

**¿LOS FINES DE LA PENA, PROPIOS DE UN ESTADO SOCIAL Y  
DEMOCRÁTICO DE DERECHO, SE MATERIALIZAN EN EL PROCESO PENAL  
EN COLOMBIA?**

**MARIO ANTONIO AMADO DUEÑAS  
GUSTAVO PEÑA BARACALDO**

**CORPORACION UNIVERSIDAD LIBRE  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
BOGOTÁ D.C.  
2014**

**¿LOS FINES DE LA PENA, PROPIOS DE UN ESTADO SOCIAL Y  
DEMÓCRATICO DE DERECHO, SE MATERIALIZAN EN EL PROCESO PENAL  
EN COLOMBIA?**

**MARIO ANTONIO AMADO DUEÑAS  
GUSTAVO PEÑA BARACALDO**

**TESIS DE GRADO**

**Dr. YEZID VIVEROS CASTELLANOS  
Director**

**CORPORACION UNIVERSIDAD LIBRE  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
BOGOTÁ D.C.  
2014**

## **PRESENTACION**

La tesis de grado “¿LOS FINES DE LA PENA, PROPIOS DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMÓCRATICO DE DERECHO, SE MATERIALIZAN EN EL PROCESO PENAL EN COLOMBIA?”, presentada al Instituto de Postgrados para optar al título de Magíster en Derecho Penal, por MARIO ANTONIO AMADO DUEÑAS y GUSTAVO PEÑA BARACALDO, hoy 12 de marzo de 2014

MARIO ANTONIO AMADO DUEÑAS  
[maramadd@hotmail.com](mailto:maramadd@hotmail.com)

GUSTAVO PEÑA BARACALDO  
[guspebarome@hotmail.com](mailto:guspebarome@hotmail.com)

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

---

---

---

---

Firma del Director del jurado

---

Firma jurado

---

Firma jurado

Bogotá D.C. marzo de 2014.

Agradecemos a nuestras familias por el tiempo dedicado a la realización de nuestros estudios de maestría, y el cual en gran parte les pertenecía, por su permanente apoyo y comprensión.

A la Universidad Libre nuestro sentimiento de gratitud, por habernos dado la oportunidad de cursar la maestría, en un ambiente de libertad, tolerancia y respeto; experiencia enriquecedora no solo en nuestro trasegar académico sino que enaltece nuestro espíritu.

Igualmente, al respetado profesor Dr. YEZID VIVEROS CASTELLANOS, por su permanente guía y colaboración desinteresada, reflejo de la dignidad propia de los verdaderos docentes.

## CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	8
1. ASPECTOS PRELIMINARES	12
1.1. EL PROBLEMA	12
1.2. JUSTIFICACION	13
1.3. OBJETIVOS	14
1.3.1. OBJETIVO GENERAL	14
1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS	15
1.4. TIPOS DE INVESTIGACION	15
2. MARCO TEORICO	17
2.1. QUE ES LA PENA	17
2.2. ORIGEN DE LA PENA	18
2.3. EVOLUCION DE LA PENA	20
2.3.1. LA PENA COMO VENGANZA	20
2.3.2. LA PENA COMO FUENTE DE EXPLOTACION DEL TRABAJO DE LOS RECLUSOS	22
2.3.2.1. GALERAS	23
2.3.2.2. PRESIDIOS	24
2.3.2.3. DEPORTACIÓN	25
2.3.2.4. ESTABLECIMIENTOS CORRECCIONALES	26
2.3.3. EL NACIMIENTO DE LA PRISION	27
2.3.4. LA PENA COMO MEDIO RESOCIALIZADOR	29
3. FINES Y FUNCIONES DE LA PENA	31
3.1. TEORÍAS DE LA PENA	31
3.2. FUNCIÓN DE LA PENA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO	34
3.3. LA FINALIDAD DE LA PENA EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO	37

3.4.	LA PENA DE PRISIÓN	44
3.5.	TEORÍAS DE LA PENA	45
3.6.	FUNCIONES DE LA PENA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO	49
4.	LA PENA EN COLOMBIA	54
4.1.	MARCO JURIDICO	54
4.2.	PANORAMA DE LA PENA EN COLOMBIA	58
5.	CONCLUSIONES	63
6.	PROPUESTAS	67
6.1.	EL POPULISMO LEGISLATIVO EN MATERIA PENAL	67
6.2.	EL MONTO DE LAS PENAS EN NUESTRA LEGISLACION PENAL	69
6.3.	SUSPENSION CONDICIONAL DE LA EJECUCION DE LA PENA	75
6.4.	LA PROHIBICION DE REBAJA DE PENA Y BENEFICIOS A LOS CONDENADOS	77
6.5.	PRISION DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PRISION Y SISTEMAS DE VIGILANCIA ELECTRONICA COMO SUSTITUTIVOS DE LA PRISION	78
6.6.	EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO	79
6.7.	REDENCION DE PENA	81
6.8.	EL LUGAR DE RECLUSION Y LA RESOCIALIZACION	90
	BIBLIOGRAFIA	94

## INTRODUCCION

La presente tesis de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Libre, Seccional Bogotá, titulada "¿LOS FINES DE LA PENA PROPIOS DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMÓCRATICO DE DERECHO, SE MATERIALIZAN EN EL PROCESO PENAL EN COLOMBIA?", es realizada a partir de la consulta bibliográfica doctrinaria, jurisprudencia y especialmente, desde el ejercicio de la actividad jurisdiccional de aplicador de justicia y la defensa técnica publica de los autores.

La perspectiva de la pena, sus fundamentos constitucionales, legales y del bloque de constitucionalidad, en el entendió de que "la pena es la última reacción institucional de carácter judicial o administrativo, ante la comisión de un hecho penalmente punible por parte de un sujeto imputable.", sirven de fundamento para el establecimiento de sus fines, el conocimiento de la evolución de la pena y el entendimiento de los entes o instituciones encargadas de su ejecución, son motivo de estudio, así como las funciones que ha tenido históricamente la pena como son: la prevención general, la prevención especial, la socialización del penado, el restablecimiento de los derechos de la víctima o las víctimas, la venganza por la realización del delito, la retaliación, la resocialización.

El fenómeno de la delincuencia y su control social formal e informal, son los temas que sirven para delimitar los marcos teórico, académico, legal y jurisprudencial, relacionados con los fines de la pena propios de un Estado social y democrático de derecho, se interroga, si se materializan en el proceso penal colombiano.

El objetivo del trabajo refiere el análisis desde la perspectiva de los discursos que sustentan las teorías de la pena, los fines, la importancia de la pena en el derecho penal colombiano, la interpretación legal de los aplicadores de justicia, la



interpretación doctrinaria relacionada con la pena y finalmente, la interpretación jurisprudencial de las altas cortes de Colombia relacionadas con los fines, en el Estado Social y Democrático de derecho.

La conexión de la concepción histórica del hombre con el derecho penal, la evolución de la pena, ejemplificando, la venganza a partir del instinto de conservación, sujeta a discrecionalidad del ofendido o grupo titular o beneficiario; la acción sancionatoria, el castigo corporal, el trabajo forzoso, los destierros, la tortura, etc. Posteriormente, la ley del talión, primera manifestación de la proporcionalidad de la pena; la compositio, o transacción de tipo económico; y finalmente, cuando existe la aparición del Estado, la formalización de las conductas que afectan la tranquilidad social, el surgimiento de la privación de la libertad, mecanismo precautelativo, frente a hechos susceptibles de sanción.

Se referencia la pena como fuente de explotación del trabajo de los reclusos, el trabajo en Galeras, los presidios o fortalezas militares, la deportación utilizada por Inglaterra para copar territorios o explotación de tierras, el establecimiento de correccionales o casas de corrección, trabajos forzados en hilados de tejidos de lana y terciopelo hasta llegar al nacimiento de la prisión, considerada la fase correccionista, a partir del ascenso de la Burguesía al poder, siglo XVIII, Revoluciones Norteamericana en 1776 y francesa en 1789.

La pena como medio resocializador, de reinserción social, rehabilitación social, readaptación social, se da a través de las transformaciones de los modelos de producción capitalista del siglo XIX hasta comienzos del XX, con un Estado intervencionista, seguridad social, regeneración social del infractor; características relacionadas con la política criminal del Estado social y democrático de derecho.

Si en un Estado social y democrático de derecho, el objeto primario es el individuo, la dignidad humana, la persona humana, el antropocentrismo, es decir, la

satisfacción de las necesidades básicas del individuo, fundamentado en el principio de legalidad, garantías constitucionales, garantías legales, libertades fundamentales, se debe propender por la humanización de la pena, sin embargo, continua prevaleciendo en la actualidad la prevención y retribución como fin de la pena, dejando de manera secundaria la pena como factor de resocialización y posterior inclusión del penado en a la sociedad.

Jurisprudencialmente se ha dicho que en un Estado social y democrático de derecho, debe atenderse la prevención del delito para asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, orientándose el derecho penal a desempeñar una función de prevención general y otra de carácter especial, pero igualmente, debe respetar la dignidad del procesado, no imponiendo penas como la tortura o la muerte, o penas desproporcionadas que no hacen posible la reinserción social.

Existen constantes distanciamientos entre la reflexión teórica y la aplicación de los intérpretes de la ley, la jurisprudencia y los doctrinantes, respecto de la realidad social que impera para la ejecución de la pena en Colombia, entre otras, el estado de cosas inconstitucional reinante por hacinamiento carcelario, imposibilidad de descuentos, beneficios administrativos y judiciales de los internos en los establecimientos penitenciarios y carcelarios.

Existen problemas graves en la ejecución de la pena, el hacinamiento carcelario y de extremo en el incumplimiento de los fines y función de la pena, derivados de la expedición de normas de aumento de penas y creación de nuevos tipos penales, prohibición de beneficios judiciales y administrativos, medidas que no mejoran los índices de delincuencia en el país, y con las cuales se desconoce el principio de proporcionalidad, como manifestación del Estado social de derecho, que debe constituir el límite del Derecho Penal para efectos de materializar el respeto a la racionalidad y la dignidad humana, afectados con los excesos de pena.

De lo expuesto por la Jurisprudencia constitucional y del máximo organismo de la justicia ordinaria, se considera que los lineamientos legales y constitucionales no se están cumpliendo en el proceso penal colombiano, en lo que tiene que ver con la ejecución de la pena de prisión impuestas a los condenados.

Se observa un panorama preocupante, si el fin primordial de la pena en el Estado social y democrático de derecho es la resocialización, la ley penal no es armoniosa con nuestra carta política, a partir de la reflexión de la imposición de penas altas, con las que se desconoce el principio de proporcionalidad de la pena, la resocialización es una quimera.

Finalmente y como punto cardinal, se elaboraron propuestas con las cuales puede solucionarse si no totalmente si en gran parte, la problemática planteada; las cuales se pueden materializar si existe voluntad política por parte del ejecutivo y el legislativo.

## **1. ASPECTOS PRELIMINARES**

### **1.1. EL PROBLEMA**

¿Los fines de la pena propios de un Estado Social y Democrático de Derecho, se materializan en el actual proceso penal colombiano?

Es el interrogante que nos concita en el presente escrito, relacionado con la pena, última etapa del proceso penal, que comprende la aplicación de la pena en Colombia y su relación con los fines previstos por el legislador en el Código Penal y Procesal Penal actuales, como también en los tratados internacionales.

Estudiar y analizar si se materializan las concepciones que se tienen sobre los fines de la pena en el actual Estado Social y Democrático de Derecho, el estudio de la Penología, las diferentes instituciones que tiene que ver con la ejecución de la pena: establecimientos penitenciarios y carcelarios; la concepción del respeto del individuo, la dignidad humana; la persona humana considerada como el centro del orden jurídico, social, económico y cultural; el Estado garantizador de bienestar, desarrollo, fundamentado en que el centro de desarrollo gira alrededor del hombre, es decir, el ser humano le garantiza el Estado la satisfacción de sus intereses personales e individuales; el Estado respetuoso del principio de legalidad, respetuoso de la Constitución, del Derecho Internacional Humanitario, de los Derechos Humanos, garantizador de la protección efectiva de los derechos y libertades fundamentales, concepto de valores y transformaciones de la democracia, a través de la democracia participativa, en palabras de Heber Kruger “si antes los derechos fundamentales solo valían en el ámbito de la ley, hoy la ley solo vale en el ámbito de los derechos humanos”.

## 1.2. JUSTIFICACION

Dispone en artículo 1º de nuestra Constitución Política del año, que Colombia es un Estado Social de Derecho, por lo tanto el derecho penal no debe ser ajeno al ordenamiento jurídico estatal ni al modelo de Estado, pues lo adecuado es que estén interrelacionados, unidos, por lo que la pena así debería estarlo, correspondiendo al modelo de control que el Estado adopta.

El modelo de Estado, tiene incidencia en la concepción de hombre, en los valores que lo rigen, en la forma de interpretar, aplicar, proponer el Derecho Penal, la ejecución y cumplimiento de la pena.

En el Estado social de derecho, el objeto primario es el individuo, la dignidad humana; la persona humana está en el centro del orden jurídico, la concepción y consecuencia es que el Estado de Derecho, pasa a un segundo plano, este gira alrededor del hombre, es decir, al ser humano le garantiza el Estado la satisfacción de los intereses del individuo, aquí el principio de legalidad que fuera garantía contra la arbitrariedad del aplicador o interprete de la justicia, se revela insuficiente en los tiempos modernos para brindar protección efectiva a los derechos y libertades fundamentales, el concepto de valor de la ley ha sufrido una transformación, pues en el Estado anterior, la ley era la manifestación directa del principio democrático, los derechos fundamentales son manifestación directa del principio de la democracia participativa.

La situación de estado de cosas inconstitucionalidad que reina en las cárceles colombianas, contraviene los fines de la pena para el Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad humana, que prevé fines de prevención y retribución, pero se olvida que el fin primordial de la pena en el Estado social y democrático de derecho es la resocialización, verificándose que la ley penal no

es armoniosa con nuestra carta política,

Por esta razón, en este estudio, se analizan algunas de las funciones de las penas, las formas de resocialización que se encuentran vigentes en nuestro país, considerando que su resultado no ha sido hasta el momento positivo. Es por eso que se trata de investigar las causas que inducen a que la persona o personas sigan siendo marginados, administrativa y judicialmente, para determinar finalmente que se viene actuando de manera contraria a la norma legal y constitucional, aun habiendo recibido el procesado el tratamiento penitenciario que contempla la prevención, la resocialización y la protección a favor del penado.

Es así como esperamos que este trabajo sirva como fuente de consulta para quienes tienen que ver con el régimen penitenciario en este país, el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, los legisladores, jueces y demás funcionarios que tienen que ver con la estructura penitenciaria y carcelaria en nuestro país; atendiendo que se analizan las falencias al respecto. Confiamos en que este sea un aporte para que se materialice el postulado principal del Estado social de derecho frente a la persona humana: el respeto a su dignidad.

### **1.3. OBJETIVOS**

#### **1.3.1. OBJETIVO GENERAL**

Establecer si los fines de la pena en un Estado social y democrático de derecho se cumplen en el proceso penal colombiano, realizar un análisis de la problemática existente, cuáles son sus causas y proponer alternativas de solución para la misma.

### **1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS**

Reseñar como ha sido la evolución de la pena desde la antigüedad, y analizar si la misma corresponde al modelo de Estado cada época.

Conocer en la actualidad como se está cumpliendo la pena en Colombia y así verificar en buena parte lo reseñado en el objetivo principal.

Analizar los problemas recurrentes en la ejecución de la pena en Colombia, derivados de la no existencia de una verdadera política criminal del Estado..

Interpretar las decisiones de las altas cortes y las opiniones de los doctrinantes relacionadas con la ejecución de la pena, para efectos de analizar si los mismos están en consonancia y con lo dispuesto en instrumentos internacionales ratificados por Colombia.

Conocer las causas por las cuales las personas condenadas, son marginados, administrativa y judicialmente en el cumplimiento de la pena en Colombia.

Verificar si las causas que generan la problemática de la pena en nuestro país, obedecen a falencias de tipo legislativo, de la interpretación de la ley por los jueces o incapacidad del Estado en la aplicación de lo reglamentado legalmente.

### **1.4. TIPO DE INVESTIGACION**

La investigación se realiza de manera exploratoria a partir de la definición de pena,

el estudio del origen, su evolución, proporcionalidad y demás aspectos de la misma, tratando de identificar su problemática, teniendo también un enfoque descriptivo de la misma. Igualmente se realiza un estudio de tipo explicativo, buscando determinar el porqué de los hechos generadores de la problemática carcelaria.

Además, se trata de una investigación de tipo documental, para efectos de analizar el cumplimiento de los fines y funciones de la pena, el aumento de la penas, la creación de nuevo tipos penales, las prohibiciones de la concesión de subrogados, beneficios, el populismo punitivo, para lo cual es necesario el análisis de documentos tales como las normas expedidas, jurisprudencia, libros, artículos.

También es importante la experiencia personal vivida por los autores, en su condición de juez y defensor público en materia penal, la cual ha permitido analizar las posiciones jurisprudenciales y doctrinarias, su incidencia en el tratamiento penitenciario de los condenados y si este efectivamente resocializa a los internos.



## 2. MARCO TEORICO

### 2.1. ¿QUE ES LA PENA?

Quien primero elaboró una noción de pena fue Cesare Beccaria. Al referirse al bienestar común, señaló que al mismo se llegaba por una fuerza que sólo se detiene por los obstáculos que se le oponen y los efectos de esa fuerza son las acciones humanas, “Si estas chocan entre si y se ofenden recíprocamente, las penas, que yo llamaría *obstáculos políticos*, impiden el mal efecto sin destruir la causa impelente, que es la sensibilidad misma, inseparable del hombre, y el legislador hace como el hábil arquitecto, cuyo oficio es el de oponerse a la dirección ruinosa de la gravedad, y aprovechar las que contribuyen a la solidez del edificio.”<sup>1</sup>

Con posterioridad, se ha entendido la pena como un perjuicio o un castigo que sufre el individuo que ha infringido la normatividad penal, para lo cual ha de demostrarse que el mismo es imputable e igualmente que ha sido objeto de un proceso penal y declarado responsable en el mismo.

