

**Función de la sanción penal privativa de la libertad y su cumplimiento en el Estado Social
de Derecho**



**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:
ABOGADO**

Estudiante

Miguel Alejandro Vergara Meneses

Director

Juliana Cristina Gonzalez Barrero

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DERECHO
CAJICÁ**

Resumen

Este trabajo estudia el cumplimiento de la reinserción social como función de la pena privativa de la libertad en el contexto del Estado Social de Derecho colombiano, de conformidad con la función de la pena contemplada en el artículo 4 de la Ley 599 del 2000. En Colombia durante el cumplimiento de la condena se debe garantizar al privado de la libertad más allá de la limitación de sus derechos fundamentales, un proceso de reintegro en la sociedad, que permite de esta manera la consecución de los objetivos planteados al momento de imponer una sanción, es por ello que se indaga la situación actual de la reinserción social en la pena privativa de la libertad.

Para la consecución de ese objetivo se planteó una metodología de revisión documental y de análisis descriptivo donde se consultan las diferentes fuentes del Derecho, Constitución, Ley, Jurisprudencia y Doctrina. La conclusión principal es, que, aunque hay una normativa y jurisprudencia abundante que obliga al Estado a garantizar un proceso de reintegro al privado de la libertad, el estado de cosas inconstitucionales en las prisiones pone de claro la ineficacia y incumplimiento de los fines de la sanción en el Estado Colombiano.

Palabras clave: Estado Social de Derecho, funciones de la pena, reinserción social, pena privativa de la libertad.

Abstract

This work studies the compliance of social reintegration as a function of the custodial sentence in the context of the Colombian Social State of Law, in accordance with the function of the sentence contemplated in article 4 of Law 599 of 2000. In Colombia During the execution of the sentence, the person deprived of liberty must be guaranteed beyond the limitation of their fundamental

rights, a process of reintegration in society, which thus allows the achievement of the objectives set at the time of imposing a sanction according to the law, that is why the current situation of social reintegration is investigated and therefore also its effectiveness in the current state.

To achieve this objective, a methodology of documentary review and descriptive analysis was proposed where the different sources of Law, Constitution, Law, Jurisprudence and Doctrine are consulted. The main conclusion is that, although there is abundant regulations and jurisprudence that oblige the State to guarantee a process of reinstatement of the deprived of liberty, the unconstitutional state of affairs in prisons makes clear the ineffectiveness and non-compliance of the purposes of the sanction in the Colombian State.

Keywords: Social State of Law, functions of the sentence, social reintegration, deprivation of liberty

Tabla de contenido

Introducción	6
1. Sobre la sanción, finalidad de la sanción, pena privativa de la libertad y reinserción social ..9	
1.1. Sobre la sanción	9
1.2. Sobre la finalidad de la sanción penal	12
1.2.1. Teoría Absoluta	12
1.2.2. Teoría Relativa.....	14
1.2.3. Teoría de la Unión	16
1.3. Sobre la pena privativa de la libertad.....	17
1.3.1. Sobre la reinserción social.....	19
2. La pena privativa de la libertad y función en el escenario internacional	21
2.2. La pena privativa de la libertad en el Derecho Anglosajón	23
2.3. La pena privativa de la libertad en el Derecho Continental	27
2.4. La pena privativa de la libertad en el Derecho Latinoamericano	31
Capítulo 3. Soporte normativo y jurisprudencial de la reinserción social en Colombia	40
3.1. Normatividad.....	40
3.2. Jurisprudencia.....	46
4. Políticas públicas en Colombia sobre la reinserción social de personas privadas de la libertad	52
4.1. Dificultades de la política pública sobre la reinserción social.....	52
4.2. Elementos que debería tener la política pública de reinserción social de las personas privadas de la libertad	58

Conclusiones61

Referencias68

Introducción

Este trabajo tiene como propósito el estudio de la reinserción social como una de las funciones de la pena, particularmente su aplicación en la pena privativa de la libertad en el Estado Social de Derecho, de conformidad con el artículo 4 de la ley 599 del 2000 o Código Penal donde taxativamente se señala: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

El sistema penitenciario moderno y la sanción penal privativa de la libertad se funda en la idea de que acompañado de la pena debe incorporarse un proceso de reinserción social como fin, que permita posterior a cumplir la condena integrarse de nuevo a la sociedad con las herramientas necesarias, en otras palabras, la sanción penal privativa de la libertad más allá de un castigo debe ser un tratamiento.

