estado Social de Derecho la función de la pena tiene un carácter resocializador prevalente, pues dentro de este modelo de Estado no se pretende excluir al infractor penal sino reinsertarlo en la sociedad, además, esta función tiene una relación estrecha con la dignidad humana plasmada en el primer artículo de nuestra Carta Magna.

El fin de la reinserción social, que se enmarca en la teoría mixta preventiva de Claus Roxin, y se basa en principios humanistas de la Constitución Política de 1991, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales suscritos por Colombia es el más importante de la sanción penal, se cumple dentro de la ejecución de la pena y evita que el condenado sea utilizado como un simple instrumento de prevención general, pues garantiza su inclusión en el pacto social y la garantía de su libre desarrollo de la personalidad.

En un pronunciamiento más reciente, la Corte Constitucional en sentencia SU-306 de 2023 (MP Jorge Enrique Ibáñez), al respecto, estipuló:

> Frente a la ejecución de la pena, la Corte Constitucional ha concluido que su cumplimiento, fines y funciones, se miden por el grado de reinserción social del penado. En este mismo sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "la pena no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado y que con ello vean sus derechos restituidos, sino que responde a la finalidad constitucional de la resocialización como garantía de la dignidad humana". Y especialmente, "en la fase de ejecución de la pena, ésta debe guiarse por las ideas de resocialización y reinserción sociales (...) de allí que la teoría actual de la pena refiera que el tratamiento penitenciario deba estar dirigido a la consecución de la reeducación y la reinserción social de los penados, y deba propender porque el condenado tenga la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, en desarrollo de una actitud de respeto por su familia, el prójimo y la sociedad en general. Es lo que se conoce como la humanización de la pena a partir del postulado de la dignidad humana que establece el artículo 1 de la Constitución Política.
>
> Esta misma línea argumentativa es expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 29 del 30 de mayo de 2022, en la cual se reconoce la centralidad de la dignidad humana, como unos de los valores fundamentales en el desarrollo de toda la política penitenciaria. Existe una conexión intrínseca que no permite la lectura aislada de figuras como el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos. Así, el respeto por los derechos de las personas privadas de la libertad, comienza con un ejercicio del poder punitivo del Estado respetuoso de la Convención Americana o, en términos prácticos, de la dignidad y de los

205 C.C., Sala Plena, 22 de junio de 2016, Sentencia C-328/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

derechos humanos. “De tal modo, cuando la calidad democrática de un Estado es alta, se instituyen políticas criminales y penitenciarias centradas en el respeto de los derechos humanos; el derecho penal es utilizado solo como ultima ratio, y se garantizan los derechos de la población privada de libertad.” [206]

De esta manera, concluyo que la función de la pena no se limita a la retribución de la teoría absoluta, sino que encuentra su fin en la resocialización como factor que garantiza la dignidad humana de la población privada de la libertad. Esto significa que la reinserción social se convierte en un deber estatal en materia de política carcelaria, ya que, los centros penitenciarios deben tener mecanismos de reeducación que sean lo suficientemente efectivos para llegar a la resocialización, dándole así un carácter humanitario y utilitarista a la pena. Además, el deber ya mencionado se presenta como una muestra del compromiso del Estado Colombiano con los derechos humanos y la democracia.

Habiendo analizado la primacía de la función resocializadora de la pena nos centraremos en estudiar las dificultades que ha tenido el Estado para garantizar la reinserción penal de los condenados y sus derechos fundamentales.

VI. Dificultades del Estado Colombiano en el Cumplimiento de la función Resocializadora de la Pena

Partiendo de la base que Colombia tiene un Estado Social de Derecho, que esta concepción política permea sus normativas penales, que las funciones de la pena determinadas en la ley 599 del 2000 tienen un enfoque conceptual determinado por la teoría mixta preventiva de Claus Roxin, que se propende por la dignidad humana y la garantía de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y que la Corte Constitucional ha establecido, de manera reiterada, que la resocialización es la función más importante de la pena, se hace necesario preguntarse si el Estado verdaderamente es efectivo en términos de reinserción social y prevención especial positiva.