Igualmente, se ha dicho que “la pena es la última reacción institucional de carácter judicial o administrativo, ante la comisión de un hecho penalmente punible por parte de un sujeto imputable.”<sup>2</sup>, definición que compartimos como quiera que la pena es la consecuencia de un proceso que inicia con la fase de investigación y culmina con la sentencia, siendo completa la noción por cuanto incluye las penas que se imponen en el proceso penal y las de carácter contravencional que son materia de un proceso administrativo por la autoridades de Policía.

---

<sup>1</sup> BECCARIA, Cesare. De los Delitos y de las Penas. Bogotá, 1987, Editorial Temis. p. 53

<sup>2</sup> SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Penología Partes General y Especial, Santafé de Bogotá D.C., 1ª Edición Universidad Externado de Colombia 1982-1984, Reedición Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez

## 2.2. ORIGEN DE LA PENA

Existen varias concepciones frente al origen de la pena, pero solo nos detendremos en algunas atendiendo que solo se tiene una pretensión informativa al respecto.

La primera de tales concepciones<sup>3</sup> tiene que ver con lo que se conoce como la cultura de la *animadversio*, entendida como la reacción violenta de los seres vivos frente a la adversidad, el peligro. Está inserta en un mecanismo social constituyendo una etapa del principio de selección natural y supervivencia; lo cual se explica desde la etología (disciplina que estudia la conducta animal incluidos los humanos), siendo hito al respecto el libro de Konrad Lorenz “El pretendido mal. Sobre la historia natural de la agresión”, observándose que desde los inicios para crear reglas de conducta era necesaria una reacción agonística, antagónica, como mecanismo disuasivo, para que los demás miembros del grupo se abstuvieran de hacer algo. Es entendible entonces que en sus inicios esa primera reacción fuera de venganza, en eso consistía la pena.

El hombre desde sus inicios ha creado pautas o normas de conducta como resultado de la evolución del instinto de agresión con lo cual se generan diferentes tipos de cultura, y cuando la conducta de alguien interfiere en la convivencia, recibe como respuesta un acto de agresión-*animadversio*, por lo que cuando el individuo aprende que su conducta generará una respuesta de ese tipo, tratará de evitar esa conducta, de donde se infiere que la respuesta de los demás se convierte en la pena. Ej.: si al hurto de víveres le sigue como respuesta el destierro o la muerte, dicho individuo tendrá razones suficientes para no robar, es

---

<sup>3</sup> TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Anamnesis del castigo introducción etológica al origen de la pena. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 375-388

decir, si quiere evitar la *animadversio*, no materializa el perjuicio que lo condiciona, evita la pena. Refiere el citado autor que:

*“cuando el repertorio de perjuicios (males) y reparaciones se convierte en información compartida por los miembros del grupo. La relación “perjuicio-reparación” se convierte en pauta de comportamiento, en regla social, cuya sola representación (si es eficaz) la convierte en “mecanismo inhibitor” de instintos, apetitos o deseos, de los miembros del grupo, provocando una conducta diferente a la que se hubiera presentado si la regla social no hubiera operado. “*<sup>4</sup>

Cesare Beccaria<sup>5</sup> considera que la multiplicación de los seres humanos en la antigüedad, hizo que estos se agruparan con la finalidad de resistir otros grupos, por lo que la guerra se traslado de los hombres a las naciones, y esas uniones en sociedad de hombres cansados de vivir en guerra, fijaron unas condiciones en virtud de las cuales sacrificaron parte de su libertad buscando el bien de cada uno, y la suma de cada una de esas partes conforman la soberanía de una nación, siendo el soberano quien las administra. Pero esas porciones de libertad deben defenderse de los ataques que cada uno de los asociados pueda realizar, no solo para apoderarse de la parte de libertad que le corresponde sino también para apropiarse de la que corresponde a los demás.

En virtud de esa amenaza, se necesitan lo que él denomina “motivos sensibles” que son las penas establecidas para quienes infrinjan las leyes, con el fin de desviar el ánimo de abuso de cada uno de los hombres, y así volver al antiguo caos, siendo cada una de las porciones de libertad aportadas por cada individuo, el derecho a castigar a los infractores.

---

<sup>4</sup> TAMAYO Y SALMORAN, op. Cit, p. 383

<sup>5</sup> BECCARIA, Op. Cit, p. 4-5

También se tiene la pena desde el punto de vista religioso en la antigua polis, en el sentido de que el castigo dignifica al hombre y es medio para lograr la felicidad, es así como “En el Gorgias de Platón el discurso acerca de la pena coincide con la liberación del mal, el castigo sirve, y aquel que no lo recibe es más infeliz que quien lo recibe”<sup>6</sup>, existiendo una dualidad entre pecado y delito, pero luego con la aparición del Estado de derecho y el ideario liberal, paulatinamente se rompe con ese dualismo y se hace una distinción del pecado como desobediencia a la ley moral y el delito como infracción a la ley positiva.<sup>7</sup>

### **2.3. EVOLUCION DE LA PENA**

Para efectos de desarrollar como ha sido la evolución de la pena, seguiremos las etapas o fases que en orden cronológico reseña en su obra el iniciador del estudio de la Penología en nuestro país.<sup>8</sup>, precisando que esto no significa que en cada una de las fases de la pena solo tuviera la finalidad con la cual se denomina, sino que es la más representativa, en la que se hacía mayor énfasis, aunque en forma secundaria ejerciera otras funciones, salvedad señalada por dicho autor.

#### **2.3.1. LA PENA COMO VENGANZA**

Como se señaló anteriormente al tratar del origen de la pena, la primera respuesta del individuo ante una agresión u ofensa era la venganza, pues debe entenderse que tal comportamiento obedecía al elemental instinto de conservación de la vida y de su grupo, era esta una reacción propia de los pueblos primitivos, en

---

<sup>6</sup> PRODI . Paolo, Una Historia de la Justicia, Buenos Aires, Katz Editores, 2008, p. 23

<sup>7</sup> Ibid. p. 19

<sup>8</sup> SANDOVAL HUERTAS, Op. Cit, p. 53 ss

los cuales no existía regulación alguna frente a los actos ofensivos, se trataba de sobrevivir y causar daño a quien había generado otro.

Se tiene al respecto que la venganza era a discreción del ofendido o su grupo, eran los titulares y beneficiarios de la acción sancionadora, pues se gratificaban con la venganza y el criterio utilizado para su ejecución era obedecía al daño percibido, es decir, al hecho consumado. La venganza se ejercía mediante un castigo corporal que incluía mutilaciones, trabajos forzados, destierros, torturas etc., pero como esto se hacía de manera indiscriminada y frecuente, esto llevó a que la subsistencia de los pueblos primitivos estuviera amenazada, pues la forma en que materializaban la venganza, trajo como consecuencia que muchos individuos se ausentaran, que la mano de obra escaseara con lo cual no se ejercían debidamente las funciones de mantenimiento de la colectividad; lo cual hizo que con el fin de sortear dicha situación, aparecieran dos instituciones: el tali3n y la compositio.<sup>9</sup>

El tali3n, conocido tambi3n como ley del tali3n y que se ha graficado como “ojo por ojo, diente por diente”, etimol3gicamente proviene del t3rmino lat3n “talis” que significa igual, semejante, constituyendo entonces la primera manifestaci3n de la proporcionalidad de la pena, es decir, la venganza no pod3a ser de mayor entidad que la ofensa recibida, tratando de evitar excesos en la venganza.

La ley del tali3n esta consagrada en el c3digo de Hammurabi (2250 a.c.) y la legislaci3n mosaica, en Roma en la ley de las XII tablas donde en la tabla VIII que trata de los delitos, se contemplaba que por la ruptura de un miembro (*membrum ruptum*), el afectado pod3a aplicarle al agresor la ley del tali3n si este no pagaba

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 54-56

un suma pecuniaria, igualmente, al homicida se le aplicaba la ley del tali3n que era la pena capital.<sup>10</sup>

La compositio, consistía en una transacci3n de tipo econ3mico sobre el derecho que tenía el ofendido para tomar venganza, por lo que él o su grupo recibían de parte del agresor una compensaci3n representada en bienes, con lo cual se desistía de materializar la venganza, esta era una compositio voluntaria.

Pero, una vez formado el Estado, y frente a algunas conductas que atentan contra la tranquilidad pública, se regula la sanción para ciertos delitos con una compositio legal u obligatoria, se establece que ciertas conductas se sancionan con una suma de dinero por el victimario, sin permitirse la ley del tali3n ni el acuerdo de voluntades.<sup>11</sup>

Al final de esta fase, apareció la privaci3n de la libertad como mecanismo precautelativo frente al autor de hechos susceptibles de sanción, con el fin de que el infractor no eludiera acudir al proceso ni escapar a la sanción.<sup>12</sup>

### **2.3.2. LA PENA COMO FUENTE DE EXPLOTACION DEL TRABAJO DE LOS RECLUSOS**

Tambi3n se conoce como la fase de la expiaci3n en virtud de un argumento religioso introducido en el medioevo por el cristianismo, en virtud del cual el autor de una conducta punible se redime a trav3s de la sanción que recibe, el dolor redime, pero luego el concepto sufri3 una modificaci3n y la redenci3n se lograba

---

<sup>10</sup> ORTIZ MONSALVE, Alvaro. Formaci3n y Desarrollo de la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Romano. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales. 1987. p. 12.

<sup>11</sup> Ibid., p. 13

<sup>12</sup> SANDOVAL HUERTAS, Op. Cit, p 57

con el trabajo, entendiéndose que el provecho o lucro generado por esa mano de obra, era la retribución del infractor a la colectividad.

Es así como en virtud de las condiciones económicas, se empezó a considerar que era más beneficioso el trabajo de los criminales que su muerte, se tiene entonces que la vida humana adquirió un mayor valor y los Estados empezaron a la fuerza de trabajo de los condenados, mediante la utilización de diferentes instituciones que se verán a continuación.

### **2.3.2.1. GALERAS**

Las galeras eran barcos para cuyo movimiento era necesaria la utilización de remeros, y al respecto MARCO DEL PONT<sup>13</sup> señala que la referencia **mas** antigua al respecto data del 22 de enero de 1488 cuando el constructor francés de galeras JACQUES COEUR, logró que CARLOS VIII lo autorizara a tomar a la fuerza para su servicio a los “vagabundos, ociosos y mendigos”

Las galeras se implementan porque hacia finales del siglo XV, en virtud de las guerras navales entre las potencias cristianas y mahometanas del mediterráneo, lo cual generó la necesidad de remeros por lo que se reclutaban entre los prisioneros, es así como decretos de CARLOS V y FELIPE II de España, establecieron esa clase de pena para los que se consideraban delitos mayores como la mendicidad y la vagabundez, en Francia era la pena para falsificadores,

---

<sup>13</sup> Ibid. P.63

ladrones sentenciados por segunda vez y mendigos con tres condenas. En Austria el Emperador FERDINANDO autorizó a ANDREA DORIA, año 1556, para reclutar hombres de las prisiones de Bohemia para usarlos en las guerras con los turcos, manifestando que este tipo de pena debería ser para ladrones y asesinos, pues la pena de muerte no hubiera sido castigo suficiente para sus pecados y las galeras empleaban útilmente a los criminales.<sup>14</sup>

Se ha equiparado esta institución como una forma de esclavitud, teniendo en cuenta las condiciones inhumanas en que se encontraban los individuos en esas embarcaciones, siendo un medio de explotación de la fuerza de trabajo que muestra lo que puede hacer el poder de los gobernantes, tan es así que para quienes eran enviados allí, en muchos casos se fijaba un mínimo de tiempo de estadía allí, para no perder el adiestramiento y no dejarlos en libertad cuando en verdad eran útiles.

### **2.3.2.2. PRESIDIOS**

Dicha denominación deriva de la expresión latina *praesidium* que equivale a fortaleza o guarnición militar, a donde eran trasladados a laborar los condenados básicamente en la fortificación de los establecimientos castrenses, y en algunos de ellos se les encadenaba y amarraba para evitar sus ataques. Existieron también unos presidios-arsenales destinados al manejo manual de las bombas de agua que había en los diques en donde se construían las galeras, y a finales del siglo XVIII se crearon los presidios de obras públicas, en donde los prisioneros

---

<sup>14</sup> RUSHE, George y KIRCHHEIMER Otto. Pena y Estructura Social. Bogotá D.C. Editorial Temis, 2004, p. 63-64



atados entre si y vigilados por hombres armados eran obligados a construir o reparar carreteras, acueductos, canales, etc.<sup>15</sup>

Esta institución que operó en España y Portugal, desde el siglo XV, fue abandonada poco a poco, por la necesidad de emplear la fuerza de trabajo de los prisioneros en las galeras.

### **2.3.2.3. DEPORTACIÓN**

El primer país en implementar la deportación de delincuentes fue Inglaterra para efectos de copar territorios, pues en las colonias había muchas amplias extensiones de tierra aptas para el cultivo pero poca mano de obra para su explotación, pues la población indígena fue exterminada u obligada a emigrar hacia espacios abiertos, por lo que la única opción era importar trabajadores.

Se necesitaba tanta mano de obra y era tan escasa que en el siglo XVIII se creó un nuevo delito como lo fue el rapto, pues existían bandas de secuestradores especializados en capturar niños de las clases menos favorecidas para venderlos como esclavos en las colonias. Se presentaron casos de conmutación de la pena de muerte por la deportación a los condenados suficientemente fuertes y en condiciones de ser empleados en las colonias, prima la condición física para la conmutación, luego la deportación se convierte en la sentencia más común para los casos de hurtos. Esta también era una forma de esclavitud, pues la única diferencia entre el deportado y el esclavo es que el primero estaba detenido por un tiempo limitado, su fuerza de trabajo no era vendida sino arrendada.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> SANDOVAL HUERTAS, op. Cit, p. 65-66.

<sup>16</sup> RUSHE, George y KIRCHHEIMER Otto. Op. Cit. p. 69-72

#### 2.3.2.4. ESTABLECIMIENTOS CORRECCIONALES

Llamadas casas de corrección y de su concepción inicial se pensaba que significaba un cambio de la función retribucionista de la pena a una correccionalista, pero esto no sucedió porque en esos centros se continuó con la explotación de la mano de obra de los reclusos. Su nombre deriva del primer centro creado en Londres en el año 1552 que fue la House of Correction.

Los establecimientos que generaron los rumbos y generaron la creación de otros centros fueron instalados en Amsterdam: el *Rasphuys* en 1595 ó 1596 y el *Spinnbyes* en 1597. En el primero de ellos recibían varones jóvenes que fueran mendigos o delincuentes y laboraban raspando maderas para fabricar colorantes; se trabajaba de día y noche y se les encerraba en celdas en grupos de 4 a 12 individuos. En el segundo establecimiento recluían mujeres, vagos y mendigos pero también recibían personas dejadas por sus parientes con la finalidad de que enderezaran el rumbo de su vida, laboraban forzosamente en hilados de tejidos de lana y terciopelo.<sup>17</sup>

En verdad tales establecimientos tuvieron como finalidad la explotación de la fuerza de trabajo de los reclusos, pero su administración fue cedida por el Estado a los particulares, no se materializó la reeducación como se decía, siendo diciente el hecho de que el tiempo de permanencia o detención de los reclusos adiestrados, estaba determinado por las necesidades de la institución y sus contratistas, el tiempo de detención era arbitrario, con la excepción de quienes habían sido dejados allí voluntariamente por sus parientes.

---

<sup>17</sup> SANDOVAL HUERTAS, op. Cit, p. 71

### 2.3.3. EL NACIMIENTO DE LA PRISION

Históricamente se tiene que esta fase evolutiva de la pena también conocida como correccionalista, marca su inicio con el ascenso de la burguesía al poder a finales del siglo XVIII, lo cual se materializa con la revolución en Norteamérica en 1776 y la Revolución Francesa de 1789.

Las legislaciones penales que se expidieron con base en la ideología liberal dieron origen a la pena privativa de la libertad, no como forma de explotación de la fuerza laboral de los reclusos sino como sanción en si misma con el fin de obtener la corrección del condenado; es así como en el código criminal francés de 1791 los delitos sancionados con pena de muerte pasaron de 115 a 32, suprimiéndose algunas medidas propias de la venganza. Frente a la imposición penal no se debía tomar en cuenta el daño causado por la conducta sino el comportamiento futuro del condenado (finalidad correccionalista) y en forma secundaria el comportamiento del resto de la colectividad (finalidad intimidación general).<sup>18</sup>

El nacimiento de la prisión como institución responde a un proceso enfocado a disciplinar a los reclusos como al cual comprende el espacio, el tiempo y el trabajo como mecanismos de normalización de los individuos, este proceso de disciplina permite vincular al origen de la prisión moderna como institución social de castigo, atendiendo al desarrollo de los modos de producción capitalista propios de los siglos XVIII Y XIX. La prisión tiene entonces una orientación terapéutica y correctora del castigo buscando la dominación corporal y física del cuerpo y el cambio del espíritu del delincuente.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Ibid. P.77, 80

<sup>19</sup> BERNAL SARMIENTO, Camilo Ernesto. MICHEL FOUCAULT Desenmascarando las Tecnologías del Castigo. Bogotá 28 de febrero de 2003 p. 11 – 12.

La pena privativa de la libertad es eficiente como medio de intimidación, la certidumbre del castigo amedrenta a muchos más ciudadanos que los atemorizados por el suplicio, el criminal teme más a la certeza de dicho castigo que a la probabilidad de ser objeto de un castigo corporal. El transcurso del tiempo mide el avance de la reflexión y el arrepentimiento y después de un cierto lapso es procedente atenuar la sanción trasladando al recluso del calabozo del patio de un patio a otro, de una cárcel más severa a otra etc.<sup>20</sup>.