Ahora bien, cifras publicadas por el INPEC (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario), reflejan que para el año 2021, las personas privadas de la libertad en centro de reclusión son los condenados con los porcentajes más altos de reincidencia con un 70%, esto comparado con las personas cobijadas con prisión domiciliaria y medida de vigilancia, evidenciando así una crisis en la persecución del fin último que es la “reinserción social”.

Ante ello surge como un interesante tópico de investigación el estudiar el cumplimiento de la reinserción social como función de la sanción penal de acuerdo con el artículo 4 de la ley 599 del 2000, haciendo énfasis en la pena privativa de la libertad en el Estado social de Derecho Colombiano.

Para la consecución de ese objetivo se plantea una metodología de revisión documental y de análisis descriptivo donde se consultan las diferentes fuentes del Derecho, Constitución, Ley, Jurisprudencia y Doctrina, para ofrecer un horizonte de mirada completo sobre el cometido planteado.

El planteamiento y desarrollo de este proyecto se fundamenta en un interrogante que da sentido y forma al objetivo principal: ¿Cómo se cumple la de reinserción social contemplada en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000, como función de la pena en los centros de reclusión del Estado Social de Derecho colombiano?

La estructura de esta investigación se compone por dos grandes partes: El estado del arte y El marco teórico. El estado del arte se desarrolla por medio de cuatro variables centrales, con la finalidad de tener un espectro completo. La primera, recae sobre el concepto general la sanción, un análisis sobre el concepto y la función que tiene. La segunda variable se enfoca en las principales teorías que buscan la finalidad de la sanción y por lo tanto su validación. La tercera variable indaga sobre la pena privativa de la libertad y la razón para hacerlo es lograr dar un contexto histórico que permita entender principalmente la situación actual, esto con relación al fin que se le da a la pena privativa de la libertad en el Estado Colombiano. Y la cuarta y última estudia el concepto de la resocialización social. Al desarrollar cada variable se estructurará el marco teórico que sirve de base para teorizar un propio criterio.

El marco empírico desarrolla los objetivos específicos, por lo tanto; El primer objetivo específico que se desarrolla en el segundo numeral acude al escenario internacional para en primer momento examinar la figura de la pena privativa de la libertad, haciendo énfasis en los fundamentos punitivos del sistema continental europeo, anglosajón y latino. De esta manera en la primera parte del capítulo se hace una breve diferencia de cada sistema, haciendo énfasis en sus

particularidades y posteriormente en la segunda el estudio de la pena privativa de la libertad en países con aplicación de los sistemas anteriormente mencionados.

El segundo objetivo específico desarrollado en el tercer numeral de este trabajo pretende identificar el soporte normativo y jurisprudencial de la finalidad de la reinserción social en la sanción penal privativa de la libertad en el Estado Social de Derecho Colombiano. De esta manera en la primera parte se hace hincapié en la normativa en la que se pone de manifiesto la necesidad de una resocialización para el privado de la libertad y posteriormente en la segunda parte se acude a la jurisprudencia.

El tercer objetivo específico que se profundiza en el cuarto numeral Estudia qué políticas públicas podrían ser aplicables para la eficaz reinserción social de las personas privadas de la libertad en Colombia, haciendo énfasis en las dificultades del modelo de resocialización actual.

Por último, se plasmarán las conclusiones finales. Así pues, aunque hay una normativa y jurisprudencia abundante que obliga al Estado a garantizar un proceso de reintegro al privado de la libertad, el estado de cosas inconstitucionales en las prisiones pone de claro la ineficacia y incumplimiento de los fines de la sanción en el Estado Colombiano

1. Sobre la sanción, finalidad de la sanción, pena privativa de la libertad y reinserción social

En ese capítulo se describen las principales teorías sobre la sanción penal, las funciones de la pena, la pena privativa de la libertad y la reinserción social.