Si nos referimos a la resocialización como el proceso de reintegración de personas que han sido condenadas por ilícitos, con el objetivo de que puedan llevar una vida productiva sin reincidir en conductas delictivas, podemos asegurar que el mayor factor cuantificable de la efectividad de la resocialización en nuestro Estado es la reincidencia.

En cuanto a la reiteración de conductas delictivas por parte de personas condenadas tenemos que, según las estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia, a 15 de abril de 2024, dentro de las personas condenadas, existen 79.366 individuos retenidos de manera intramural, de los cuales 19.022 son reincidentes, es decir, el 23.97%; como se puede ver en la figura No.1[207]:

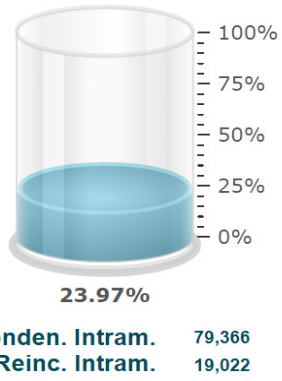


Figura No.1

La figura No.1 muestra que de cada 100 personas condenadas y detenidas de manera intramural más de 23 son reincidentes, evidenciando que la efectividad de la reinserción social es muy baja; los factores que inciden en que la reincidencia sea tan alta son las condiciones de los centros carcelarios, el hacinamiento, la

206 C.C., Sala Plena, 10 de agosto de 2023, Sentencia SU-306/23, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

207 INPEC, https://perma.cc/DU8G-STYD, (última visita en abril 15, 2024)

inseguridad y criminalidad dentro de los mismos, la vulneración de derechos fundamentales, la drogadicción, la falta de medidas de reeducación, entre otros.

Adentrándonos en estos factores, tenemos que, la Corte Constitucional en sentencia T-153 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) declaró el estado de cosas inconstitucional de las penitenciarías del país, pues se consideró que "las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos."[208]

Este fenómeno que se entendió parcialmente superado en un momento, por importantes inversiones del Estado en infraestructura carcelaria, se volvió a presentar, con connotaciones diversas, en el 2013, cuando la Corte declaró un nuevo estado de cosas inconstitucional en las cárceles de nuestro país por medio de la sentencia T-388 de 2013 (MP María Victoria Calle):

> Se declara que el Sistema penitenciario y carcelario se encuentra nuevamente en un estado de cosas inconstitucional, por cuanto (i) los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada; (ii) las obligaciones de respeto, protección y garantía, derivadas de tales derechos, han sido incumplidas de forma prolongada; (iii) el Sistema ha institucionalizado prácticas claramente inconstitucionales, dentro de su funcionamiento cotidiano; (iv) hay una ausencia notoria de medidas legislativas, administrativas y presupuestales que se requieren con urgencia; (v) la solución de los problemas estructurales compromete la intervención de varias entidades, que deben realizar acciones complejas y coordinadas; y, finalmente, (vi) si todas las personas privadas de la libertad que se ven enfrentadas al mismo estado de cosas presentaran acciones de tutela (u otros mecanismos de defensa de sus derechos), tal como lo hicieron los accionantes de las tutelas acumuladas en esta oportunidad, el sistema judicial se congestionaría aún más de lo que está ocurriendo.
>
> El estado de cosas inconstitucional en el que se encuentra nuevamente el Sistema penitenciario y carcelario tiene una de sus principales causas en dificultades y limitaciones estructurales de la política criminal en general a lo largo de todas sus etapas, no solamente en su tercera fase: la política carcelaria.[209]

La decisión expone de manera clara los mayores problemas en materia penitenciaria del país, que se ven reflejados en la constante violación de los derechos humanos de la población privada de la libertad. Estos inconvenientes tienen su origen en la omisión de las entidades estatales y territoriales de cumplir con las obligaciones legales que tienen frente a estas personas, ya que se presenta una notoria falta de generación y aplicación de medidas que procuren superar la crítica situación carcelaria que ha perdurado por más de 20 años.