El proyecto disciplinario propio de la prisión se materializó a través de “El Panóptico”, que es “una maquina de disociar la pareja ver-ser visto en el anillo periférico, se es totalmente visto, sin ver jamás; en la torre central, se ve todo, sin ser jamás visto.”,<sup>21</sup> de ahí que el mismo autor señale que el mayor efecto del panóptico es inducir en el detenido una sensación permanente de ser visto que garantiza el funcionamiento del poder

También se han desarrollado otros conceptos sobre el origen de la prisión, que se entiende como la última depositaria de cambios que acontecen el exterior, afirmándose que sólo en tiempo reciente se ha puesto en su debido contexto histórico la aparición en la primera mitad del siglo XIX de un nuevo tipo de estructura social, conformado por el manicomio, la prisión, el orfanato, casa de trabajo, asilo de pobres, los cuales constituyen lugares en donde deshacerse o mantener en forma ordenada grupos desviados.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> ROJAS H. Fernando. Criminalidad y Constituyente. Bogotá 1977. Editorial CINEP p. 67- 68

<sup>21</sup> FOUCAULT Michel. Vigilar y Castigar. Siglo Veintiuno Editores. 8 Edición en español, 1983, p 205.

<sup>22</sup> COHEN. Stanley. Un Escenario Para el Sistema Carcelario Futuro. En Los Crímenes de la Paz, Siglo Veintiuno Editores. 1981. p. 324

#### **2.3.4. LA PENA COMO MEDIO RESOCIALIZADOR**

En esta etapa frente a la pena se le tiene como factor resocializador se habla de reinserción social, rehabilitación social, readaptación social; sugiriéndose en todas que el recluso es una persona a quien la pena le servirá como medio para rehabilitarse, para reinsertarse a la sociedad, es decir, la pena sanará esas deficiencias que el individuo infractor tiene para vivir adecuadamente con sus congéneres. El elemento resocializador de la pena aparece en las últimas décadas del siglo XIX.

Esa nueva concepción de la pena aparece en virtud de los problemas carcelarios que se presentaban tales como el hacinamiento, la corrupción en los establecimientos, con lo cual se generó la necesidad de devolver nuevamente al individuo recluso a la sociedad para que allí lograr realmente su readaptación y la pena era una preparación para tal fin.

Sin embargo, como siempre, las transformaciones del modelo de producción capitalista originaron el nacimiento de la tesis resocializadora, al entrar en crisis desde finales del siglo XIX hasta comienzos del siglo XX, pues dicho modelo económico en principio propugnaba por el “dejar hacer dejar pasar” que implicaba la no intervención del Estado en la producción y distribución de bienes para que el mercado se autorregulara mediante mecanismos naturales, sin embargo, la realidad es que tal libertad excesiva trajo consecuencias funestas para trabajadores y empresarios. Llegada la crisis, el Estado dejó de ser espectador y pasó a intervenir en las relaciones económicas en calidad de amigable componedor entre las discrepancias de la burguesía pero frenando las aspiraciones del proletariado. Ante esa realidad económica, se empezó a considerar que el hombre que se rebelara contra el orden social, sus congéneres podían cambiar su actitud y de ser necesario sería aislado. Es así como el trato a

los criminales tiene como objetivo la seguridad social, y el fin primordial debe ser la regeneración del moral del infractor, en consecuencia, las prisiones deben velar primordialmente por la reforma del criminal, ya no se trata de inflingirle dolor. Es así como la resocialización del delincuente se ha constituido como la más socorrida justificación de la pena y es la que predomina en la actualidad.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> SANDOVAL HUERTAS, op. Cit, p. 113-114

### **3. FINES Y FUNCIONES DE LA PENA**

#### **3.1. TEORÍAS DE LA PENA.**

El derecho penal no es ajeno al ordenamiento jurídico estatal ni al modelo de Estado, están interrelacionados, unidos. La pena no es una manifestación estatal ajena a su estructura, desde su determinación legislativa hasta su ejecución corresponde a los modelos de control que el Estado adopta.

La pena tiene su carácter aflictivo y siempre afecta derechos fundamentales, entre otros: la libertad, la igualdad, el trabajo, la familia, la movilidad, por mencionar solo algunos. Es decir, se espera que la pena cumpla una función social, cuando se trata de atender y controlar las defraudaciones de las expectativas de convivencia.

En el Estado social de derecho el objeto primario es el individuo, la dignidad humana; la persona humana está en el centro del orden jurídico, donde la consecuencia es que el Estado de Derecho, pasa a un segundo plano, este gira alrededor del hombre, es decir, al ser humano le garantiza el Estado la satisfacción de los intereses del individuo, aquí el principio de legalidad que fuera garantía suficiente contra la arbitrariedad del monarca, se revela insuficiente, en los tiempos modernos para brindar protección efectiva a los derechos y libertades fundamentales, el concepto de valor de la ley ha sufrido una transformación, pues en el Estado anterior, la ley era la manifestación directa del principio democrático, los derechos fundamentales son manifestación directa del principio de la democracia participativa, hasta el punto que como lo enunciara Heber Kruger “si antes los derechos fundamentales solo valían en el ámbito de la ley, hoy la ley solo vale en el ámbito de los derechos fundamentales”

Para ayudar a esclarecer su contenido, se cita en consideración a su importancia en el ámbito penal algunos doctrinantes nacionales, quienes al definir los fines de la pena, lo hacen de la siguiente manera: “como la coartación o supresión del derecho, un derecho personal que el Estado impone a través de la rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de infracción penal”, autor, doctor Alfonso Reyes Echandia, 1998; en el mismo sentido, su alumno, Emiro Sandoval Huertas, resaltó en su Penología, 1984, “la necesidad de distinguir las funciones declaradas, oficiales o reconocidas de la pena de aquellas no declaradas o no reconocidas”; en el mismo sentido, Federico Estrada Vélez, “indicaba que la pena siempre consecuencia obligada del delito, y que consiste en la supresión o limitación forzosa de bienes jurídicos impuestas por el Estado con finalidades pragmáticas. Puede consistir en la limitación de derechos civiles, en el recorte del derecho de locomoción o en consecuencias de índole patrimonial, 1986”<sup>24</sup>.

Es admitido universalmente que el Estado puede castigar cuando se transgrede normas establecidas para permitir la convivencia social. Con este propósito siempre se ha utilizado el Derecho Penal, aparato represivo para conservar el orden, concepción dogmática que ha sufrido en los últimos años modificaciones, con la aparición de nuevas tendencias en la aplicación de las teorías de las penas, a manera de ejemplo, la humanización de la pena<sup>25</sup>, la supresión de la ejecución de la pena<sup>26</sup>, el garantismo penal<sup>27</sup>, el funcionalismo penal<sup>28</sup>, el derecho penal del enemigo<sup>29</sup> y el abolicionismo<sup>30</sup>, entre otras.

---

<sup>24</sup> Bernal Acevedo Gloria y Cortes Sánchez Edwin Mauricio. Teorías de la pena. Monografías Modulo Penal.

<sup>25</sup> La humanización de la pena es la evolución sufrida por el derecho penal, en cuanto a la intensidad y motivación del castigo impuesta al condenado. Tomado de es.wikipedia.org.

<sup>26</sup> La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Regulación sustantiva de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. El régimen ordinario de suspensión. El régimen excepcional de suspensión para enfermos graves con padecimientos incurables. El régimen excepcional de suspensión para drogodependientes. La suspensión en supuestos de solicitud de indulto. Cuestiones relativas a la suspensión de la pena.

<sup>27</sup> El garantismo penal, la tarea principal de la epistemología penal garantista es la de elucidar las condiciones que permitan restringir lo más posible estos márgenes y por tanto, basar el juicio en las decisiones sobre valores de otro tipo. Ferrajoli, Derecho y Razón. p110.



En el Estado moderno, y en el desarrollo del derecho penal, existe escepticismo, entre los estudiosos de la política criminal. Los criminólogos se preguntan por el fundamento del Derecho Penal, se discute su legitimación, como se realiza la intervención punitiva del Estado y cuáles son los fundamentos para la imposición de la pena.

El derecho penal reprime, sanciona el delito donde este se manifiesta, pero no donde se produce, no ataca las causas, porque no está dentro de sus funciones, sino cumple la función de control social, en el sistema social en el que el Derecho penal se incluye.

El derecho Penal es una realidad existente, no se puede prescindir de él, pero es necesario ponerle límites, para lograr un derecho penal garantista y respetuoso de

---

<sup>28</sup> Gunther Jackobs, representa un cambio de paradigma al establecer que las categorías dogmáticas no pueden hacerse con base a una fundamentadora ontología del derecho, se establecen las bases del funcionalismo sociológico y la evolución que tuvo este después de incorporarse la Teoría General de Sistemas, para que posteriormente, influyeran en el Derecho penal, dando origen dentro de esta rama del Derecho, al pensamiento penal funcionalista-sistémico, tesis de JAKOBS. Tomado de buenastareas.com.

<sup>29</sup> El derecho penal del enemigo, es la expresión acuñada por Gunther Jakobs en el año de 1985, para referirse a las normas que en el código penal alemán sancionaban penalmente conductas, sin que se hubiere afectado el bien jurídico, pues ni siquiera se trataba del inicio de la ejecución. Estas normas no castigan al autor por el hecho delictivo cometido, castigan al autor por el hecho por considerarlo peligroso..wikipedia.org.

<sup>30</sup> El abolicionismo, Esta corriente de pensamiento, conocida como abolicionismo a secas, ya que dentro de la misma existen diversas posturas, tiene como premisa básica justamente la abolición de las penas y el sistema penal en general, asegurando que el mismo no pudo lograr soluciones concretas para los conflictos sociales. Insisten en que no se debe intentar encontrar soluciones dentro del sistema penal actual, sino que se debería hallar una alternativa al mismo. Una de las principales críticas que esboza el abolicionismo al sistema penal es que el mismo interviene en muchos asuntos que las mismas partes involucradas no consideran un delito, abstrayéndose de los hechos reales y cerrando su cerco de acción al espacio de la ley penal, impidiendo llegar a una solución que no sea punitiva, de ese modo se deja de lado la víctima y se legitima la total intervención estatal. Este procedimiento penal típico es considerado una visión simplificadora del hombre y su naturaleza, que permite solo ver algunos aspectos de la misma y no considera todos los aspectos de la relación. Se opone total y completamente a la apropiación del conflicto por parte del Estado. Está demostrado que en ocasiones la misma intervención del sistema penal crea grandes riesgos para el autor, tal como puede verse en casos como el consumo de drogas y aborto, donde los posibles imputados deben realizar sus actividades ocultamente y sin ningún tipo de regulación o elementos de seguridad, aumentando los riesgos de la misma.

los derechos humanos. La función del Derecho Penal siempre está en relación con el tipo de Estado que se concibe.

“El concepto de Derecho existe en determinado orden social, está, o debe estar en relación directa con el contenido de la Constitución. Esta por tanto, el indicador del Sistema Penal y de la Política Criminal que debe existir en un determinado contexto social, así como el parámetro de validez del Derecho Penal”<sup>31</sup> . .

### **3.2. FUNCIÓN DE LA PENA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.**

El Estado social y democrático de derecho está fundado en la dignidad humana, prevé fines de prevención y retribución, sin olvidar que la fase de ejecución de la pena, se tiene como función la reinserción del acusado y su protección, artículo 4 del Código Penal colombiano, ley 599/2000 y su interpretación dada por las altas cortes.

El Estado está legitimado para adoptar las medidas necesarias para prevenir y reprimir las conductas criminales, el derecho penal deberá intervenir como último recurso. No le corresponde presidir toda conducta de los ciudadanos para ello el estado cuenta con recursos y medidas no punitivas.

Claus Roxin definió el Derecho Penal como el resultado de la reflexión científica, sobre los presupuestos de la coexistencia social, medio para defender la libertad contra ataques de terceros. “Eso es algo sabido desde hace ya bastante tiempo. Pero solo en los últimos años empieza a imponerse la idea de que el derecho

---

<sup>31</sup> Moreno Hernández, Moisés, Algunas Bases para la política criminal del Estado Mexicano. Revista mexicana de Justicia, México, Vol. III, No. 2, abril-junio 1985,p.114

penal sólo puede ser utilizado en los ámbitos sociales como remedio sancionatorio extremo”<sup>32</sup>.

El Principio del bien jurídico que se utiliza solamente para bienes jurídicos esenciales que permiten un desarrollo armónico en sociedad. Otros bienes de menor importancia están protegidos por legislaciones secundarias y sanciones de tipo administrativo.

El Derecho Penal debe partir de la culpabilidad de acto y no de autor, el juicio de reproche se hace sobre hechos propios, contrarios a la norma específica del derecho penal, y contrario al ordenamiento jurídico.

Otro principio, el de Culpabilidad, fundamento para imponer una pena, entendido a partir de la valoración o del juicio de reproche que se le hace al autor del ilícito, al haber podido obrar de manera diferente, reconociendo que tenía libertad de escoger conforme o contrario a lo dispuesto por las normas; este principio aparece como garantía del fundamento de aplicación de la pena, sólo puede ser aplicado al hecho anterior, imputable a título de dolo o culpa, a la persona que conociendo lo que debía hacer y la significación jurídica de lo que hacía, lo hizo pudiendo haber hecho otra cosa.

En la Constitución Política colombiana, se establecen los siguientes **Principios Fundamentales relacionados con la pena, Artículo 1º.**- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

---

<sup>32</sup> Roxin, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy, Secretaria de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 23.

Continuado con los preceptos fundamentales, **Artículo 2º.-** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Las autoridades públicas y los particulares, deben respetar el siguiente **artículo 3º.-** La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

Preceptos constitucionales complementados por el **Artículo 4º.-** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

A la pena en el Estado colombiano, se le ha asignado una función Constitucional, en concordancia con lo informado en los artículos 3 y 4 del Estatuto de las penas, ley 599 del 2000, y en acatamiento de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que se exigen para la imposición de la pena, en es derecho penal constitucionalizado, a partir del artículo primero de la Carta Política, la dignidad humana y los fines del Estado Social y Democrático de

derecho, sin desconocer o ignorar las interpretaciones de las Altas Cortes nacionales, donde se advierte que el legislador opta por una teoría de mixta o unitaria de la función de la pena.

Lo dispuesto en la legislación penal sustancial, se estructura a partir de una dogmática vinculada a la finalidad o función de la pena, que tiene unos propósitos plurifuncionales, entre otras: la prevención general, la resocialización, la retribución, la prevención especial, y la reinserción social, las que deben operar en el momento de la ejecución de la pena de prisión, y finalmente, la protección del condenado<sup>33</sup>.

### **3.3. LA FINALIDAD DE LA PENA EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO.**

El punto de partida es nuestro código Penal del año 2000, con sus reformas, sus cambios de leyes, no aplicadas e interpretadas como lo ha previsto el legislador en sus antecedentes, se menciona las siguientes leyes del suplemento legislativo: ley 890/2004, ley 1142/2007, junio 28, reforma parcialmente las leyes 906, 599, 600, para la convivencia y seguridad ciudadana; ley 1150/2007, julio 16, eficacia y transparencia en la ley 80/93, contratación con recursos públicos; ley 975/05, julio 25, Justicia y Paz; Resolución 0-6394, diciembre 22/2004, Manual de Procedimientos del Sistema de Cadena de Custodia para el Sistema Penal Acusatorio; ley 890/2004, modifica y adiciona el Código Penal; ley 1154/2007, por medio de la cual se modifica el artículo 83 de la ley 599/2000; ley 1395/2010, julio 12, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial; ley 1421/2010, diciembre 21, por la cual se prorroga la ley 418/1997, prórroga y modifica las leyes 548/1999, 782/2002, 1106/2002; ley 1453/2011, junio 24, por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal,

---

<sup>33</sup> Código Penal Colombiano, artículos 3, y 4. Ley 599 de 2000.

ley 1098/2006, Código de la Infancia y al Adolescencia, las reglas sobre la extinción del dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.

Y en materia de tratamiento carcelario y penitenciario, la ley 65/1993, continuando con su legislación el día 19 de diciembre de 1997 se expidió la 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.”<sup>34</sup>

La declaratoria por la guardiana de la Constitución, sobre el tratamiento penitenciario en cumplimiento de su control de constitucionalidad ha concluido, es necesario destacar, la manifestación de la condición de inconstitucionalidad en los establecimientos penitenciarios y carcelarios de Colombia, pronunciamiento a través de la Sentencia de Tutela: T-153/98, al considera que resulta ser, vulneradora de la dignidad humana, al no garantizarle a los internos, las condiciones dignas de vida, someterlos a hacinamiento extremo; desde la perspectiva histórica del sistema carcelario, sus condiciones de hacinamiento en la mayoría de establecimientos penitenciarios y cárceles nacionales, sin permitir la utilización de los mecanismos administrativos ni jurisdiccionales previsto por el legislador, considerados beneficios alternativos para la descongestión carcelaria, que no han sido interpretados de manera favorable para los internos, sin buscar ni mucho menos encontrar las explicaciones necesarias para establecer las causas de la congestión judicial y administrativa en el tratamiento penitenciario, igualmente, sin solucionar el déficit de infraestructura carcelaria, ni entender la forma de administración de los establecimientos carcelarios y finalmente, desconociendo las consecuencias que se derivan por el hacinamiento carcelario, la desidia administrativa y la indiferencia judicial.

---

<sup>34</sup> Es interesante observar que los cuatro artículos de que consta la ley establecen disposiciones aplicables únicamente a los reclusos que ya han sido objeto de condena, dejando sin atender la situación de los sindicados.

La situación de inconstitucionalidad en las cárceles, por las condiciones de hacinamiento que atentan contra la dignidad humana y los derechos fundamentales informados en nuestro estado social y democrático de derecho, impiden brindarle a los reclusos los medios diseñados por el legislador nacional para las funciones de la pena, tales como: el propósito de resocialización, de estudio, de trabajo, de capacitación y demás aspectos que se esperan que cumplan en la ejecución y cumplimiento de pena privativa de la libertad.

Lo anterior, puede ser fruto de la imprevisión y el desgreño que ha reinado en materia organización, administración, ejecución de la sentencia, la carencia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación carcelaria que ha conducido a que los reclusos no puedan gozar de las condiciones para llevar una vida digna en la prisión, a manera de ejemplo: en los establecimientos penitenciarios y carcelarios no cuentan en su mayoría con sitio para dormir ni lugar para ubicar un camarote, no tienen agua potable para consumo humano ni para sus necesidades fisiológicas suficiente, no gozan de los servicios sanitarios, no cuentan con asistencia en seguridad social ni profesionales de la salud, no pueden recibir las visitas de sus familiares en condiciones decorosas, respetuosas de la dignidad humana.