1.1. Sobre la sanción

Cesare Beccaria (1987) consideraba que la multiplicación de los seres humanos en la antigüedad, hizo que estos se agruparan con la finalidad de resistir otros grupos y en esas uniones en sociedad fijaron unas condiciones en virtud de las cuales sacrificaron parte de su libertad y la suma de cada una de esas partes conforman la soberanía de una nación, siendo el soberano quien las administraba: esas porciones de libertad debían defenderse de los ataques que cada uno de los asociados pudiera realizar.

Es ahí cuando surge lo que él denomina “motivos sensibles” que son las sanciones establecidas para quienes infrinjan las leyes, siendo cada una de las porciones de libertad aportadas por cada individuo, el derecho a castigar a los infractores.

Amado y Peña (2014) afirman:

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-animadversión (p. 18)

Ahora bien, la perspectiva que se tenía de la sanción variaba considerablemente según el contexto cultural en el que se encontrara, como menciona Bascur (2010):

Los filósofos griegos, entendían de una manera diferente la sanción, para estos no era un castigo o una retribución por el daño realizado, sino que, por el contrario, era un castigo que tenía como beneficio o premio la liberación de la injusticia del alma (p. 10).

Para aquella cultura, la noción de sanción era diversa, ya que tanto históricamente se le ha dado significado diferente, dando cabida mayormente a normas negativas y privilegiando la idea del castigo como única forma de sanción. Así se demuestra en el recorrido histórico que realizan Amado y Peña (2014) para quienes la sanción tiene su origen como venganza, ya que la primera respuesta del individuo ante una agresión u ofensa era esta, posteriormente, mencionan la sanción como medio de explotación del trabajo de los reclusos método utilizado durante la edad media y con argumento del poder divino. Así mismo, mencionan los presidios, deportaciones, establecimientos correccionales, prisiones, hasta llegar a la sanción como un medio resocializador:

El trato a los criminales tiene como objetivo la seguridad social, y el fin primordial debe ser la regeneración de la moral, en consecuencia, las prisiones deben velar primordialmente por la reforma del criminal, ya no se trata de infringirle dolor. En definitiva, la resocialización del delincuente se ha constituido como la más socorrida justificación de la pena y es la que predomina en la actualidad (p. 29).

Fernández y Castro (1993) consideran que la previsión y la imposición son componentes cardinales del concepto de sanción jurídica:

La previsión y la imposición de éstas son elementos que forman parte de la estructura funcional del derecho. Caracterizando a las sanciones jurídicas por su especial rigor y su grado de formalización, sanciones socialmente organizadas, cuentan con la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza y disponen de órganos específicos de imposición. (p. 25).

La sanción jurídica, según Kelsen, citado por Botero (2017) constituye “un acto coercitivo —de fuerza actual o potencial— consistente en la privación de algún bien (por ejemplo, la vida, la propiedad, la libertad, el honor, etc.) ejercida por un individuo autorizado al efecto y como consecuencia de una conducta”.

Para explicarlo mejor y como lo hace Botero (2017), “Kelsen consideró, inicialmente, que toda norma jurídica, para ser tal, implica una sanción o castigo a la transgresión; esto es, una prohibición fundada en una amenaza estatal a quien transgreda el imperativo base del legislador” (p. 6).

Además, Charpenel (2018) añade “Kant y Hegel no niegan que los castigos puedan, incidentalmente, provocar la disuasión a cometer tales o cuales acciones, o bien que puedan contribuir, ya en su aplicación concreta, a la corrección o al mejoramiento del carácter” (p. 168).

Por otro lado, Batista (2004) expone: “por sanción se entiende la reacción de aprobación (sanción positiva) o reprobación (sanción negativa) de una autoridad, de un subgrupo o de toda la sociedad hacia una conducta, que puede ser organizada o difusa en el ordenamiento jurídico”. De esta visión se desprende de nuevo la posibilidad de sanciones positivas.

Bobio (1990), haciendo un análisis de las sanciones positivas, reconoce “que en la teoría general del derecho contemporáneo la concepción represiva del derecho es todavía dominante, se considera la fuerza como un medio para obtener el máximo respeto a las normas”. Así, las sanciones positivas se remontan a la antigüedad y al hacer una contraposición entre el derecho romano con el moderno concluía en que el primero solía atribuir una gran importancia a las sanciones positivas, lo que lo diferencia del segundo.