La declaración realizada por la Corte se realizó porque las personas privadas de la libertad se encuentran en situaciones precarias de hacinamiento, vulneración de derechos fundamentales, salubridad, violencia, criminalidad y drogadicción, entre otros. Lo anterior genera que los centros penitenciarios no sean espacios de reeducación, sino que se conviertan en centros delictivos, en donde incluso se generan ilícitos que perjudican a la población libre, mediante mecanismos como la extorsión.

Además, en el año 2022 no solo se entendió ratificado el estado de cosas contrario a la Constitución Política de 1991 en las cárceles colombianas, sino que se extendió a los centros de detención transitoria mediante la sentencia SU-122 de 2022[210] (MP Diana Fajardo Rivera,

208 C.C., Sala Tercera de Revisión, 28 de abril de 1998, Sentencia T-153/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

209 C.C., Sala Primera de Revisión, 28 de junio de 2013, Sentencia T-388/13, M.P. María Victoria Calle Correa.

210 C.C., Sala Plena, 31 de marzo de 2022, Sentencia SU-122/22, M.P. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas.

Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes), cuando se revisaron 9 expedientes de personas retenidas en estas instalaciones que presentaban casos de hacinamiento, falta de infraestructura, imposibilidad de acceso a servicios sanitarios y de salud, fallas en la alimentación y el aseo, riñas y prohibiciones arbitrarias de visitas con familiares o abogados.

En esta decisión se resaltó que, aunque es ajustado a la Constitución la limitación al derecho de la libertad de las personas que, bajo los criterios del debido proceso, son retenidas en centros carcelarios permanentes o transitorios, tal situación genera que estos ciudadanos estén sujetos al Estado para la garantía de sus otros derechos fundamentales no susceptibles de limitación, lo que genera obligaciones de protección a favor de ellos y en cabeza de las autoridades.

En esta oportunidad la Corte Constitucional manifestó:

> La Sala constató que la situación de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y carcelarios se desbordó de tal forma, que las personas que son capturadas y cuya situación jurídica ya ha sido definida por un juez no pueden ser trasladadas e ingresar formalmente al Sistema Penitenciario y Carcelario. Por esa razón, las personas detenidas son custodiadas en espacios que no son aptos para garantizar una reclusión digna y son sometidas a una violación sistemática de sus derechos.
>
> Para la Corte, las causas que explican esta situación se encuentran en diferentes fases de la política criminal; entre ellas, existen vacíos normativos en la distribución de competencias entre autoridades de los distintos niveles territoriales; los altos índices de criminalidad evidenciados en el país; la aplicación abusiva o excesiva de la detención preventiva, entre otras.[211]

De esta forma, queda en evidencia que desde el 2013, con la declaración de estado de cosas inconstitucional de los centros penitenciarios del país ,hasta la actualidad las situaciones de vulneración de derechos fundamentales y hacinamiento no han mejorado, sino que por el contrario se han desbordado a tal nivel que han llegado a permear los centros de detención transitoria y a imposibilitar el paso de estas personas desde los centros de detención hasta las cárceles cuando se les impone una medida de seguridad privativa de la libertad, por lo que no cumplen sus condenas en espacios que tienen el propósito de resocializar. Tal circunstancia se genera principalmente por dificultades administrativas y el uso excesivo de las medidas preventivas de la libertad.