Se establece de manera general que la situación descrita desvirtúa los fines o funciones del tratamiento penitenciario en Colombia. La Corte Constitucional ha concentrado la atención en las consecuencias que considera de gravedad, con la sobrepoblación carcelaria, que impide la separación de los internos por categorías como lo ha previsto el sistema de tratamiento penitenciario, ley 65 de 1993, entre otras situaciones administrativas.

En efecto, la ley ordena que los sindicados estén separados de los condenados; que los reincidentes de los primarios, los miembros de la Fuerza Pública, sean ubicados en sitios acordes y que los funcionarios públicos y los indígenas se

encuentren en sitios diferentes por su condición y cosmovisión diferente de los demás reclusos.

*“La labor de resocialización, no consiste en imponer determinados valores a los reclusos, sino en brindarles los medios para que, haciendo uso de su autodeterminación, establezca cada interno el camino de su reinserción al conglomerado social. Precisamente desde la perspectiva de la dignidad de los reclusos y de la obligación del Estado de brindarles los medios necesarios para su resocialización se deben interpretar distintos artículos del Código Penitenciario que regulan las condiciones de albergue de los internos, y sus derechos al trabajo, a la educación y enseñanza, al servicio de sanidad, a la comunicación con el exterior y la recepción de visitas, a la atención social, etc<sup>35</sup>”.*

Los derechos fundamentales son precisamente los primeros que son limitados con la pena, deja de disfrutar de los principios constitucionales y legales propios del Estado Social y Democrático de derecho previsto para los conciudadanos nacionales y extranjeros, con el ánimo de garantizar los derechos humanos de la colectividad y los derechos legales de los individuos. El Estado debe garantizar lo informado en la Constitucional Política, además, está obligado a asumir el respeto de los principios, los valores y las garantías reconocidas a los nacionales, a las minorías olvidadas, es decir, a aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos y que se encuentran en condición especial de sujeción con el Estado a través de sus los funcionarios públicos.

*“La remisión a la posible utilización de recursos legales, o de nulidades, no toma en cuenta las condiciones extremas de violación del derecho a la dignidad humana de los reclusos en los establecimientos carcelarios, y a las inminentes amenazas contra su vida e integridad personal. Los recursos o acciones que se puedan impetrar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa no resultan eficaces para la solución del problema de la ejecución de la pena, objeto de este estudio. Las obras de remodelación, pueden ser terminadas mucho antes de que finalizara el proceso de reinserción a la sociedad o proceso de tratamiento penitenciario, y están en capacidad de generar un mayor ambiente de*

---

<sup>35</sup> Corte Constitucional, Tutela 153 de 1998, y artículo 9, ley 65 de 1993.



*violencia en la cárcel, poniendo en grave riesgo la vida e integridad personal de los reclusos<sup>36</sup>".*

Por otra parte, se puede argumentar que, las situaciones descritas de los establecimientos carcelarios nacionales, constituyen una clara violación de la ley fundamental, y de preceptos legales considerados parte de los derechos humanos contemplados en el bloque de constitucionalidad, pero, se debe recurrir a la solución a través de acciones públicas concertadas, que cuenten con el concurso de las autoridades intervinientes en el proceso de cumplimiento de la pena o tratamiento penitenciario, a través de la acción de las autoridades públicas que intervienen en la ejecución de la pena, tendiente a la solución de la problemática objeto de estudio.

Al respecto, debe recordarse que la Honorable Corte Constitucional ha señalado que en los casos extremos de omisión de las obligaciones por parte de las autoridades, situación que se expresa, también, cuando se presentan casos, graves, reiterados y prolongado incumplimiento de la ley, los afectados pueden recurrir a la tutela, siempre y cuando la actitud negligente de la administración vulnere o amenace en forma inminente sus derechos fundamentales.

En efecto, la inacción de las autoridades públicas, ha significado la violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas, y a pesar de las muchas solicitudes y críticas elevadas con respecto al sistema penitenciario no se percibe ninguna política oficial para modificar la raíz de la grave situación carcelaria del país, cita en extenso del análisis de la Honorable Corte Constitucional colombiana al respecto:

*"El estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo*

---

<sup>36</sup> Corte Constitucional, Tutela 309 de 2012.

*regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. 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. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema<sup>37</sup>.*

Está determinado en Colombia, por el legislador en el Código Penitenciario y Carcelario, informada en la ley 65 de 1993, que se ha conferido a la resocialización, una importancia en la ejecución de la pena, debido a que la lleva implícita, para el penado mejorar sus condiciones de vida y prepararlo para que cuando se reincorpore a esta, no vuelva a delinquir, concepto que como tal no se está logrando puesto que las personas que han vivido este proceso reinciden en la ejecución de los delitos<sup>38</sup>.

Por esta razón, en este estudio, se analizan algunas de las funciones de las penas, las formas de resocialización que se encuentran vigentes en nuestro país, considerando que su resultado no ha sido hasta el momento positivo. Es por eso que se trata de investigar las causas que inducen a que la persona o personas

---

<sup>37</sup> [http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/SistemaONU\\_I.pdf](http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/SistemaONU_I.pdf)

<sup>38</sup> <http://pdf.rincondelvago.com/escuelas-y-teorias-penales.html>

sigan siendo marginados, administrativa y judicialmente, para determinar finalmente que se viene actuando de manera contraria a la norma legal y constitucional, aun habiendo recibido el procesado el tratamiento penitenciario que contempla la prevención, la resocialización y la protección a favor del penado.

La concepción de la función de la pena en el Estado Social y democrático de Derecho, se realiza retomando los postulados de la teoría de la dialéctica de la unión de Claus Roxin<sup>39</sup>, quien le atribuye a la pena diversas finalidades dependiendo del momento, sea conminación, determinación y ejecución.

La pena surge a partir de la concepción de la teoría del delito, la que debe ser respetuosa de las garantías ciudadanas y derechos fundamentales, previstos en la Constitución Política de Colombia, tendientes a la prevención del delito y su contenido material, en efecto, el entendimiento de la pena como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir un significado de carácter imperativo, de regulación social, de la norma jurídica penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos.

Por consiguiente, se plantea la prevención y resocialización como instrumento clave y estratégico para encontrar el verdadero sentido de la pena, iniciando con la sociedad que es quien recibe de nuevo al que ha infringido la norma y que se supone viene resocializado.

Lo primordial es enfocar la función de la pena dentro del proceso de prevención y resocialización con base en los criterios del derecho penal desde el punto de vista de las garantías ciudadanas y el respeto por la dignidad humana con el fin de trabajar en esas debilidades de orden administrativo y jurisdiccional relacionados

---

<sup>39</sup> Roxin, C. (2000). La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Traducción de Carmen Gomez Rivero y Maria del Carmen Cantinazo. Valencia: Tirant lo Blanch alternativa.

con la administración de la pena y lograr el tratamiento penitenciario, desde la verdadera reinserción del penado, dándole sentido a la importancia de la libertad, fortaleciendo aquello en los que se tiene falencia.

### **3.4. LA PENA DE PRISIÓN.**

La pena es una sanción impuesta por la ley a quien, por haber cometido un delito o falta, ha sido condenado en sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente<sup>40</sup>. Es forzoso que la pena esté establecida por la ley con anterioridad a la comisión del hecho delictivo, rige el denominado principio de legalidad, y obliga a su ejecución una vez se haya proferido sentencia en firme por el tribunal competente.

Son varios los criterios clasificatorios de las penas. El que resulta admitido con mayor frecuencia por las legislaciones es el que distingue entre penas graves, que sancionan la comisión de delitos, y penas leves aplicables a las faltas.

Las penas pueden ser privativas de libertad, que suponen el internamiento del penado en un centro penitenciario, y pueden tener diversa duración según lo que establezca la ley para cada delito, y también se contempla como pena principal a la multa, que afecta la parte pecuniaria.

Los sistemas sociales, dan a las penas diferentes denominaciones, dependiendo su duración. Se habla así, por ejemplo, de reclusión, prisión y arresto. También es posible la privación de libertad en el propio domicilio del reo, así sucede en la prisión domiciliaria, pena, sustitutiva de la de prisión. De la misma forma, cabe la

---

<sup>40</sup> Definición Pena. [www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho](http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho)

posibilidad de que la condena al encartado no suponga privación de libertad pero sí su reducción, lo que sucede, por ejemplo, en los programas como Justicia y Paz, implementados por el gobierno, a través de la ley 975 de 2005, Justicia Transicional.

En ocasiones, la ley puede sancionar la comisión de un determinado delito o falta, restringiendo al condenado del ejercicio de determinados derechos, a manera de ejemplo, esto ocurre con la suspensión de un cargo público, la suspensión del derecho del sufragio o la privación del permiso de conducción de vehículos automotores.

Lo anterior, se informa de manera taxativa en el Código Penal Colombiano vigente en su artículo 34, se establece que las penas pueden ser Principales, Sustitutivas y Accesorias privativas.

En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ello no resulte necesaria.

### **3.5. TEORÍAS DE LA PENA.**

Desde la antigüedad, existe la discusión sobre el fin de la pena, prácticamente se hace desde tres concepciones que aún hoy continúan caracterizando esta polémica. La legislación penal ofrece diversas teorías que parten de puntos de

vista retributivos o preventivos, puros o mixtos que se encargan de fundamentar y explicar de diferentes maneras, los presupuestos que condicionan el ejercicio del "ius puniendi" y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.

Estas teorías básicamente son:

**3.5.1. Teorías Absolutas<sup>41</sup>.** Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. Es Absoluta porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, es decir, se desprende de él.

**3.5.2. Teorías Relativas<sup>42</sup>.** Las teorías relativas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de

---

<sup>41</sup> Teorías de la pena en el Estado Absolutista. Periodo comprendido entre los siglos XVI al XVIII. Característica del régimen feudal del Medievo, surge a partir de la concepción del soberano y el Estado son una sola persona, influenciado por la Iglesia, el derecho y la ley son la manifestación de la voluntad del soberano, la voz del rey es la voz de Dios, ideas teocéntricas. Surgió en el continente europeo, posterior al régimen feudal del Medievo. El control del poder era total e ilimitado y recaía en cabeza de una sola persona, con un ejército por él dirigido, organización jerárquica, un sólo orden jurídico, tributación excesiva y unilateral -lo que implicó el surgimiento de una burocracia administrativa con funciones amplísimas- y completa dependencia del individuo con el Estado, reforzada con un contrato por cada vasallo, con negación de sus libertades y derechos en pro de la conservación de la seguridad y estabilidad soberana. La Iglesia se encontraba totalmente subordinada a los intereses del monarca. Así mismo, el soberano no sólo era el legislador, sino que también hacía cumplir la norma y administraba justicia, el pago de Impuestos. La sociedad estaba distribuida por estamentos: - Los nobles: Conformado por la aristocracia de la época, familias con dinero, abolengo (títulos reales) y posición social. Suscribían un convenio con el soberano consistente en la entrega del poder que ostentaban, a cambio de seguridad, tierras y riquezas. Ocupaban altos cargos, políticos, religiosos y militares y no pagaban impuestos. - El clero: Gozaban de múltiples privilegios e influencia, no pagaban impuestos y poseían gran cantidad de bienes. Cambiaban seguridad y riqueza para favorecer y apoyar los intereses del monarca. - La burguesía: En su mayoría estaba constituida por comerciantes e intelectuales que no gozaban de privilegios salvo los adquiridos por matrimonio o compra de títulos nobiliarios. - El campesinado: Conformaban la mayor parte del grupo social, no tenían prebendas ni libertades, eran maltratados y componían la base económica del Estado.

b. Función de la pena en el Absolutismo. En el Estado Absolutista, la pena sólo tenía una función, castigar la comisión de un pecado, imponer un mal para retribuir una ofensa directa a Dios porque quien trasgredía las normas del rey, trasgredía los mandatos divinos. El soberano está facultado para imponer las sanciones puesto que él como representante de Dios en la tierra -hecho a su imagen y semejanza- está en la obligación de reprender las conductas que atenten contra el Señor, de modo que lo que se castiga es su rebelión en contra del Estado y del rey, de Dios en último término. ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código Penal y de Procedimiento Penal. Leyer. Pg. 56 - 60

<sup>42</sup> *Estado de la Burguesía Siglos XVII y XVIII.* a. Consideraciones preliminares. El Estado Liberal surgió después de la revolución francesa (1.789) como respuesta al inconformismo existente frente al Sistema de

ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación o un remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca por lo general el apoyo científico.

---

Monarquía Absoluta, y en parte gracias al trabajo de pensadores de la Ilustración como Juan Jacobo Rousseau y Montesquieu, quienes criticaron la sociedad vigente e impulsaron una transformación política y social, coincidente con la Revolución Industrial. El Estado Liberal se caracterizó por la definida separación entre el concepto de Estado y el de Sociedad, concibiéndolos como esquemas independientes y autónomos, claramente limitados entre sí. Mientras la sociedad es de creación propia y natural (auto-origen), el nacimiento del Estado es artificial, estriba en la razón y decisión de otro, es el poseedor del control necesario para que la primera no se destruya. Por otro lado, las necesidades que el comercio presentaba en esa época, hizo forzosa la adopción de políticas de libre mercado en que la mano de obra era el pilar fundamental que sostenía el sistema, propendiendo siempre por explorar mecanismos que permitieran multiplicar el trabajo manual. Una vez superado el absolutismo, la burguesía contaba con las herramientas indispensables para el crecimiento de la economía, propendiendo por el aumento de los bienes de producción: tierra, trabajo, capital. Sin embargo para acordar la manera en que los mismos operaría, se hizo preciso asegurar a los propietarios de la mano de obra –los trabajadores- contaban con las garantías suficientes por parte de los dueños de la riqueza, enmarcados en un contexto de libertad y equidad. Construidas con base en las ideas de libertad, propiedad y seguridad, las garantías fundamentales eran consideradas como inalienables e inherentes al ser humano y delimitaron el marco de acción del poder estatal ante eventuales arbitrariedades de su parte. Surge así una conciencia del respeto por los derechos y las prerrogativas de los ciudadanos y la obligación del Estado de salvaguardarlos y limitar su poder, lo que sólo podía fundamentales eran consideradas como inalienables e inherentes al ser humano y delimitaron el marco de acción del poder estatal ante eventuales arbitrariedades de su parte. Surge así una conciencia del respeto por los derechos y las prerrogativas de los ciudadanos y la obligación del Estado de salvaguardarlos y limitar su poder, lo que sólo podía suceder dentro del margen de un contrato social común a todos.

El Estado burgués liberal es por excelencia el dominio político que la sociedad capitalista encabezó, dirigiendo las fuentes de producción y propendiendo por el respeto a la propiedad privada y a la libre - y sin abuso- competencia mercantil, respetando la propiedad privada. Sin embargo, fue criticado por su concepción de "Gendarme", un policía que se dedicaba únicamente a vigilar el cumplimiento de las leyes del mercado, sin intervenir en su evolución ni en su trasgresión. El ideal es "laissez faire, laissez passer".

....

b. Función de la pena en el Estado Burgués. Como consecuencia de la evolución comercial y el marcado matiz mercantil que adquirió el Estado Burgués, donde el trabajo pasó a ser el elemento de producción por excelencia, las penas impuestas debían ir en consonancia con la tendencia de la época. Es así como -y con una notable influencia de los pensadores de la Ilustración-, el aspecto sancionatorio empezó a recaer sobre el alma, la mente, el espíritu, sobre el valor de las fuerzas de trabajo como ingrediente fundamental del sistema que se había constituido, sobre las desventajas que implicaba el dejar de recibir un sustento.

En efecto, la labor diaria era considerada el bien más valioso porque se constituye como lo único que con seguridad se puede ofrecer en el mercado, de modo que si el individuo era privado de la libertad, no podría desempeñar un oficio y, por lo tanto, no estaría en condición de recibir una contraprestación por el mismo. Esta modalidad de pena había sido ensayada en el Estado Absolutista de transición -como se señaló-, al asilar a los reos en casas de trabajo, granjas, fábricas y minas. Inclusive, Jeremías Bentham así lo indicó en su momento al sostener que la pena debía representar un valor de cambio, la relación existente entre costos y beneficios equivalentes al paralelo entre el tiempo de privación y la pérdida de la remuneración debida. En otras palabras, si el delincuente es consciente que si incurre en conducta penalmente sancionable será exiliado de la sociedad, confinado a un centro, aislado del comercio, no tendrá la posibilidad de ejecutar una tarea que en alguna forma le será redituable y, por lo tanto, el delito dejará de ser atractivo para él. Así las cosas, puede observarse que la única función que tenía la pena en el Estado Liberal - Burgués era el de la prevención general y especial negativa, recurriendo al terror y al miedo, a la intimidación.

### 3.5.3. Teorías Mixtas<sup>43</sup>. La polémica entre teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin de la pena, ya que ninguna de las

---

<sup>43</sup> *Estado Intervencionista*. Consideraciones preliminares. Surge tras los diversos conflictos generados por la actitud pasiva que el Estado asumió ante las tensiones sociales, políticas y económicas, entre los dueños de los tres factores de producción imperantes en el régimen burgués, conflictos que se tornaron muy difíciles de resolver y que por el contrario, empeoraron con el paso del tiempo. Desigualdad, abuso del poder y pobreza desencadenaron una serie de disfunciones que obligó al Estado a cambiar su posición de guardián e intervenir el comercio con la finalidad de proteger la estabilidad económica del momento y la seguridad monetaria de sus gobernados. *"Hubo una mayor distinción entre el proceso de acumulación y reproducción de las fuerzas de trabajo, lo económico y el problema de legitimación (lo político)"*.

Nace un régimen basado en la disciplina y el orden, institucionalizando la teoría que según Bustos Ramírez se denominó "Defensa Social", la cual justificó y reguló la labor interventora estatal y el control ejercido sobre el sistema económico y político de la época. b. Función de la pena en el Estado Intervencionista Derivado del reciente papel de vigilante, el Estado empezó a adoptar una tendencia nueva en torno a la caracterización y comportamiento del delincuente, separándolos en peligrosos, potencialmente peligrosos y no peligrosos y con la tarea de defender a la sociedad de estos "seres", resocializándolos o neutralizándolos desde el nacimiento y partiendo del entorno familiar, razón por la cual dejaron de ser tratados como iguales y se empezó a examinar en forma individual los posibles casos de "desviación".