Para Bascur (2010):

La literatura filosófica y sociológica ha utilizado el término sanción en un sentido amplio para incluir no sólo las consecuencias desagradables de la inobservancia de las normas, sino también las consecuencias agradables de la observancia, distinguiéndose en el genus sanción las dos especies de las sanciones positivas y de las sanciones negativas. (p. 15).

1.2. Sobre la finalidad de la sanción penal

En el marco de asignar a la finalidad de la sanción un por qué, han sido varias las teorías que se han desarrollado con la intención de dar una respuesta al interrogante.

1.2.1. Teoría Absoluta

La teoría absoluta o retributiva de la sanción, cuyos exponentes son Hegel, Kant y Binding, expone que la sanción es una consecuencia del incumplimiento de las normas por parte de infractor y por ende su función es que el infractor pague de esta manera por su incumplimiento: “Originariamente la pena fue concebida como retribución. Kant y Hegel ofrecieron una fundamentación de la pena pública que fue la base que permitió la sistematización de la teoría del delito elaborada por Binding” (Kamada, 2004, p. 2).

Para Kamada (2014), Kant hace su exposición respecto a la pena en “Lecciones de Ética, Teoría y Práctica, y en la Metafísica de las Costumbres”. En esa versión del retributivismo:

La pena se justifica en la necesidad de prevenir y disuadir a la ciudadanía de cometer actos (criminales) contrarios a las leyes penales. Pero en el momento de la imposición del castigo, el Estado sólo puede tener en cuenta para su individualización primero, el que se haya cometido un delito, y el segundo el grado de afectación de la libertad exterior que con él se genere, para determinar cuál debe ser la extensión de la pena. (p.4).

En Kant, el objetivo principal de toda organización política es el de garantizar a cada ciudadano su libertad individual, y la pena sólo contribuye a la realización del máximo grado de libertad posible, si con ella se consigue disuadir a las personas de cometer actos criminales.

Dentro de los argumentos que dan sustento a esa tesis, según Tirado (2017), se encuentran que la sanción busca dar al delincuente lo que al se considera debido:

El objetivo del Estado civil es el de garantizar las condiciones materiales bajo las cuales los deberes externos y las leyes de propiedad provenientes del Estado de naturaleza han de realizarse. Esto se logra mediante la expedición de leyes públicas que atribuyen a cada quien lo que es suyo, a la vez que buscan protegerlo de una usurpación por parte de cualquier otro. (p. 96).

Para Duran (2011):

El único fundamento de la pena, para Kant, es la retribución a la culpabilidad del sujeto. La aplicación de la pena es, para él, una necesidad ética, una exigencia de la justicia, un imperativo categórico, por tanto, los posibles efectos preventivos que se pretendan atribuir a la pena son artificiales y ajenos a su esencia. (p. 128).

En esa misma línea Hegel aclara según Duran (2011) “la pena queda justificada como el acatamiento de la ley del delito por parte del delincuente. En tal sentido, no sólo es legítima, sino que constituye para el delincuente su derecho: en su cumplimiento encontraría honrada su dignidad de ser humano”. (p. 142).

Según Biding, citado por Roxin (1992) la pena no es resarcimiento:

Pena y resarcimiento del daño se diferencian con referencia a aquello a cuyo favor es realizada la prestación. La reparación es prestada siempre a quien sufre el daño; la pena,

en cambio, es prestada al Estado, que cumple un deber en infligir una pena y no a favor de un particular. (p. 135).

1.2.2. Teoría Relativa

La teoría relativa asigna un fin diferente a la sanción, aporta Legón (2007): “Es con las teorías relativas, igualmente conocidas como de la prevención, que ya se introduce un nuevo propósito en la punición delictiva, la pena no debe tender a la retribución del hecho acontecido, sino a la prevención de futuros delitos” (p. 139).

Aclara Cote (2007):

Son relativas por cuanto se explica la sanción penal por su efecto hacia el futuro; su fundamento ya no se halla en sí misma mirando hacia el pasado, sino que se encuentra fuera de sí, en los efectos que con ella se pretenden con posterioridad a su aplicación (p. 199).

Con esto, según Kamada (2004), “se pretende encontrar en la pena una función enderezada a reorientar la conducta desviada del delincuente, a efectos de hacerlo reingresar al seno social en condiciones de observancia a la norma antes violada” (p. 9).