Además, con el último pronunciamiento de la Corte se resaltó que:

> El abuso en la utilización de la medida de aseguramiento puede darse, no solo por el desconocimiento de su carácter excepcional, sino también porque los operadores judiciales se encuentran inmersos en una cultura jurídica que confía en exceso en la privación de la libertad, tanto como respuesta al delito, como en el ámbito de la preservación de las pruebas, el desenvolvimiento adecuado del proceso y la protección de las víctimas durante la investigación penal, es decir, en el plano de las medidas cautelares conocidas como de aseguramiento en el ámbito penal." [212]

Como es lógico, lo mencionado hasta el momento es muestra de la precaria situación carcelaria del país y pone en evidencia que en un estado de cosas en el que no se puede garantizar siquiera los derechos fundamentales de los condenados, mucho menos se le puede dar un cumplimiento apropiado a las fases de tratamiento penitenciario establecidas en el artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005[213], que tienen como fin la reinserción social. Esta norma se explica en el cuadro No.1[214]:

211 C.C., Sala Plena, 31 de marzo de 2022, Sentencia SU-122/22, M.P. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas.

212 C.C., Sala Plena, 31 de marzo de 2022, Sentencia SU-122/22, M.P. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas.

213 Res. INPEC 7302, 23 de noviembre de 2005, art 10

214 Victoria Preciado Burgos, Educación o resocialización: Problemática abordada desde la administración penitenciaria

Cuadro 1. Fases del Tratamiento Penitenciario

Etapa	Fase del Tratamiento	Descripción	Período de Desarrollo
1 FASE	Fase de Observación	El equipo interdisciplinario realiza una revisión documental y exploración del comportamiento del interno(a), su pensamiento y actitud frente a su estilo de vida. Se implementa a partir de los momentos de: **1)** Adaptación, busca que el interno(a) se ubique en el nuevo espacio intramural. **2)** Sensibilización, mediante talleres y actividades se busca que el interno(a) adquiera nuevos conocimientos sobre normas, hábitos y características de su nuevo entorno. **3)** Motivación, se le da a conocer al interno(a) el Sistema de Oportunidades con el que cuenta el Establecimiento de Reclusión para la elección de actividades. **4)** Proyección, el interno(a) elabora una propuesta de su proyecto de vida a desarrollar durante su tiempo de reclusión.	Mínimo de un (1) mes y máximo de tres (3) meses
	Fase de Diagnóstico	Se le define el perfil a nivel jurídico y psicosocial al interno(a) de acuerdo a los talleres y formatos diligenciados.	
	Fase de Clasificación	El Consejo de Evaluación y Tratamiento establece un plan de tratamiento al interno(a) con objetivos a cumplir en cada una de las fases.	
		El interno(a) accede a programas educativos y laborales, en período cerrado, que permite el	Termina cuando el interno(a) es
2 FASE	Fase de Alta Seguridad (período cerrado)	cumplimiento del plan de tratamiento. Implica mayores medidas restrictivas y se orienta a reflexiones y fortalecimiento de habilidades. Se prepara para su desempeño en espacios semiabiertos.	promovido por el Consejo de Evaluación y Tratamiento. Cumplimiento de la tercera parte de la pena impuesta
3 FASE	Fase de Mediana Seguridad (Período Semiabierto)	El interno(a) accede a programas educativos y laborales, en un espacio semiabierto, que implica medidas de seguridad menos restrictivas. Los programas que se ofrecen en esta fase se basan en la intervención individual y grupal, permiten el fortalecimiento de competencias psicosociales y ocupacionales.	Inicia cuando alcance el cumplimiento de la tercera parte de la pena y finaliza cuando cumpla las 4/5 partes del tiempo requerido para libertad condicional
4 FASE	Fase de Mínima Seguridad (Período Abierto)	El interno(a) accede a programa educativos y laborales en espacio con medidas de restricción mínimas. Se fortalece el ámbito personal de restructuración de la dinámica familiar y laboral, para lograr afrontar la integración social positiva y consolidar su proyecto de vida en libertad.	Inicia cuando el interno(a) haya cumplido las 4/5 partes del tiempo requerido para la libertad condicional
5 FASE	Fase de Confianza	Se orienta al desarrollo de actividades que permitan evidenciar el impacto del tratamiento realizado en las fases	Procede cuando la libertad condicional haya sido negada