La concepción reinante fue la del delincuente nato, donde unos habían llegado al mundo para - indefectiblemente- ser criminales, y otros para ser seres perfectamente sociales. Por ende, la función de la pena fue anular al reo y proteger a la comunidad. Dicho comportamiento fue duramente criticado porque se considera, dio lugar a un retorno al Estado totalitario y crió el fascista. *"Al igual que el Estado absoluto, el Estado intervencionista había desconocido que el modo de producción capitalista exige acumulación, pero también reproducción de la fuerza de trabajo, lo cual requiere la existencia de libertad e igualdad política (y jurídica) de los individuos"*.

14. *El Estado social de derecho*. a. Consideraciones preliminares. Ante las consecuencias nocivas que se precipitaron con la adopción del Estado intervencionista, brota la necesidad de un régimen igualitario y garantista, que defendiera la dignidad y las libertades de los ciudadanos. Reconoce que la única vía para superar el retroceso sufrido en la era anterior consistía en la afirmación y tutela de derechos individuales, colectivos y económicos que permitieran nuevamente el desarrollo de los medios de producción vistos en el Estado Liberal - Burgués.

Emerge entonces la "teoría del consenso", donde el pronunciamiento popular y la elección de un soberano se muestra como la solución. Esta legitima la intervención estatal en la vida particular porque mediante tal acuerdo, la sociedad le delegó esa facultad-poder; además permite diferenciar quienes están dentro y fuera del mismo, lo que facilita el CONTROL SOCIAL.

b. Función de la pena en el Estado social de derecho La pena privativa de la libertad entra en crisis y surgen sanciones alternativas que, además, no desgasten el aparato judicial y reconozcan los derechos y garantías de los involucrados, los que pasan a ser la prioridad en las políticas penales postmodernas.

La antigua concepción del dolor -imposición del mal ante un mal causado- empieza a ser dejada de lado y nacen nuevos caminos que pretenden tener en cuenta no sólo al sindicado, sino a la víctima quien pasa a ser una figura activa al interior del sistema. La nueva función de la pena es la de conservación de la vigencia de la norma y del sistema y el respeto de las expectativas -Jakobs y la prevención general positiva-, resocializar al individuo, reinsertar al reo, proteger a la comunidad, prevenir el delito, atemorizar al sujeto; estas últimas materia de evolución en los diferentes modelos de Estado estudiados.

Para finalizar, es pertinente traer a colación el pensamiento de la tratadista Pilar González Rivero, para quien *"la fundamentación y finalidad de la pena se unifican en el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad"*.

En conclusión, una pena no es legítima si no se enmarca dentro del principio de legalidad y está plenamente justificada, tiene que ser respetuosa de las libertades personales y, por supuesto, debe conseguir el resultado esperado y para el cual fue creada -según la función que se le asigne-, es decir, debe ser eficaz.



mencionadas concepciones agota el fundamento para su explicación. De allí se derivan las teorías mixtas, cuya finalidad es la de tratar de articular una síntesis entre las doctrinas anteriormente mencionadas. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras precedentemente señaladas porque ellas ofrecen varios puntos de discusión.

### **3.6. FUNCIONES DE LA PENA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.**

En el actual Código Penal colombiano, se establece en el artículo 4, son 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.

Del modelo de Estado que informa el sistema político colombiano, en el artículo 1, de la Carta Política, la pena debe cumplir con la política de la regulación de la vida en sociedad, asegurando los cometidos estatales, mediante la protección de bienes jurídicos de los ciudadanos.

La función de la pena en el Estado Social y Democrático de derecho, en primer lugar, la descripción legislativa, en segundo lugar, su aplicación efectiva. La pena cumple una función preventiva, es decir, los miembros de la comunidad se abstengan de realizar comportamientos delictivos, so pena de incurrir en una sanción y la potestad punitiva del Estado se hace mediante la imposición de la pena en concreto.

La naturaleza de la función que debe desempeñar el Derecho Penal encuentra asidero en el proceso psicológico que realiza el sujeto en que crea conciencia de la importancia del respeto a los bienes jurídicos, o por lo menos en que asume que de atentar o poner en peligro alguno de estos, posiblemente le será impuesta una pena por parte del Estado.

Ese proceso es conocido como motivación del ser humano, basado en la coacción, en el temor al dolor y la desazón, y fue estudiado por Sigmund Freud en la teoría del Súper Yo humano.

La posibilidad de la imposición y ejecución coactiva -la coacción organizada es característica del derecho - de una sanción determinada por la ley, es suficiente para disuadir a la sociedad con el fin que no incurra en cualquier conducta punible tipificada por la norma vigente. El control social -intervención de la conducta humana en la comunidad- es ejercido, no necesariamente con la aplicación de la pena, por lo general basta el poder intimidatorio de esta, sin embargo, claro está que el poder sugerente que tiene la ley radica en la capacidad que tiene el ordenamiento de imponerla cuando el comportamiento lesivo o peligroso se materialice, siempre con una meta clara: mantener el orden jurídico imperante. Pero dicha estabilidad en ocasiones cobra precios muy altos, precios que desnaturalizan por completo el espíritu de la norma que impone al ordenamiento la obligación de generar penas acordes, justas y dignas.

La situación de las cárceles colombianas es un ejemplo. El procesado -en muchos casos, aquel que no pudo acceder a una debida defensa de fondo- no sólo debe someterse a una pena -en ocasiones mayor- determinada, sino que además debe cumplirla en un centro penitenciario que no sólo puede ser foco de continuas violaciones a las garantías inherentes, sino que también -por lo general - degenerará su propia conducta y, por supuesto, la concepción que tiene del mundo y de la sociedad.

Así lo reconoció la Honorable Corte Constitucional al afirmar que:

*"tanto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentra en los centros de reclusión; los derechos a la vida y la integridad física son vulnerados o amenazados de manera inminente por el mismo hacinamiento, por la mixtura de todas las categorías de reclusos y por la carencia de los efectivos de guardia requeridos; el derecho a la familia es quebrantado por la superpoblación carcelaria y las deficiencias administrativas, condiciones éstas que implican que los visitantes de los reclusos han de soportar prolongadas esperas, bajo las inclemencias del clima, para poder ingresar al centro, y que dificultan en grado extremo las visitas conyugales y familiares; el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios; los derechos al trabajo y a la educación son violados, como quiera que un altísimo porcentaje de los reclusos no obtiene oportunidades de trabajo o de educación y que el acceso a estos derechos está condicionado por la extorsión y la corrupción; el derecho a la presunción de inocencia se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicados con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros, etc.<sup>44</sup>.."*

No obstante, entendemos que no resulta posible en la actualidad prescindir de la función de prevención que a la pena se estructura de la norma. En ella, el papel del castigo es motivar, por miedo, la observancia del comportamiento impuesto; es decir, que mediante la introyección del mal en qué consiste el castigo, se pretende formar tal estado de conciencia que opere como inhibidor de llevar a cabo la acción prohibida en la norma, lo cual afirma el entendimiento del derecho penal como sistema de prohibiciones y mandatos bajo amenaza de castigo y tal parece que las condiciones actuales de las prisiones nacionales son un elemento más que agrava esa función de prevención general y especial negativa. Sin embargo, no puede desconocerse que el control social es el ingrediente que le da fuerza al

---

<sup>44</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Derecho Penal –aunque a veces se desnaturalice y agrave-, que demuestra que la posibilidad de sanción es real, que lo defiende de las trasgresiones, ya que es inconcebible un ordenamiento punitivo sin los mecanismos que lo hagan cumplir. De ahí la importancia de los otros núcleos informales de supervisión y enseñanza social como la familia, el colegio, el trabajo, el barrio, la ciudad, porque son los que van a introducir al individuo en el marco del límite de comportamiento, educándolo en el respeto de normas y en la cristalización de sus consecuencias. Son los primeros "desmotivadores", indican la existencia del deber de comportamiento como norma social para luego generar la conciencia penal. La función motivadora del Derecho Penal debe reforzarse -antes, durante y después- con la labor de estos grupos.

En cada Estado o forma de gobierno, se tiene una concepción de pena. Existen teorías de pena, a partir de las diferentes concepciones y teorías del Estado. Al referirse al Estado Social y Democrático de Derecho, la pena se concibe respetuosa de la dignidad humana. Previamente es necesario definir y entender la importancia del ser humano con dignidad. El hombre no es un fin por si mismo sino es un ser que se desarrolla en el mundo. Contrasta con la realidad de las cárceles colombianas:

*“En un pasillo hay 40 camarotes con capacidad para 40 internos, los internos a su costa construyeron 40 zarzos, ampliando la dormida para 80 personas. Al hacer los zarzos el clima aumentó su temperatura de 25 a 35 o 40 grados en muchas ocasiones, haciéndose insoportable la dormida, pues, por el calor, sólo se puede conciliar el sueño después de la media noche y cuando baja un poco la temperatura, pero lo injusto es que no tenemos 80 internos por pasillo, sino que tenemos 170 o 180 personas por pasillo y mientras unos (los de las celdas) nos encontramos durmiendo en baños de sauna, otros sufren la inclemencias del frío, tirados en el pasillo de las celdas y no tienen espacio ni siquiera para poder estirarse y dormir cómodamente”.*

*“En los últimos días se ha estado haciendo súper insoportable la dormida, nos suben a las de la tarde a los dormitorios y desde que subimos hasta que nos bajan al otro día nos toca quedarnos casi que inmóviles, pues no hay espacio ni para dormir en los baños, el gobierno*

*nos tiene arrumados en un corral y ahora quiere empacarnos en el corral.*

*“El ambiente es pesado y hay insuficiencia de todo y según la constitución, vivimos en un Estado social de derecho y son fines esenciales del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que nos afectan y debe de garantizarnos la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y si la constitución es norma de normas, y prima la constitución por encima de todo, está no está primando en el momento actual<sup>45</sup>”.*

Los accionantes de la tutela tantas veces mencionada, expusieron, la interponen contra el Ministerio de Justicia y el INPEC, porque estas dos entidades “pertenecen a una asociación política y la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales del hombre, esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y el derecho a la opresión...”<sup>46</sup>(sic).

El accionante, concluyó, con la siguiente afirmación acerca de las precarias condiciones de vida que ofrece el establecimiento carcelario y los peligros que ellas representan:

*“Si uno cae a una cárcel debería de tener un mínimo espacio para dormir y tener servicio de agua, en estos momentos después de una hora de habernos encerrado el calor es insoportable la temperatura debe pasar de 30 grados, no hay donde recibir aire, el aire que se respira es caliente lo mismo que el aire que circula, al cual le podíamos dar interpretación como derecho a la propiedad, lo que quiero con la presente acción de tutela es que el gobierno haga la forma de buscar soluciones pues no se justifica que haya que haber violencia, muerte o destrucción para poder que el Estado entre a arreglar soluciones como las que estamos viviendo, yo por mi parte me mantengo atemorizado oyendo rumores de que no esperamos si no que cualquiera arranque para mostrarle a este gobierno que en Bellavista somos capaces de destruir este pabellón en menos de medio día”<sup>47</sup>*

---

<sup>45</sup> Corte Constitucional, Tutela 153 de 1998.

<sup>46</sup> *Ibíd.* P. 10.

<sup>47</sup> *Ibíd.* P. 5

## 4. LA PENA EN COLOMBIA

### 4.1. MARCO JURIDICO.

En primer término se tiene que la Constitución Política en el artículo 1º establece que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

Al respecto el máximo órgano de control constitucional en el país precisó:

“... ”

**2.** *La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del **Estado bienestar** (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de **Estado constitucional democrático**. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.*

*a. El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).*

*b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se*

*manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”<sup>48</sup>*

Así mismo, está consagrado que en Colombia nadie estará sometido a penas crueles, inhumanas o degradantes como tampoco a pena de prisión perpetua.<sup>49</sup>

En lo referente a los instrumentos internacionales, se consagra que nadie será sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>50</sup>, como también que todo individuo tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.<sup>51</sup>

Igualmente fue adoptado que toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, como también que el régimen penitenciario será un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.<sup>52</sup>

La ley sustantiva colombiana en desarrollo de los postulados del Estado social de derecho, dispone que el derecho penal tendrá como fundamento el respecto a la dignidad humana, así mismo, que la imposición de las penas responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Igualmente, precisa que las funciones de la pena son: prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

<sup>49</sup> Constitución Política de Colombia, artículos 12, 34,

<sup>50</sup> Declaración Universal de derechos humanos, artículo 5

<sup>51</sup> Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Capítulo Primero-Derechos, artículos XXV y XXVI.

<sup>52</sup> Pacto internacional de derechos civiles y políticos, artículo 10

<sup>53</sup> Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, artículos 1, 3 y 4

El Código Penitenciario y Carcelario dispone que *“El tratamiento penitenciario tiene la finalidad 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.”*<sup>54</sup>

A su vez el artículo precisa que el objeto del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad. El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto y realiza mediante la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible. El sistema progresivo estará a cargo de grupos interdisciplinarios integrados por abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapistas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del cuerpo de custodia y vigilancia.”<sup>55</sup>

Jurisprudencialmente se ha dicho que en un Estado social y democrático de derecho, debe atenderse la prevención del delito para asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, orientándose el derecho penal a desempeñar una función de prevención general y otra de carácter especial. La primera no sólo debe entenderse desde el punto de vista intimidatorio, la amenaza de la pena para los delincuentes (prevención general negativa), sino que debe mirar también un aspecto estabilizador en cuanto la pena se presente como socialmente necesaria para mantener las estructuras fundamentales de una sociedad (prevención general positiva). Pero igualmente, debe respetar la dignidad del procesado, no imponiendo penas como la tortura o la muerte, e intentar

---

<sup>54</sup> Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, artículo 10

<sup>55</sup> Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, artículos 142, 143 y 145



ofrecerles alternativas a su comportamiento desviado, ofreciéndoles posibilidades para su reinserción social.<sup>56</sup>

Igualmente, señaló dicha Corporación que la pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas.<sup>57</sup>

También señaló que *“sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital”*.<sup>58</sup>

Frente al principio de necesidad de la pena dicha Corte expresó:

*“La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural”*.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-802 de 1996. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>57</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 1996. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

<sup>58</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

<sup>59</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-647 de 2001, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra

En lo relativo al postulado de la prevención especial de la pena el mismo se proyecta en los denominados mecanismos sustitutivos de la pena que, pueden ser establecidos por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración siempre y cuando estén *“orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad”*.<sup>60</sup>

De conformidad con lo anterior, se considera que es de capital importancia para la sociedad en general y no sólo para el interés del condenado, el que la pena cumpla una función de prevención especial positiva; buscando siempre la resocialización del condenado dentro del obvio respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo.<sup>61</sup>

#### **4.2. PANORAMA DE LA PENA EN COLOMBIA**

En la actualidad ha tomado visibilidad las terribles condiciones de hacinamiento carcelario en nuestro país, atendiendo que se encuentra en trámite el proyecto de nuevo código penitenciario y carcelario, ante lo cual se han pronunciado no sólo las autoridades gubernamentales, sino también el periodismo en general.

En las prisiones de Colombia sigue persistiendo, como lo afirmó la Corte Constitucional desde hace ya 14 años, un estado de cosas inconstitucional, una vulneración masiva y generalizada de los derechos constitucionales que afecta a un gran número reclusos, empezando por su dignidad, que es la espina dorsal de un Estado social de derecho. Basta mirar las condiciones de vida, de hacinamiento, de alimentación, de vulneración de espacios, de recreación o de

---

<sup>60</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1404 de 2000, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis.

<sup>61</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-802 de 1996. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

empleo, las prisiones en Colombia son un foco generalizado de incumplimiento y de olvido. Las cárceles en Colombia tienen dos problemas de fondo: el hacinamiento, corazón de casi todos los demás, y la falta de resocialización, que es el presupuesto último al que deben apuntarle todos los procesos internos de un centro de reclusión, los cuales surgen como consecuencia de las medidas represivas que se han dado en los últimos años, el aumento de las penas, el abuso de figuras procesales de detención preventiva y la fijación en construir más cárceles en vez de adoptar medidas alternativas para el cumplimiento de la pena<sup>62</sup>

Podría creerse que este es un problema que se ha derivado en estos últimos años, sin embargo, lamentablemente esto no es así, encontrando que *“En las últimas décadas, nuestro país ha experimentado un incremento vertiginosos de la población carcelaria. Aunque históricamente pueden detectarse periodos de mayor o menor intensidad del problema, la situación general de las prisiones colombianas siempre ha sido definida como “crítica”.*<sup>63</sup>

Lamentable es también que desde tiempo atrás se haya diagnosticado la realidad de la situación carcelaria, y en consecuencia, las condiciones inhumanas en que se encuentran las personas privadas de la libertad, observándose que las autoridades respectivas poco han hecho al respecto. Desde tiempo atrás se señalo:

*“Un elemento importante que explica la situación carcelaria y la vulneración de derechos humanos en los centros de reclusión es la ausencia de una política criminal garantista, diseñada de modo concertado y democrático. El incremento de las respuestas punitivas (o “inflación penal”) frente a los diversos problemas que no se encarar debidamente en los planos, social, económico y político, ha dado lugar a la sobrecriminalización de conductas, a la calificación y persecución de contravenciones como delitos, al incremento de los mínimos de penas*

---

<sup>62</sup> Elespectador.com, editorial día 27 de diciembre de 2012.

<sup>63</sup> Universidad de los Andes. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas CIJUS. Análisis de la situación carcelaria en Colombia. Un enfoque cualitativo. Bogotá D.C. Año 2000. p. 31

*para los delitos y, por ende el aumento de delitos inexcusables y el agravamiento de las penas en general.”<sup>64</sup>*

Pero es más, desde el año 1998, la Corte Constitucional ya había advertido sobre la realidad de las cárceles colombianas y declaró la existencia de un “estado de cosas inconstitucional” para lo cual realizó inspecciones judiciales en las cárceles comprometidas con las acciones de tutela instauradas, verificando las condiciones infrahumanas en que se encontraban los reclusos, realizando un diagnóstico documental y estadístico. Estimó la Corporación la existencia de dos elementos básicos que la llevaron a dicha declaratoria: una vulneración generalizada de los derechos humanos de los internos en los establecimientos carcelarios y la histórica carencia de una política estatal dirigida a solucionar la situación crítica en que se encuentra el sistema penitenciario, siendo esta de carácter estructural pues exige la colaboración de varias entidades estatales y no solo del INPEC y el Ministerio de Justicia.<sup>65</sup>

La situación actual es similar o más grave que la de hace varios años, teniendo en cuenta que:

*“Evidentemente, las condiciones de hacinamiento impiden brindarle a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgreño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc.*

*Las condiciones actuales en las prisiones colombianas implican que los bienes mínimos para garantizar una vida digna en la prisión (una celda, un “camastro”, oportunidad de trabajar y de estudiar) sean*

---

<sup>64</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina en Colombia. Informe centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de los derechos humanos. Bogotá D.C. año 2001. p. 9

<sup>65</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*absolutamente escasos. En el medio carcelario ello significa que la distribución y asignación de esos bienes se realice a través de los mecanismos de la corrupción y la violencia. Esta situación es precisada por el INPEC, el cual, luego de resaltar que la congestión carcelaria atenta contra el principio de que el tratamiento penitenciario debe ser individualizado, señala: “La congestión dificulta la seguridad y el manejo de espacios libres; el hacinamiento refuerza los factores de riesgo para la desocialización (sic); tratar en la congestión tiene altos costos sociales, institucionales y económicos y bajo impacto y cobertura ; por último, la congestión genera corrupción y privilegios en la asignación de beneficios o recursos individuales”.*<sup>66</sup>

El anterior panorama descrito hace más de una década, continúa, el problema de las personas privadas de la libertad en Colombia obedece entre otras razones al incremento continuo de la población carcelaria que conlleva un hacinamiento inhumano, es así como de acuerdo con las cifras del INPEC, de 1994 a 2009 la población reclusa aumentó un 260.6%, lo que ha motivado actualmente un gran despliegue en los medios de comunicación.

Es así como uno de los medios periodísticos y frente a la situación particular de un centro de reclusión de la ciudad capital, informó:

*“...Entre los días 24, 25 y 26 de abril los funcionarios de la Procuraduría establecieron que poco había cambiado desde el último informe de la entidad que urgía a atender el grave estado de cosas inconstitucional. El infierno que se vive en esta institución se ve reflejado en el hacinamiento, la falta de salubridad, los problemas de alimentación y la satisfacción de las necesidades básicas. Para ponerlo en números: la Modelo tiene capacidad para 2.968 internos y hoy alberga a 6.493.”*<sup>67</sup>

De acuerdo con lo reseñado, el panorama de la pena y por tanto la materialización los fines de la misma en nuestro país son desalentadores, evidenciándose una sistemática violación de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, y encontrándose que en virtud de la expedición de leyes con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código de procedimiento penal

---

<sup>66</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>67</sup> *Elespectador.com*. 18 de junio de 2013

(las ley 906 de 2004) como son las leyes 1121 de 2006, 1142 de 2007, 1453 y 1474 de 2011, la situación ha empeorado pues las penas se han incrementado y los beneficios han disminuido, lo cual incrementó el hacinamiento carcelario, lo cual redundo negativamente en el cumplimiento de los fines de la pena.

## 5. CONCLUSIONES

Desde hace mucho tiempo, décadas, la situación de las personas privadas de la libertad en nuestro país, constituye una tragedia para ellas, sus familias y una vergüenza para el Estado y la sociedad colombiana.

La pena privativa de la libertad en nuestro país no consulta la finalidad de la misma en un Estado social de derecho como lo es la resocialización, lo cual implica que el condenado no sea expulsado de la sociedad sino que debe conservar la posibilidad de su reintegración social, la cual no es posible mientras no se haya ensayado todo lo que pueda contribuir a un aprendizaje exitoso evitando efectos desocializadores<sup>68</sup>, siendo evidente que tales postulados no se cumplen por varias razones.

Se encuentra demostrado que la principal razón para que se vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad es el hacinamiento carcelario, pero igualmente debe tenerse en cuenta que el aumento de cupos no es la solución a la problemática sino que se debe revisar cuál es la política criminal adecuada a la realidad social y delincencial del país.

Una de las consecuencias del hacinamiento es que en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, los cupos existentes para realizar actividades de estudio y trabajo que constituyen el eje central de la resocialización, son insuficientes, lo cual implica que sólo unos privilegiados accedan a los mismos y tengan mejores oportunidades de resocialización y de contera rebaja de pena. Además, esta situación es generadora de corrupción por parte de quienes tienen la facultad de asignar los cupos, por lo que nuevamente los internos que no tienen

---

<sup>68</sup> ROXIN, Claus. La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal. Valencia 2000, Editorial Tirant lo Blanch. P. 33

medios económicos resultan siendo quienes no tienen la posibilidad de estudiar o trabajar como medio de resocialización.

La inflación normativa en materia penal demuestra que no existe una política criminal por parte del Estado colombiano, que se legisla de acuerdo al clamor de la ciudadanía pero ante todo, cediendo a la presión de los medios de comunicación que en muchas ocasiones y ante la comisión de conductas que ellos magnifican, ponen en el ideario colectivo la necesidad de endurecer las penas de prisión para los autores de dichas conductas, ante lo cual las ramas ejecutiva y legislativa ceden expidiendo las normas respectivas, sin analizar cuáles son las consecuencias de los aumentos de pena, es decir, se legisla de acuerdo al momento y como una forma de generarle a la sociedad una tranquilidad transitoria, la realidad muestra que esa no es la solución.

No se ha buscado de manera seria por parte del Estado colombiano, cuál es la solución a la alta criminalidad pero teniendo presente siempre la realidad social, cultural y económica. No debemos seguir pensando que el remedio sea aumentar penas y aislar a las personas en los centros de reclusión, la realidad nos ha demostrado que mientras no se solucionen muchos problemas arraigados en la sociedad colombiana, estos servirán como abono para que la delincuencia se propague.

A pesar de que la Corte Constitucional en el año 1998, declaró la existencia de un “estado de cosas inconstitucional” en virtud de las condiciones inhumanas en que se encontraban los internos, realizando un diagnóstico documental y estadístico sobre la vulneración generalizada de los derechos humanos y la histórica ausencia de una política estatal dirigida a solucionar la situación crítica del sistema penitenciario, la cual consideró de carácter estructural por exigir la participación de varias entidades estatales, la situación no ha mejorado, de donde se infiere que para el Estado colombiano este no es un tema de importancia.



El Código Penitenciario y Carcelario, en sus artículos 9º y 10º dispone que la pena tiene una función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización mediante el tratamiento penitenciario, 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, todos esto bajo los principios de un sistema progresivo.

Sin embargo, estos objetivos o fines no se materializan dentro del proceso penal en nuestro país, lo cual ya se había diagnosticado desde años atrás, cuando se afirmó que la función protectora no se cumple pues un número elevado de internos han muerto o han sido lesionados al interior de los centros carcelarios y penitenciarios, no es preventiva pues la población carcelaria ha aumentado, como tampoco es resocializadora porque se contemplan altos índices de reincidencia y violencia carcelaria, drogadicción y proliferación de bandas que propician y favorecen la corrupción y victimización de la mayoría de internos<sup>69</sup>.

Esta situación continúa, lo cual se refleja en las informaciones de los medios de comunicación que dan cuenta de estas situaciones, como también con la verificación diaria dentro de las actividades de quienes laboramos en esta área del derecho.

Lamentablemente, la respuesta del gobierno no ha sido y no es la apropiada, pues en lugar de revisar cuál es de verdad su política criminal y ajustarla a la realidad de nuestra sociedad en todos sus aspectos, responde aumentando penas y reduciendo las oportunidades para que las personas privadas de su libertad se resocialicen, lo cual inevitablemente trae como consecuencia el hacinamiento

---

<sup>69</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina en Colombia. Informe centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de los derechos humanos. Bogotá D.C. año 2001. p. 9

carcelario del cual se derivan gran parte de las dificultades que hacen nugatoria la resocialización, y ante lo cual también se propone y anuncia una solución equivocada: el aumento de cupos con la construcción de nuevos establecimientos carcelarios.

## **6. PROPUESTAS**

Como quiera que el hacinamiento carcelario en nuestro país, es uno de los principales generadores del incumplimiento del fin resocializador de la pena, se harán algunas propuestas que tiene que ver con esta situación en el entendido de que existen los mecanismos para reducir la población carcelaria, sin que esto afecte las funciones de la pena. Luego vendrán las propuestas que tiene que ver específicamente con la resocialización. Veamos:

### **6.1. EL POPULISMO LEGISLATIVO EN MATERIA PENAL.**

Uno de los problemas más graves que desembocan en el hacinamiento carcelario y de contera en el incumplimiento de los fines y función de la pena, es la expedición de normas de aumento de penas y creación de nuevos tipos penales, atendiendo al clamor periodístico o de ciertos sectores de la sociedad que en un momento determinado se sienten víctimas de determinadas conductas reprochables; que en ocasiones son aprovechadas por ciertos actores políticos.

Es entonces cuando los medios de comunicación, de manera reiterativa toman como tema del día tales hechos, los entrelazan y ante el imaginario colectivo aparece que los mismos son de una extrema gravedad generando intranquilidad y preocupación social, inclusive en algunos casos se presentan protestas aisladas que son aprovechadas por los comunicadores para darle mayor credibilidad a sus denuncias.

Ante esta problemática la respuesta del estado ha sido, crear nuevos tipos penales o endurecer las penas de los existentes, prohibir la concesión de

subrogados o beneficios en favor de los presuntos responsables; realizando los anuncios con el mayor despliegue posible, lo cual genera en la ciudadanía una sensación de tranquilidad y de que en este momento se va a erradicar la comisión de dichas conductas, que en muchos casos no requieren de tratamiento intramural.

No obstante, el populismo punitivo no es la solución adecuada, no se analizan cuáles son las consecuencias de la expedición y aplicación de las normas, pues al aumentarse las penas de prisión se genera el hacinamiento carcelario con todos los problemas conocidos y el llevar a prisión a personas que no requieren tratamiento intramural. Esto ha sido una constante desde hace varios años, es así como *“la normativa penal a tendido a restringir el derecho a la libertad de forma cada vez mas aguda y bajo un impulso “coyunturalista”, en función de situaciones particulares, la llamada “alarma social” y la vía de “excepcionalidad””*<sup>70</sup>

Es así como la propuesta es que el Estado analice y decida cuál es la política criminal que debe tener, si debe primar la proliferación de legislación en materia penal, el pensar que sólo la privación de la libertad es la solución ó si por el contrario se debe reforzar la solución de la problemática social, la prevención, la conciliación, la justicia restaurativa y demás medios alternativos de solución de conflictos. Obsérvese como las contravenciones contempladas en las leyes 23 de 1991 y 228 de 2005, pasaron a ser delitos.

Igualmente, debe el gobierno nacional realizar una revisión sobre la legislación en materia penal, los tipos penales existentes, a fin de determinar si los mismos deben continuar vigentes en el ordenamiento jurídico o si por el contrario, existen comportamientos que se deban despenalizar y ser asumidos administrativamente

---

<sup>70</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina en Colombia. Informe centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de los derechos humanos. Bogotá D.C. año 2001. P. 45

por Comisarías de Familia, Inspecciones de Policía, Jueces de Paz, centros de conciliación etc., dotándose a tales entes de los medios necesarios para cumplir su función. No se trata simplemente de un trasteo de funciones.

## **6.2. EL MONTO DE LAS PENAS EN NUESTRA LEGISLACION PENAL.**

Atendiendo que en virtud de la nueva Carta Política el nuestro es un Estado social de derecho, con respecto a la fijación e imposición de la pena, debe advertirse que la jurisprudencia constitucional ha dicho:

*De lo expuesto deviene entonces, como obligado corolario que la pena, para tener legitimidad en un Estado democrático, además de ser definida por la ley, ha de ser necesariamente justa, lo que indica que, en ningún caso puede el Estado imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles, asunto éste que encuentra en Colombia apoyo constitucional en el artículo 2 de la Carta que entre otros fines asigna al Estado el de asegurar la “convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.*

*Como quiera que el delito vulnera un bien jurídico protegido por la ley, la proporcionalidad de la pena exige que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, habidas las circunstancias que la agraven o la atenúen, lo que supone de suyo que la proporcionalidad traza los límites de la pena y la medida concreta de la misma, asunto que corresponde establecer al legislador e individualizar al juez dentro de los límites mínimos y máximos señalados por aquel, analizadas las circunstancias concretas de modo, de tiempo y de lugar, así como las particulares en que se sitúe el agente del delito, todo lo cual constituye el amplio campo donde se desarrolla la dosimetría penal.<sup>71</sup>*

Ahora, si bien en principio el Estado tiene la potestad fijar las penas, de conformidad con el artículo 3° del Código Penal, existen unos principios

---

<sup>71</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-647 de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

orientadores de la imposición de la sanción penal como son razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

El principio de proporcionalidad es una manifestación del Estado social de derecho, que debería constituir un límite para efectos de materializar el respeto a la racionalidad y la dignidad humana, los cuales se pueden ver afectados con los excesos de pena. La jurisprudencia penal, al respecto ha señalado:<sup>72</sup>

*“ En términos simples, la proporcionalidad implica correlación entre la magnitud de la pena y la gravedad del delito. Así, el derecho penal dentro de un Estado catalogado como constitucional y democrático ha de ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia social de los hechos delictivos. En consecuencia, exigir proporción entre delitos y penas significa que la dureza de aquéllas no ha de exceder la gravedad que para la sociedad posee el hecho castigado<sup>73</sup>.*

*En consonancia con las anteriores premisas, sin desconocer la amplia potestad de configuración legislativa en materia de ius puniendi, la jurisprudencia reconoce en el principio de proporcionalidad de la pena un referente necesario a la hora de evaluar la legitimidad de las disposiciones penales. Al respecto, se lee en la sentencia C-581/01:*

*Si bien el legislador, quien actúa en representación del Estado en cuya cabeza está radicado el ius puniendi, puede señalar, de acuerdo con una política criminal preestablecida, como punibles determinados comportamientos que considera nocivos para la vida social y fijar las sanciones o consecuencias jurídicas que de su incursión se derivan, **esa potestad no es absoluta pues encuentra límites en los principios, valores y demás normas constitucionales que está obligado a respetar.***

*Desde esa perspectiva, la desproporción y la evidente carencia de razonabilidad en la fijación legislativa de las penas, las tornan ilegítimas<sup>74</sup>.*”

A pesar de lo expuesto en las jurisprudencias constitucional y penal, se considera que tales lineamientos no se están cumpliendo dentro del proceso penal

---

<sup>72</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, proceso No. 33254, casación de fecha 27 de febrero de 2013, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

<sup>73</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, pp. 142-143.

<sup>74</sup> En ese sentido, cfr. C. Const., sents. C-103/97, C-1490/00 y T-596/92.

colombiano, en lo que tiene que ver justamente con las penas de prisión impuestas a los condenados.

La ley 599 de 2000 en sus artículos 31 y 37 establecía que la máxima pena de prisión a imponer en nuestro país tendría una duración máxima de 40 años, independientemente de que se tratara de una conducta punible única o se presentara concurso de las mismas.

Posteriormente, La ley 890 de 2004, incrementó el máximo de la pena de prisión, es así como el artículo 2º modificó el numeral 1 del artículo 37 del Código Penal señalando que la pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso. A su vez el artículo 1º de dicha ley modificó el inciso 2o. del artículo 31 del Código Penal, por lo que en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad no podrá exceder de sesenta (60) años.

Dicho aumento de penas se justificó para efectos de que se pudieran estimular y materializar los acuerdos, negociaciones y allanamientos propios de la ley 906 de 2004, para que subsistieran los márgenes de proporcionalidad fijados en el Código Penal. Sin embargo, adicionalmente se expidieron normas como las leyes 1121 de 2006, 1142 de 2007, 1236 de 2008, 1453 y 1474 de 2011, por las cuales en algunos delitos las penas se incrementaron a pesar del aumento generalizado de la ley 890 de 2004, pero también beneficios como rebaja de penas por aceptación de cargos o preacuerdo fueron prohibidos para un gran número de delitos, lo que necesariamente conlleva la imposición de unas penas de prisión desproporcionadas.

De lo anterior se observa un panorama muy preocupante, si el fin primordial de la pena en un Estado social de derecho es la resocialización, la normatividad penal no es armoniosa con nuestra carta política, inferencia a la cual se llega de forma

rápida pues cuando un Estado impone a sus subordinados unas penas de prisión tan altas, con las cuales se desconoce el principio de proporcionalidad de la pena como efectivamente está ocurriendo en Colombia, la resocialización no deja de ser una mera retórica, no se cumple con el postulado del Estado social de derecho consistente en no excluir al infractor del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo.

Estas penas de prisión exageradas evidentemente lo que hacen es excluir al condenado de la sociedad, pues no tienen esperanzas razonables de salir y reincorporarse a la vida en sociedad, después de tantos años de aislamiento y si logran salir con vida del establecimiento carcelario, va a ser poco probable que sean acogidos por la sociedad y que se adapten nuevamente. En muchos casos, imponer penas de prisión tan altas, hasta de 60 años de prisión, en la práctica implican una pena de cadena perpetua dependiendo de la edad del condenado, a pesar de que la misma está prohibida por el artículo 34 de la Constitución Política.

Esta realidad hace necesario que el Estado colombiano revalúe su política frente a la pena de prisión. Estudiosos en el tema hacen ver la conveniencia de la reducción de la pena privativa de la libertad en los siguientes términos:

*“Pienso que la duración máxima de la pena privativa de la libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a 10 años y acaso, a medio plazo, a un tiempo todavía menor; y que una norma constitucional debería sancionar un límite máximo, pongamos de 10 años. Una reducción de este género supondría una atenuación no sólo cuantitativa sino también cualitativa de la pena, dado que la idea de retornar a la libertad después de un breve y no tras un largo o acaso interminable período haría sin duda más tolerable y menos alienante la reclusión.”*<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón Teoría del galantismo penal. Madrid 2001. Editorial Trotta. P.414



Si bien consideramos que el término propuesto por el autor citado no es adecuado a nuestra realidad en razón del alto número de delitos de gran entidad que ocurren en nuestro país, compartimos su idea de reducción de la pena de prisión, lo adecuado sería dar aplicación a los límites establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, atendiendo que precisamente el mismo regula lo concerniente a la comisión de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, como son el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Es así como en el artículo 77 de dicho estatuto se dispone la imposición de la pena de reclusión (privativa de la libertad) por un número determinado de años que no exceda de 30 (treinta) años o la cadena perpetua cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, opción última que como se señaló anteriormente, es prohibida en nuestra carta política.