Cuadro No. 1

A pesar de que el sistema penitenciario colombiano está diseñado para seguir estas fases con el objetivo de resocializar a los internos, en la práctica, hay varios obstáculos que dificultan su correcta implementación. Según la Defensoría del Pueblo una de las dificultades que perpetúa el estado de cosas inconstitucional penitenciario y carcelario es la:

> Falta de capacidad administrativa, técnica, presupuestal y funcional del sistema judicial y administrativo para garantizarles a todos los condenados en igual de condiciones el derecho de acceder al Tratamiento Progresivo Penitenciario y sus fases -fase de observación, diagnóstico y clasificación; fase de alta seguridad; fase de mediana seguridad; fase de mínima seguridad y fase de confianza.[215]

Además, se resaltan como problemáticas: el hacinamiento, que genera que gran parte de los internos no reciban atención individualizada durante la fase de observación y diagnóstico, y que los programas de rehabilitación se vean restringidos; la falta de recursos, que hace que las actividades de la fase de tratamiento sean insuficientes, y muchos condenados no tengan acceso a programas de educación o capacitación laboral; la infraestructura deficiente, que genera graves afectaciones a los derechos humanos; la falta de personal calificado, ya que la atención que los internos reciben no es suficiente ni constante, incluso en materia de salud; la corrupción, que disminuye los recursos destinados a las penitenciarías; entre otros.

Las circunstancias expuestas son de tal entidad que hacen imposible la realización plena del ya mentado artículo, lo que causa que las personas condenadas no cumplan a cabalidad con las fases del tratamiento penitenciario y en consecuencia no se reinserten a la sociedad en debida forma, reincidiendo en la comisión de ilícitos con el paso del tiempo.

en Colombia, UTOPÍA Y PRAXIS LATINOAMERICANA, 139-153 (2020)

215 DEFENSORIA DEL PUEBLO, SEXTO INFORME DEFENSORÍA DEL PUEBLO ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL-ECI EN MATERIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA, 32 (2019)

Desde mi criterio, la baja efectividad de la resocialización en Colombia es generada porque no se están aplicando de manera correcta las fases del tratamiento penitenciario establecidas en el artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005, norma que dicta toda la estructura de la sanción penal, con un claro enfoque en la no reincidencia, propia de las teorías relativas de la pena acogidas por Roxin en sus postulados. Como es claro, el motivo de la indebida aplicación es el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario.

Al observar las grandes problemáticas que tiene el Estado Colombiano en garantizar la función resocializadora de la pena, propia de un Estado Social de Derecho, se debe mencionar que la actual situación carcelaria exige de grandes esfuerzos administrativos y de la implementación de soluciones efectivas. Si bien pueden existir soluciones de carácter político, como la creación o modificación de leyes que sean debatidas por el Congreso y aprobadas por el presidente de la república, se recuerda que el presente es un artículo de carácter jurídico, por lo que en el siguiente acápite nos centraremos en las soluciones de esta índole.

VII. Los Subrogados Penales como Medidas que disminuyen el hacinamiento y efectivizan la reinserción social

Desde mi punto de vista, el factor más relevante para que el Estado no cumpla con la función resocializadora de la pena es el hacinamiento, al tener incidencia directa en la vulneración sistemática y periódica de derechos humanos, la falta de control de las autoridades sobre las cárceles (que genera que se conviertan en centros criminales), la no aplicación debida del artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005, y, en consecuencia, la inefectividad de la resocialización como fin de la pena.

En palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

> Desde hace varios años, la Comisión Interamericana, al igual que otros organismos internacionales de derechos humanos e incluso los órganos políticos de la OEA, ha observado que el problema más grave y extendido que enfrentan los Estados miembros con respecto a la gestión penitenciaria es el hacinamiento;
>
> [...]
>
> El hacinamiento incrementa los niveles de violencia entre internos; impide que éstos dispongan de un mínimo de privacidad; dificulta el acceso a los servicios básicos, algunos tan esenciales como el agua; facilita la propagación de enfermedades; crea un ambiente en el que las condiciones de salubridad e higiene son deplorables; constituye en sí mismo un factor de riesgo de situaciones de emergencia; restringe el acceso de los internos a actividades productivas; propicia la corrupción; afecta el contacto familiar de los reclusos384; y en definida genera serios problemas en la gestión misma de los establecimientos penitenciarios. [216]

Si analizamos el hacinamiento actual en los centros carcelarios del país encontramos que, según las estadísticas del INPEC, a 15 de abril de 2024, existe una sobrepoblación carcelaria del 24.9 %, (figura No. 2)[217]:

Las penitenciarías del país tienen una capacidad total de 81.781 cupos, y la población privada de la libertad es de 102.220 personas, lo que significa que el cupo de las cárceles está excedido por 20.439 reos. Esta situación es aún más grave en algunos departamentos como La Guajira donde el hacinamiento corresponde al 226%[218].

Considero que, el fenómeno del hacinamiento es uno de los mayores responsables de la reincidencia delictiva, pues su erradicación generaría la aplicación

216 OEA, CIDH, INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS AMÉRICAS, 108-109 (2013)

217 INPEC, https://perma.cc/8NMG-ZVZV, (última visita en abril 15, 2024)

218 INPEC, https://perma.cc/8DDK-D32G, (última visita en abril 15, 2024)

de las fases del tratamiento penitenciario, la optimización de recursos para la población privada de la libertad reduciendo de esta manera la constante vulneración de derechos fundamentales, y el mayor control del INPEC dentro de los establecimientos carcelarios, entre otros.

Además, como se viene afirmando con anterioridad, la sentencia T-388 de 2013 (MP. María Victoria Calle), reitera que el hacinamiento es una muestra de que "existen indicios y evidencias del recurso excesivo al castigo penal y al encierro, lo cual genera una demanda de cupos para la privación de la libertad y de condiciones de encierro constitucionalmente razonables, que es insostenible para el Estado." [219]

En suma, a mi criterio, la aplicación de las medidas preventivas de la libertad genera un círculo vicioso, en el cual existe poca efectividad en la reeducación de los delincuentes, hay altas tasas de comisión de ilícitos, los funcionarios judiciales aplican de forma desmedida este tipo de sanciones, por confiar en exceso en esta medida, y se termina generando más hacinamiento lo que desemboca en reincidencia y criminalidad.

Por otra parte, grandes teóricos como Eugenio Raúl Zaffaroni, Luigi Ferrajoli y Alessandro Baratta afirman incluso que la resocialización es incompatible con la privación de la libertad, argumentando de la siguiente forma:

> Zaffaroni asevera ilustrativamente "que la ejecución penal no resocializa ni cumple ninguna de las funciones "re" que se la han inventado [...], que todo eso es mentira y que pretender enseñarle a un hombre a vivir en sociedad mediante el encierro es [...] algo tan absurdo como pretender entrenar a alguien para jugar fútbol dentro de un ascensor". La estadía en un centro de privación de libertad es contraproducente para la "adaptación" del condenado a la sociedad. Como hace notar Baratta, el sistema punitivo presenta características que lo tornan inconveniente para cualquier finalidad resocializante: a) en lugar de componer conflictos los reprime, y b) por su estructura organizativa y por el modo en que funciona es inadecuado para desenvolver las funciones socialmente útiles declaradas en su discurso oficial, que son centrales a la ideología de la defensa social y a las teorías utilitarias de la pena. El mismo autor constata: "Miremos la pena carcelaria, que sigue siendo la pena principal y característica del sistema punitivo: todos los intentos teóricos y prácticos por justificarla, resaltando las funciones útiles, como la resocialización, se pueden considerar fracasados". Ferrajoli también deja entrever que abundante literatura, corroborada por una dolorosa experiencia, confirma que no existen penas correctoras o terapéuticas; pues la cárcel es un lugar criminógeno de educación e incitación al delito. Represión y educación son incompatibles, y de una prisión solo podemos intentar que sea lo menos desocializadora posible. [220]

Con esto, los autores exponen la inconveniencia que representa pretender la resocialización de un delincuente por fuera de la sociedad, por generar resultados negativos en su reinserción, ya que se piensa que la pena es contraria a su función utilitaria, y los centros carcelarios en vez de reeducar a los reos los incitan al delito.