El término máximo de 30 (años) de prisión permitiría cumplir de mejor manera con los postulados del Estado social de derecho, la resocialización. Es lógico considerar que si a una persona se le ha impuesto una pena de prisión que por su duración le genera la esperanza de que la puede cumplir y salir en su etapa productiva, va a asumir de mejor forma las actividades de estudio o trabajo y las demás que sirven como medio de resocialización, igualmente su comportamiento y disciplina en general, pues tiene un aliciente para ello, mientras que frente a una pena muy extensa no tiene incentivo de realizar tales labores de resocialización ni de guardar buen comportamiento en la reclusión. Es pertinente recordar que la jurisprudencia constitucional, desde hace varios años advirtió:

*“la idea de resocialización se opone, ante todo, a penas y condiciones de cumplimiento que sean en esencia, por su duración o sus consecuencias, desocializadoras. El Estado debe brindar los medios y las condiciones para no acentuar la desocialización del penado y posibilitar sus opciones de socialización (...) La función de reeducación y reinserción social del condenado debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer ese desarrollo.”<sup>76</sup>*

Se considera pertinente también referirnos frente a la pena de multa principalmente cuando se impone como acompañante de la pena de prisión, fijada en salarios mínimos legales mensuales vigentes, con un mínimo y máximo consagrado en cada tipo penal que puede ser hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, encontrándose muchos casos en donde las penas de multa que se imponen son de miles de salarios mínimos legales mensuales vigentes, las cuales resultan impagables por parte de los condenados, lo que genera consecuencias negativas al momento de la solicitud de beneficios como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión y libertad condicional; pues uno de los requisitos para acceder a tales beneficios es el pago de la multa, por lo que en consecuencia la gran mayoría de condenados, los que no pueden pagar la multa, deben cumplir de manera intramural el total de la misma.

Subsidiariamente, debería el Juez fallador tener una mayor autonomía para imponer la pena de multa y no estar atado a los presupuestos del artículo 54 y siguientes de la ley 599 de 2000, es decir, podría fijarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de dicha ley, es decir, teniendo en cuenta el daño causado, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado, la situación económica del por condenar deducida de sus ingresos,

---

<sup>76</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-261 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

patrimonio y demás circunstancias afines; lo cual permitiría al Juez fijar e imponer una pena de multa que efectivamente pueda pagar el condenado.

### **6.3. SUSPENSION CONDICIONAL DE LA EJECUCION DE LA PENA.**

De conformidad con el artículo 63 de la ley 599 de 2000, procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando la misma no exceda de 3 (tres) años, los antecedentes del sentenciado y la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena. Luego el artículo 4 de la ley 890 de 2000 adicionó otro requisito que es el pago total de la multa, debiéndose tener en cuenta que esta última ley en su artículo 14 dispuso que las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal, se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo.

Este aumento de una tercera parte de la pena mínima para todos los tipos penales existentes antes de dicha ley, trajo como consecuencia que las penas impuestas que exceden de 3 (tres) años de prisión aumentaron considerablemente, lo cual impide al juez fallador conceder el subrogado de la suspensión condicional de ejecución de la pena y en consecuencia, los condenados deben cumplir la pena de manera intramural en establecimiento carcelario.

Al reducirse la concesión del referido subrogado, es evidente que la población carcelaria aumenta, siendo esta una de las causas del hacinamiento, por lo que se considera que así como de manera general se aumentó el mínimo de las conductas punibles, el legislador debe hacer una revisión del factor objetivo y por lo menos aumentarlo en el mismo tanto, de tal forma que la suspensión condicional de la ejecución de la pena se conceda en los casos en que la pena de

prisión impuesta, no exceda de 4 (cuatro) años y medio, es decir, 54 (cincuenta y cuatro) meses; con lo cual se ajustaría de manera proporcional dicho requisito con el aumento general de penas que hiciera la ley 890 de 2004.

Igualmente, frente al requisito del pago de la pena de multa en los eventos que se haya condenado por la misma, se debe precisar en primer lugar que dicha pena cuando es acompañante de la pena de prisión (que es la existente en la gran mayoría de delitos que tienen como pena multa), se encuentra reglada en cada tipo penal en sus mínimo y máximo, para su tasación se tienen en cuenta los mismos parámetros que para individualizar la pena de prisión establecidos en el artículo 54 y siguientes de la ley 599 de 2000, es decir, la situación económica del por condenar no se tiene en cuenta para fijar la multa objeto de pena, lo que trae como consecuencia que en su gran mayoría se impongan penas de multa que el condenado no va a poder pagar, pues la misma no consulta su realidad económica, lo cual se convierte en una talanquera que envía al condenado a prisión.

La propuesta al respecto es que se elimine el requisito del pago de la multa para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como quiera que en estos casos el factor económico hace nugatoria la libertad del condenado, siendo entonces contradictorio que cumpliendo los demás requisitos no pueda terminar de cumplir la pena de manera extramural; siendo importante que el estado mediante la jurisdicción coactiva debe efectivizar el pago de la pena de multa.

Así mismo es importante, que se eliminen los requisitos de carácter subjetivo, pues a este beneficio acceden las personas que cometen delitos que no son los de mayor entidad, por lo tanto su concesión no debe contar con las talanqueras que tiene actualmente.

#### **6.4. LA PROHIBICION DE REBAJA DE PENA Y BENEFICIOS A LOS CONDENADOS.**

Al entrar en vigencia el nuevo procedimiento penal con tendencia acusatoria, el cual en esencia debe tener un desarrollo premial en virtud de la aceptación de cargos, colaboración con la administración de justicia etc, se proyectaba que a juicio solo llegaría aproximadamente el 10% de los procesos.

Con posterioridad a la expedición de la ley 906 se expidieron las leyes 1121 de 2006, 1142 de 2007, 1453 y 1474 de 2011, en virtud de las cuales no sólo en algunos caso las penas se incrementaron (a pesar del aumento generalizado de la ley 890 de 2004) sino que beneficios como: rebaja de penas por aceptación de cargos, concesión de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad como suspensión condicional de la ejecución de la pena y libertad condicional, prisión domiciliaria como sustituida de la prisión, sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión y permiso administrativo hasta de 72 horas; fueron prohibidos para quienes estén incurso en una gran cantidad de delitos.

Tales prohibiciones materializadas ante el clamor de los medios de comunicación y de ciertos sectores de la sociedad, llevaron a que las proyecciones referidas no se hayan cumplido, lo cual no solamente ha generado una gran congestión en los despachos judiciales sino el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, con las consecuencias ya conocidas.

Proponemos que el legislador revise las leyes antes referidas atendiendo lo señalado anteriormente, respecto de cuál es la política criminal que requiere nuestro país y el tratamiento que se debe dar a los infractores, materializando lo consagrado en los instrumentos internacionales en el sentido de que antes del término de ejecución de una pena o medida se deben adoptar los medios para

asegurar al interno un retorno progresivo a la vida en sociedad, el cual puede hacerse con un régimen preparatorio dentro del mismo establecimiento o en otra institución adecuada o mediante una liberación condicional vigilada con asistencia social adecuada.<sup>77</sup>

#### **6.5. PRISION DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PRISION Y SISTEMAS DE VIGILANCIA ELECTRONICA COMO SUSTITUTIVOS DE LA PRISION.**

Si bien anteriormente a estos sustitutos de la pena de prisión, una de las labores importantes que debe asumir el estado colombiano es la de educación de la comunidad, pues la prisión domiciliaria y los mecanismos de vigilancia electrónica han sido satanizados por los medios de comunicación, se debe informar que cuando se concede por parte del Juez alguno de estos mecanismos sustitutivos, la persona continúa privada de su libertad, solamente existe un cambio de sitio de reclusión que normalmente es el domicilio del procesado o condenado.

La aplicación de estos mecanismos sustitutivos de la prisión, es un medio adecuado para combatir el hacinamiento carcelario y para ayudar en la resocialización del interno, pues al contar con el apoyo de su familia va a tener mejores herramientas para recapacitar sobre comportamiento y ver que cuenta con una oportunidad por parte de la administración de justicia, para encauzar su vida y reintegrarse luego de manera expedita a la sociedad.

Esta labor educativa debe servir también a los medios de comunicación, pues siempre magnifican los hechos en los cuales se encuentra involucrada alguna

---

<sup>77</sup> Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en Ginebra 1955. Art. 60-2

persona a quien se le haya concedido algunos de estos mecanismos sustitutivos, pues es evidente que ningún sistema es perfecto y el hecho de que haya personas que no hagan uso adecuado de esa oportunidad, no significa que el sistema no sea adecuado a las necesidades de rehabilitación y resocialización de la mayoría de personas privadas de la libertad.

Ahora, es indiscutible que se debe reevaluar el sistema de control de las personas beneficiarias de estos mecanismos sustitutivos de la prisión pues el mismo presenta fallas, se debería considerar la posibilidad de que haya un cuerpo técnico y operativo especializado, que asuma estas funciones pues al observarse mayor eficacia al respecto aflorarían de mejor forma las bondades de estos mecanismos, los beneficiarios valorarían mas la oportunidad que tienen y sería menos probable que trataran de evadir los controles formales y no materiales con que cuentan en la actualidad.

## **6.6. EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO**

Dice la normatividad que el régimen penitenciario y carcelario que el tratamiento penitenciario tiene como objetivo preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad y que será progresivo y programado e individualizado “hasta donde sea posible” <sup>78</sup>.

Esta última expresión sirve para desnaturalizar el tratamiento de interno o condenado pues se ha convertido en la norma general, se realizan actividades propias de resocialización de manera general sin atender que cada condenado es una persona igual pero diferente a los demás, no todos tienen las mismas necesidades como tampoco las mismas habilidades por lo tanto es importante que

---

<sup>78</sup> Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, artículos 142, 143

el tratamiento penitenciario sea individualizado y así más efectivo para las tareas de resocialización.

Se debe dar aplicación a lo dispuesto por los instrumentos internacionales<sup>79</sup> en el sentido de que los reclusos continúan formando parte de la sociedad, se debe lograr la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden en la rehabilitación social de los mismos, tener trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles, siendo necesaria la individualización del tratamiento que requiere un sistema flexible de clasificación en grupos de los reclusos, siendo distribuidos en establecimientos distintos donde cada grupo pueda recibir el tratamiento necesario y en donde no deben adoptar las mismas medidas de seguridad con respecto a todos los grupos, establecer diversos grados de seguridad de acuerdo a la necesidad de cada uno de ellos.

Frente al tratamiento penitenciario es importante que se realicen convenios con instituciones educativas que permitan a los internos la realización de estudios formales no sólo de primaria y bachillerato, sino también a nivel técnico tecnológico e inclusive profesional, lo cual facilitará no solamente la estadía de los condenados en el centro de reclusión sino también su preparación académica y laboral para que se materialice la resocialización y la reinserción social.

Por todos los medios se debe intentar y lograr dar aplicación a lo dispuesto en tratados internacionales, en cuanto a que todos los reclusos tienen derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar su personalidad humana, como también la creación de condiciones que les permitan realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en

---

<sup>79</sup> Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en Ginebra 1955. Art. 61



el mercado laboral y les permitan contribuir al sustento económico no sólo de ellos sino de su familia.<sup>80</sup>

Por último, es necesaria una política de sensibilización como quiera que el tratamiento no termina con la liberación del recluso que estado debe disponer de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda postpenitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad.<sup>81</sup>

## **6.7. REDENCION DE PENA.**

De conformidad con lo establecido legalmente<sup>82</sup>, dentro del modelo de tratamiento progresivo, las labores de estudio y trabajo son indispensables para que el interno pueda redimir pena y reincorporarse más rápidamente al medio social, sin embargo, los cupos existentes en la mayoría de centros penitenciarios y carcelarios son insuficientes para la población reclusa, lo cual tiene como consecuencia que los internos estén reclusos un mayor tiempo del que les correspondería, impidiendo también la concesión de beneficios como el permiso administrativo hasta de 72 horas, por cuanto uno de los requisitos es haber o estar realizando actividades de estudio o trabajo para redención de pena.

Esta insuficiencia de cupos para estudiar o trabajar, estimula la corrupción en los establecimientos carcelarios, pues ciertos sectores son privilegiados con el otorgamiento de los mismos y más aún con la certificación por fuera de los topes legales, de horas de estudio o trabajo que terminan beneficiando a determinados

---

<sup>80</sup> Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1990. Art. 6, 8.

<sup>81</sup> Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en Ginebra 1955. Art. 64

<sup>82</sup> Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, artículos 82, 94 y 97

reclusos, generándose inequidad y desigualdad entre la población carcelaria, siendo típicas estas dádivas para los condenados por delitos como los llamados comúnmente como “parapolítica”, sin que las autoridades administrativas pongan orden a pesar de que ya la judicatura desde hace varios años se pronunció al respecto así:

*“Por eso la Corte no puede dejar pasar la oportunidad para llamar la atención tanto de las autoridades del INPEC encargadas de supervisar, revisar y anotar el tiempo laborado por los internos, como de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para que hagan respetar las disposiciones legales en materia de derechos del trabajador y de límites de tiempo para efectos de redención, de suerte que el cumplimiento de la pena de prisión no se convierta en una feria de rebajas y por ende oportunidad para hacer fraude a la ley”<sup>83</sup>*

Por lo anterior, se propone en primer término que se realicen todas las gestiones necesarias para que todos los internos que quieran estudiar o trabajar lo puedan hacer, lo cual se lograría en gran parte atacando y acabando con el hacinamiento carcelario, pero simultáneamente se debe involucrar a instituciones educativas principalmente, para que de manera personal o virtual, apoyen la labor del INPEC frente a la labores de estudio y trabajo de los internos.

Es pertinente igualmente hacer precisión sobre un aspecto mencionado cuando se habló de las prohibiciones de rebaja de pena y beneficios a los condenados y frente a la redención de pena, lo cual es una dificultad derivada de las prohibiciones consagradas en la ley, así:

El artículo 199 de la ley 1098 de 2006, señala que cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, no procederá ningún beneficio ni mecanismo sustitutivo

---

<sup>83</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, proceso No. 31383, auto de fecha 1º de abril de 2009, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

como tampoco procederá **ningún beneficio o subrogado judicial o administrativo**, salvo los beneficios por colaboración eficaz. Esta misma prohibición la consagra el artículo 26 de la ley 1121 de 2006 para los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos. Igual lo dispuso la ley 1142 de 2006 en su artículo 32 que creó el artículo 68A a la ley 599 de 2000, para cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Se tiene que frente a la redención de pena y en virtud de estas prohibiciones, se ha discutido si la misma es un beneficio y por tanto no se debe reconocer en los casos referidos, encontrándose que la misma jurisprudencia ha contribuido al respecto.

Es así como en un primer pronunciamiento se manifestó lo siguiente:

*“Ya la resocialización deviene de la irrupción del Estado social, en el ambiente político del Siglo XX desde la convicción de que la pena debe servir para preparar al penado, para convidar al convicto a que vuelva al seno de la sociedad de la cual hacía parte; objetivo que contrasta con la tendencia de tratar a los delincuentes como enemigos que no se merecen las garantías que el Estado soberano conserva para sus súbditos.*

*Dicho sea de paso, la redención de pena tampoco es, por tanto, un beneficio, sino que es expresión funcional de la resocialización, de acuerdo con la formulación del artículo 4º del Código Penal; la cual está recogida de manera más enfática en el artículo 9º del Código Penitenciario y Carcelario, norma que advierte que “La pena tiene función protectora y preventiva, **pero su fin fundamental es la resocialización**”; esto es, la recuperación del condenado para el Estado social, identidad de nuestro modelo constitucional.*

*Al decir el artículo 10 del mismo plexo normativo que “El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad 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.”, surge nítido que el trabajo del penado es uno de los mecanismos a través de los cuales se examina su personalidad, de cara al sistema progresivo del tratamiento penitenciario.*

*Negar la redención por trabajo, estudio o enseñanza a un convicto equivale a cerrarle las puertas de la reinserción social, dejando la pena relegada a un ejercicio de mera conmutatividad o retribución, excluyendo el concepto de intervención que está en la esencia del tratamiento que se supone brinda el Estado a los penados, con miras a recuperarlos para que sean útiles a la sociedad.*

....

*Por tanto, las prohibiciones genéricas de concesión de cualquier beneficio legal, judicial o administrativo, no incluyen tampoco la redención de pena, especialmente las contenidas en los artículos 26 de la Ley 1121 de 2006, 199.8 de la Ley 1098 de 2006, 32 de la Ley 1442 de 2007, 13 de la Ley 1474 de 2011 y 28 de la Ley 1453, también de 2011; por cuanto este reconocimiento está íntimamente ligado con la resocialización, como se ha manifestado, y no puede tener la categoría de simple beneficio, sino que con ella se explica, como ya se ha dicho, el objetivo fundamental de la pena en el contexto del Estado social.”<sup>84</sup>*

No obstante la argumentación sobre la capital importancia de la redención de pena en el proceso de resocialización del condenado, poco tiempo después la misma corporación señaló:

*“En efecto, como se reseñó en precedencia, cierto es que la rebaja de pena por redención será de obligatorio reconocimiento por parte de la autoridad respectiva, pero ello supone el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos para el trámite de beneficios judiciales y administrativos, como lo estatuye el art. 102 del Código Penitenciario y Carcelario; mientras que, a tono con el art. 199-8 de la Ley 1098 de 2006, tratándose de delitos sexuales contra menores de edad, no procede ningún beneficio de reconocimiento jurisdiccional ni administrativo, salvo los eventos de colaboración efectiva.*

*Así, entonces, fundamentándose las cuestionadas determinaciones en una norma jurídica expedida en el ámbito legítimo de libertad de configuración del legislador, que, además, se aviene al cometido constitucional de protección prevalente del interés superior del menor (art. 44 de la Constitución), mal podría afirmarse que las autoridades demandas actuaron arbitrariamente o que decidieron el asunto planteado haciendo abstracción del ordenamiento jurídico, pues lo que se advierte es una interpretación del todo plausible.*

---

<sup>84</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, proceso No. 35767, casación de fecha 6 de junio de 2012, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

....