En este marco de ideas, cobran una importancia vital los mecanismos que son más efectivos en términos de reinserción social, sin que se vean afectados los demás fines de la pena, tales mecanismos son los subrogados penales plasmados en los artículos 63 y siguientes del Código Penal, que son alternativas a la pena privativa de la libertad, de forma extramural las cuales se conceden a las personas condenadas que cumplan con los requisitos exigidos por la ley. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-328 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz) expresó:

---

219 C.C., Sala Primera de Revisión, 28 de junio de 2013, Sentencia T-388/13, M.P. María Victoria Calle Correa.

220 Byron Villagómez, resocialización imposible, RESISTENCIA: REVISTA DE LOS ESTUDIANTES DE LA UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR. 42 (2010)



Figura No.2

> En la actualidad se tienen problemas en las políticas públicas de resocialización y reintegración de los condenados a la sociedad civil, lo que ha generado la declaratoria, por parte de este Tribunal, de un estado de cosas inconstitucional en materia de cárceles. Esta situación genera la implementación y uso de mecanismos que alternen con la pena privativa de la libertad y permitan alcanzar de manera más eficiente el objetivo de resocialización con la utilización de medidas que humanicen la sanción penal.
>
> [...]
>
> Las medidas dispuestas por el Legislador para afrontar de mejor manera el proceso de resocialización de los internos, se agrupan en aquellos mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y medidas sustitutivas de la pena de prisión conocidas también como subrogados penales.[221]

Las medidas a las que se hace referencia como subrogados penales son: la prisión domiciliaria, que permite la retención en el lugar de residencia; la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que consiste en suspender la ejecución de la pena por un periodo de 2 a 5 años; la libertad condicional que consta en la oportunidad que tiene un condenado de terminar la privación de la libertad bajo ciertas obligaciones; y, la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave que habilita al penado a cumplir con su sanción dentro de su residencia o en algún centro hospitalario cuando padezca una enfermedad de tal índole que sea incompatible con la reclusión intramural.

Los subrogados penales no solo se muestran como figuras jurídicas de relevancia superlativa en materia de disminución de hacinamiento carcelario, sino que también cumplen con las funciones de la pena establecidas en el Código Penal, sin generar afectaciones a derechos fundamentales, y permitiendo la reinserción de los condenados dentro de la misma sociedad, lo que desemboca en mayor efectividad en materia de resocialización. En esta misma línea se expresó la Corte Constitucional, en sentencia C-328 de 2016 (MP. Gloria Stella Ortiz) argumentando que:

> El acceso de los condenados a los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión en las condiciones establecidas por la ley, constituye para aquellos una herramienta invaluable para alcanzar los fines constitucionales de resocialización de la pena y para reintegrarse a la normalidad de su vida.
>
> Frente a este aspecto, esta Corporación ha considerado que para muchas personas la permanencia en un centro de reclusión puede generar los efectos contrarios en términos de resocialización, por lo que el cumplimiento de la condena en un ambiente familiar o social,

221 C.C., Sala Plena, 22 de junio de 2016, Sentencia C-328/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

favorece su proceso de reintegración al pacto social.