*Ahora, trasladado el planteamiento a la órbita legal, si bien la resocialización --entendida como finalidad de la pena y del tratamiento penitenciario-- se logra a través de medios como el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, de ello no se sigue la existencia de una automática prerrogativa de obtener rebajas de pena. No. Una cosa es que dichas actividades representen mecanismos idóneos para dignificar al condenado y preparar su reintegración a la sociedad, a través de la adquisición de habilidades, destrezas y enseñanzas que le permitan readecuar su comportamiento a la juridicidad, y otra muy distinta que se pretenda afirmar que a la resocialización le es inherente la disminución del tiempo de cumplimiento de la sanción penal por vía de la redención.*

....

*Si redimir, como lo puso de presente esta Sala de Decisión en el fallo de tutela del 21 de febrero del presente año<sup>85</sup>, significa poner término a un vejamen, dolor, penuria u otra adversidad o molestia<sup>86</sup>, es claro que la ejecución de la sanción, tal cual fue determinada en la sentencia, significa redención de la pena. Por consiguiente, si por regla general lo que existe es la obligación de cumplir la pena en su totalidad, las modalidades de redención especial, a través de descuentos punitivos por trabajo, estudio y demás, no pueden ser cosa distinta a un beneficio expresamente consagrado en la ley, cuya procedencia ha de ceñirse a las limitantes establecidas por el legislador.*

*Aunado a lo anterior, la proscripción del descuento punitivo por trabajo y estudio para determinados delitos, en criterio de la Colegiatura, no cercena el fin de resocialización que se le atribuye a la pena. Pues, dependiendo aquélla del emprendimiento del tratamiento penitenciario a través de las plurimencionadas actividades, quien las realiza durante el tiempo de sanción determinado en la sentencia se entiende resocializado, al margen de que pueda obtener anticipadamente su libertad por la vía de privilegios estatuidos legalmente, en determinados eventos que se estiman convenientes desde la óptica político criminal.”<sup>87</sup>*

Vistos los dos anteriores pronunciamientos de la misma corporación judicial, pronunciados en un término menor a 1 (un) mes, la confusión campea frente a la redención de pena y las prohibiciones legales ya conocidas, si la redención de pena es un beneficio o no, por lo que en la gran mayoría de los casos los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, han acogido lo señalado por la

---

<sup>85</sup> Rad. 58.593.

<sup>86</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: <http://buscon.rae.es/draeI/>

<sup>87</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Tutela No. 61489, sentencia de fecha 10 de julio de 2012, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

jurisprudencia en la última sentencia referida negando la redención de pena, con las obvias consecuencias que esto genera para los reclusos y el sistema carcelario, atendiendo que la redención de pena por estudio y trabajo es el medio principal de resocialización de los condenados. La misma Corporación ha mantenido esta línea jurisprudencial señalando que “... la *Constitución no consagra ningún derecho a redimir pena por trabajo, estudio o enseñanza, aserto planteado por aquél como medio para oponer su personal comprensión de la aludida prohibición, sin el uso correcto de algún método válido de interpretación que lo respalde*<sup>88</sup>”.

Es así como atendiendo que la primera postura de la judicatura en nuestro criterio, es la que mejores y más fuertes argumentos tiene y por tanto debería recoger el criterio de las sentencias de tutela y mantener el de la primera decisión, se propone que el legislador de una vez por todas y atendiendo la filosofía del Estado social de derecho en el cual nos encontramos, legalmente precise que la redención de pena por estudio o trabajo no es un beneficio judicial o administrativo para el condenado, a efectos de que la redención cumpla con su finalidad resocializadora, para lo cual consideramos pertinente lo siguiente.

El artículo 3º del Código Penal trata de los principios de las sanciones penales y enseña que, “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”.

---

<sup>88</sup> En este mismo sentido se ha venido pronunciando esta Colegiatura, en los siguientes fallos de tutela: 15/10/09, rad. 44.632; 28/04/11; 28/04/11, rad. 53.864; 21/06/11, rad. 54.429; 21/07/11, rad. 55.077; 28/02/12, rad. 58.958 y 02/05/12, rad. 60.084.

El artículo 4, ibídem, dice que la “pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado”.

Los artículos 9º y 10º de Ley 65 de 1993 determinan la “**función y finalidad de la pena**” y la “**finalidad del tratamiento penitenciario**”. En ambos eventos, su función y finalidad están dirigidas a la “**resocialización**” del individuo infractor de la ley penal 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. Los artículos 79 y 94 refieren lo relativo al trabajo y la educación de los reclusos.

Ahora, con relación a estas dos clases de actividades, trabajo y estudio, los artículos 82 y 97 de la ley 65 de 1993 determinan que se debe redimir pena a favor del condenado, no como algo potestativo del Juez encargado de la vigilancia y control de la ejecución de la pena, pues en cada una de dichas normas el legislador utilizó el vocablo “**concederá**”, expresión que a nuestro juicio es de carácter imperativo, siempre y cuando se cumplan con todas las condiciones que se predicen para el reconocimiento de este beneficio, entre ellas, el de la conducta del penado tal como se hace alusión en el artículo 101 de la citada Ley. Sin embargo, el artículo 102 de dicho Código Penitenciario es mucho más preciso en cuanto a este aspecto, ya que expresa que La rebaja de la pena será de **obligatorio reconocimiento** de la autoridad respectiva, previo el lleno de los requisitos exigidos.

Se tiene entonces que de acuerdo con estas normas, el trabajo y el estudio dentro de los establecimientos carcelarios se constituyen en el fundamento esencial de la resocialización del condenado y que incluso, el trabajo tiene el carácter de obligatorio. Entendemos por beneficio judicial una disminución del rigor de la pena o de la medida de aseguramiento y esto correspondería eventualmente a los

llamados subrogados penales, tales como, la condena de ejecución condicional, la libertad condicional, la prisión domiciliaria, el indulto, el perdón judicial.

El artículo 146 los relaciona como beneficios administrativos los permisos hasta de 72 horas, la libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciaria abierta harán parte del tratamiento penitenciario en sus distintas fases, de acuerdo con la reglamentación respectiva, y en las normas siguientes define y reglamenta cada uno de ellos.

Teniendo en cuenta estas precisiones, la redención de pena es un medio de resocialización para el penado, fin fundamental del tratamiento penitenciario (artículos 9, 10, 79 y 94 de la Ley 65 de 1993) y por lo tanto, de ese propósito no puede ser sustraído el condenado para solo convertir la reclusión en mera retribución, pues, así se perdería una de las funciones fundamentales de la pena (artículo 4 del Código Penal). En esa medida la redención de pena no esta proscrita en los artículos 26 de la Ley 1121 de 2006, 199 de la Ley 1098 de 2006 y 32 de la Ley 1142 de 2007, ya que allí lo señalado hace referencia a “beneficios judiciales (art. 63, 64, 38, 38A y 68 del código penal y 314, 324, 351, 352, 356, 367 y 461 del código de procedimiento penal y “beneficios administrativos” (art. 145 a 150 de la Ley 65 de 1993), en tanto el trabajo y la educación en los establecimientos de reclusión, constituyen un medio fundamental para la reinserción social. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-718 de 1999, señaló:

*“La pena no tiene un sentido de retaliación social o de venganza, ni puede ser aplicada con saña ni con desprecio hacia el ser humano que purga sus faltas anteriores. Ella tiene un carácter resocializador que debe aplicarse de modo civilizado, conforme al Derecho, sin que el Estado -que tiene la función de administrar justicia- abuse de sus atribuciones ni se iguale al delincuente.*

*La justicia de la sanción estriba, además de su correspondencia con la falta cometida y con la responsabilidad del sujeto, y del carácter previo*



*de un debido proceso, en que, sin llegar a su ineffectividad, tenga un tope máximo, insuperable, derivado del ordenamiento jurídico, de modo que a nadie se le sancione con mayor dureza de aquella que las normas aplicadas por el juez en el caso concreto lo permiten.*

*Entre los derechos garantizados a los reclusos, y que son objeto de reglamentación especial, se encuentra el fundamental al trabajo. Este derecho, en tratándose de los presos, adquiere una especial importancia toda vez que en nuestro sistema jurídico está íntimamente ligado a la libertad y a la función resocializadora de la pena. El trabajo no sólo supone la realización y engrandecimiento de la persona, que se logra a través de su esfuerzo físico o mental, visto aquél desde la doble condición de ser tanto un derecho como una obligación social, sino que, de acuerdo con la política criminal adoptada por el legislador, el trabajo también hace efectiva la función resocializadora de la pena”*

En consecuencia, la redención de pena en virtud de las actividades que se realicen por parte del penado dentro del establecimiento carcelario (estudio y trabajo), se considera que está excluida de las prohibiciones legales y hacen parte de la labor de resocialización del condenado, por tanto se debe reconocer la misma dentro de los parámetros legales, reiterando que la propuesta es que el legislador haga claridad al respecto y que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analice su posición al respecto y la aclara.

Pero es más, desde hace varios años la jurisprudencia constitucional precisó que el trabajo en los centros carcelarios además de ser un medio resocializador del penado, también constituye un mecanismo de paz que cumple dos funciones: permitir que el condenado pueda rehabilitarse por medio de dicha actividad e impedir que el condenado pueda incurrir en nuevos hechos punibles o en conductas que al menos durante el tiempo de reclusión, conlleven al ocio y la vagancia; por lo que dentro del difícil y traumático medio de vida de las cárceles, el trabajo se convierte en una necesaria oportunidad para alcanzar la libertad, por lo que muchos internos realizan un gran esfuerzo para desarrollar una labor

productiva, motivada principalmente hacia el objetivo de lograr la reducción de la pena<sup>89</sup>

Además de lo señalado con anterioridad, se considera que este planteamiento del máximo organismo constitucional es el que debe prevalecer, pues es evidente sobre el papel de las actividades de trabajo, estudio o enseñanza en los centros de reclusión, pues mientras estas no sean medio para redimir pena, muchos internos no las realizarán, con lo cual el ocio y la vagancia harán de las suyas con consecuencias funestas pues al no realizar ninguna actividad, será muy difícil que mantengan la disciplina en los centros de reclusión, lo cual generará en el aumento de la problemática que se vive el interior de los mismos.

#### **6.8. EL LUGAR DE RECLUSION Y LA RESOCIALIZACION.**

Se considera que dentro del tratamiento penitenciario como medio para lograr la resocialización del penado, no sólo debe participar este y los diferentes entes y funcionarios gubernamentales, también es de capital importancia el apoyo de la familia y personas cercanas a los reclusos. Si bien y en principio las personas condenadas, al momento de su captura son recluidas en establecimiento carcelario del lugar donde se materializó la misma, en muchos casos son trasladadas a establecimientos ubicados en otras ciudades.

La ley establece que los traslados procederán cuando lo requiera el estado de salud, debidamente comprobado por médico oficial, por falta de elementos adecuados para el tratamiento médico, por motivos de orden interno del establecimiento, como estímulo de buena conducta con la aprobación del Consejo

---

<sup>89</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-121 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

de Disciplina, por necesidad de descongestión del establecimiento y cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad. También existe una causal excepcional cuando un detenido o condenado constituya un peligro evidente para la vida e integridad personal de algunos de sus compañeros o de algún empleado del establecimiento, por virtud de enemistad grave o amenazas manifiestas, se tomarán respecto de él medidas rigurosas de seguridad, que pueden ser en los casos más graves y por excepción, hasta el traslado a otro establecimiento, caso en donde con suficiente justificación, podrá el Director de un centro de reclusión disponer el traslado de un interno, dando aviso inmediato a la autoridad correspondiente.<sup>90</sup>

La jurisprudencia constitucional<sup>91</sup> ha señalado que a pesar de encontrarse limitada la garantía de la unidad familiar cuando una persona está privada de la libertad, la misma no se suspende y las restricciones deben ser acordes con los fines de la pena especialmente con su carácter resocializador, ponderando el derecho de las autoridades carcelarias con el derecho de los reclusos de mantener sus vínculos familiares, como quiera que la familia juega un papel preponderante en la reincorporación social del delincuente, habiendo señalado anteriormente que *“dicho vínculo filial representa la mayoría de las veces su contacto con el mundo mas allá del establecimiento donde se encuentran reclusos, más si se tiene en cuenta que el núcleo familiar será en la mayoría de los casos el lugar donde cada individuo retomará su vida por fuera del penal.”*<sup>92</sup>, por lo que debe garantizarse la comunicación oral, escrita y afectiva del recluso con su familia.

Estos planteamientos se comparten íntegramente como quiera que consulta lo dispuesto por el artículo 143 del Régimen Penitenciario y Carcelario, es decir, que el tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las

---

<sup>90</sup> Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, artículos 73-77.

<sup>91</sup> Corte Constitucional T-844 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>92</sup> Corte Constitucional T-274 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

necesidades de particulares de la personalidad de cada individuo, verificándose a través de de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva **y las relaciones de familia.**

Pero, la realidad es diferente, si bien se presentan casos de traslados justificados, en la mayoría de las oportunidades no es así, se utiliza cualquier argumentación de carácter administrativo (principalmente el hacinamiento) para realizar el traslado del interno, sin realizar siquiera un estudio superficial sobre el arraigo del mismo y su familia, con lo cual es condenado es alejado por causas no atribuibles al mismo a sitios lejanos de donde se encuentra arraigado, lo cual viene a constituir un elemento adicional de aflicción para el recluso y su entorno familiar, afectándose en la mayoría de los casos los derechos de menores de edad hijos de los condenados, debiendo recurrirse a acciones de tutela que han prosperado en muchos casos.

Lo anterior por cuanto es de conocimiento público que la gran mayoría de personas privadas de la libertad y sus familias son de bajos ingresos económicos, lo cual dificulta enormemente las visitas a los internos, influyendo de manera negativa en su tratamiento penitenciario, pues además de la falta de afecto y comunicación con su familia, el recluso tiene otro motivo de preocupación al saber que se encuentra lejos de la misma.

En consecuencia, la propuesta es que se tome como regla general que el interno debe purgar su pena en un establecimiento penitenciario y carcelario ubicado en el lugar donde el mismo tiene su arraigo, que su familia con el debido apoyo de profesionales de la entidad estatal respectiva, puede ser partícipe del proceso de resocialización de su ser querido, brindándole el apoyo necesario para ello. Es apenas elemental considerar que cuando una persona tiene dificultades, problemas de cualquier índole, los podrá sortear en una mejor forma cuando tiene el apoyo y acompañamiento de su círculo familiar más próximo.

Se debe considerar que al considerarse el probable traslado de un interno, se haga una verificación de su núcleo familiar, igualmente, escuchar al mismo para que informe sobre las posibles afectaciones derivadas del mismo, debiendo existir concepto de un profesional versado en la materia (sicólogo, trabajador social etc) y luego sí que la Dirección del INPEC resuelva sobre la materialización del traslado.

## BIBLIOGRAFIA

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Oficina en Colombia. Informe centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de los derechos humanos. Bogotá D.C. año 2001.

BECCARIA, Cesare. De los Delitos y de las Penas. Bogotá, 1987, Editorial Temis.

BERNAL ACEVEDO Gloria y CORTES SANCHEZ Edwin Mauricio. Teorías de la pena. Monografías Modulo Penal.

BERNAL SARMIENTO, Camilo Ernesto. MICHEL FOUCAULT Desenmascarando las Tecnologías del Castigo. Bogotá 28 de febrero de 2003.

Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 600 de 2000.

Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004.

Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000

Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993.

COHEN. Stanley. Un Escenario Para el Sistema Carcelario Futuro. En Los Crímenes de la Paz, Siglo Veintiuno Editores. 1981.

Constitución Política de Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia C-261 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-802 de 1996, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 1997,

Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-1404 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, Sentencia C-1490 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional, Sentencia C-647 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sentencia T-596 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón

Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-718 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia T-274 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia T-844 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia T-309 de 2012, M.P., Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, proceso No. 31383, auto de fecha 1º de abril de 2009, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, proceso No. 35767, casación de fecha 6 de junio de 2012, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Tutela No. 61489, sentencia de fecha 10 de julio de 2012, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, proceso No. 33254, casación de fecha 27 de febrero de 2013, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:  
<http://buscon.rae.es/drael/>.

El Espectador.com, editorial día 27 de diciembre de 2012 y 18 de junio de 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón Teoría del galantismo penal. Madrid 2001. Editorial Trotta.

FOUCAULT Michel. Vigilar y Castigar. Siglo Veintiuno Editores. 8 Edición en español, 1983.

[http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/SistemaONU\\_I.pdf](http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/SistemaONU_I.pdf).

<http://pdf.rincondelvago.com/escuelas-y-teorias-penales.html>.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Algunas Bases para la política criminal del Estado Mexicano. Revista mexicana de Justicia, México, Vol. III, No. 2, abril-junio 1985.

ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Formación y Desarrollo de la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Romano. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales. 1987.



Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1990.

PRODI. Paolo, Una Historia de la Justicia, Buenos Aires, Katz Editores, 2008.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en Ginebra 1955.

ROJAS H. Fernando. Criminalidad y Constituyente. Bogotá 1977. Editorial CINEP.

ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Tirant lo Blanch alternativa. 2000

ROXIN, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy, Secretaria de Publicaciones de Sevilla, 1981.

RUSHE, George y KIRCHHEIMER Otto. Pena y Estructura Social. Bogotá D.C. Editorial Temis, 2004.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Penología Partes General y Especial, Santafé de Bogotá D.C., 1ª Edición Universidad Externado de Colombia 1982-1984, Reedición Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Anamnesis del castigo introducción etológica al origen de la pena. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 375-388

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas CIJUS. Análisis de la situación carcelaria en Colombia. Un enfoque cualitativo. Bogotá D.C. Año 2000.

[www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho](http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho).