Los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, encuentran su fundamento en principios constitucionales como la excepcionalidad, la necesidad, de adecuación, la proporcionalidad y razonabilidad, por tal razón se justifica que la pena privativa de la libertad pueda ser alternada por la prisión domiciliaria o ser sustituida por la ejecución condicional de la pena o libertad condicional, entre otros beneficios que le permiten al condenado un proceso de resocialización más humanizante."[222]

En consecuencia, la aplicación de mecanismos alternativos a la ejecución de la pena intramural permite la resocialización del procesado en un espacio libre de vulneraciones a derechos fundamentales, donde sigue siendo acogido por un entorno familiar o social que genera una reinserción natural dentro del pacto social.

Desde mi perspectiva, la adaptación de los subrogados penales no solo beneficia a las personas condenadas que son acreedoras de este derecho, sino también a los privados de la libertad de manera intramural, ya que al reducirse el fenómeno del hacinamiento mejoran las condiciones de vida y las medidas de reeducación dentro de las penitenciarías, por contarse con mayores recursos económicos para cada reo, más protección por parte de los guardas del INPEC y mejor asignación en materia de infraestructura.

Se hace necesario acabar con el uso excesivo de las penas de prisión intramurales, que generan demanda de cupos dentro de los centros carcelarios insostenibles para el Estado y emplear de manera más reiterada los subrogados penales que cumplen con los fines de la pena de carácter mixto preventivo, no vulneran derechos fundamentales y son más efectivos en materia de reinserción social.

En otras palabras, este autor considera que la función resocializadora de la pena solo puede ser efectiva de dos maneras: 1) realizando la correcta aplicación de las fases de tratamiento penitenciario establecidas en el artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005, o 2) mediante el uso de los subrogados penales. Destaco además que, evitando que los operadores judiciales confíen en exceso en la privación de la libertad, se aumenta el uso de los subrogados penales, que son más eficientes en materia de reinserción social y a su vez permiten que las personas privadas de la libertad puedan realizar las fases de tratamiento penitenciario en debida forma, lo que garantiza en mayor medida su reeducación.

I. Conclusión

El Estado Social de Derecho Colombiano, en materia de sanción penal, acoge la teoría mixta preventiva de Claus Roxin. De esta manera se cuenta con una pena retributiva, por cuanto busca sancionar al delincuente conforme al daño causado, de prevención general porque se le advierte a la comunidad la consecuencia de la comisión de ilícitos y de prevención especial porque se busca la reinserción del condenado a la sociedad y la erradicación de la reincidencia.

Dentro de estos fines de la pena, la Corte Constitucional ha expuesto de manera reiterada que la función resocializadora es prevalente, pues este fin constitucional es una expresión de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la no instrumentalización de los condenados como objetos de prevención general, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados internacionales firmados por Colombia y los derechos fundamentales de raigambre constitucional.

Sin embargo, las estadísticas demuestran que los niveles de reincidencia en el país son muy altos; esto se debe a que existe un estado de cosas inconstitucional en las penitenciarías del país y en los centros de detención transitoria, debido al desbordado hacinamiento que

222 C.C., Sala Plena, 22 de junio de 2016, Sentencia C-328/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

genera la constante vulneración de derechos fundamentales, desembocando en la obstaculización del cumplimiento de las fases de tratamiento penitenciario y la inefectividad de la función resocializadora de la pena.

El hacinamiento es el factor más importante que imposibilita la reinserción de la población privada de la libertad por tener incidencia directa con la asignación presupuestal de cada reo, la vulneración de derechos fundamentales, la falta de control dentro de los centros carcelarios y la inaplicación de las fases del tratamiento penitenciario.

Esta problemática se puede disminuir de manera significativa con la aplicación de los subrogados penales, que son medidas diferentes a la privación de la libertad intramural que cumplen con los fines de la pena, no vulneran derechos fundamentales y son más efectivos al momento de reinsertar condenados a la sociedad. La aplicación de estas medidas se hace más necesaria si tenemos en cuenta que grandes teóricos han criticado firmemente la resocialización desde espacios externos a la comunidad. El uso excesivo de la pena intramural genera demanda de cupos que exceden la capacidad estatal, así como su aplicación favorece a las personas que se les otorga y a las que permanecen retenidas en las cárceles.