Para Meini (2013):

El fin con el cual justifican la pena es la prevención del delito, y dependiendo de a quiénes se dirige se distingue entre prevención especial, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro, y prevención general, si se busca prevenir que terceros no delincan. (p. 148).

Para Meini (2013), Franz von Liszt es el impulsor de la prevención especial, quien la define de la siguiente manera: “la pena es coacción que se dirige contra la voluntad del

delincuente y le proporciona los motivos necesarios para disuadirlo de cometer el delito, a la vez que refuerza los ya existentes” (p. 148).

Ahora, en lo que se refiere la prevención general, es importante clarificar que la doctrina postula tanto la prevención general positiva, como negativa.

Duran (2011) expone “en términos generales puede señalarse que, al igual que la prevención general negativa, la prevención general positiva postula la búsqueda de la prevención del delito, por sobre su mera retribución, pero se diferencian en el fin que le otorgan al castigo penal” (p. 5).

Respecto a la prevención general negativa Meini (2007) menciona:

La necesidad de una coacción psicológica que se anticipara a la comisión del delito, lo que se conseguiría cuando cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho. (p. 151).

En otras palabras, es necesaria la coerción para la población general, que solo se lograra mediante el uso de sanciones que resulten intimidantes, que finalmente resulta siendo la gran crítica a esta teoría.

Según Duran (2011):

En la prevención general positiva la pena tiene por objeto la afirmación y el aseguramiento de las normas básicas, de los valores fundamentales que estas protegen, subrayar su importancia y la seriedad de su protección por el mandato normativo, educar al grupo social para que los acate y los asuma como propio (p. 5).

1.2.3. Teoría de la Unión

Dentro de las diversas manifestaciones de la teoría de la unión, la doctrina se refiere a la “Teoría preventiva de la unión”, cuyo principal exponente, es Claus Roxin. El punto de partida de la teoría preventiva de la unión es reconocer que ni la culpabilidad del sujeto ni la prevención por sí solas son capaces de legitimar la sanción penal, y rechazar que la retribución de la culpabilidad tenga cabida en la legitimación de la pena al no poder explicarse metafísicamente una intervención estatal:

La pena cumple funciones de prevención especial y de prevención general, y queda limitada por la culpabilidad del sujeto, lo que la haría proporcional frente a su responsabilidad. No obstante, es posible reducir la sanción a imponer si existen razones preventivo-especiales que lo ameriten (por ejemplo, cuando, a pesar de la gravedad del delito cometido, sea innecesario un tratamiento penitenciario prolongado al mostrar el sujeto cierto grado de socialización. (Meini, 2017, p. 155).

Sin embargo, se cuestionan las teorías antes mencionadas y su capacidad para dar un fin a la pena, Ferrajoli (1995), como principal crítico expone:

Es de tal modo que ellos hablan, a propósito de las tesis sobre los fines de la pena, de teorías absolutas o relativas, de teorías retributivas o utilitarias, de teorías de la prevención general o de la prevención especial o similares, sugiriendo la idea que la pena posee un efecto (antes que un fin) retributivo o reparador, o que ella previene (antes de que deba prevenir) los delitos, o que reeduca (antes que debe reeducar) a los condenados, o que disuade (antes que deba disuadir) a la generalidad de los ciudadanos de cometer delitos. (Ferrajoli, 1995, p. 21).

De este modo, reconoce Ferrajoli que la finalidad de la pena “admite respuestas de carácter ético-político expresadas bajo la forma de proposiciones normativas las que, sin ser verdaderas ni falsas, son aceptables o inaceptables en cuanto axiológicamente válidas o inválidas”. (Ferrajoli, 1995).

1.3. Sobre la pena privativa de la libertad

Es importante reconocer el papel central que juega la pena privativa de la libertad en el desarrollo de la investigación, esto debido a que es necesario entender desde un punto de vista histórico y doctrinario la razón de su creación y por ende el fin que se buscaba con la aplicación de este tipo de pena.

Horvitz (2018) indica que:

El encarcelamiento como sanción penal es un fenómeno histórico relativamente reciente, pero el encierro por orden de autoridad tiene un pasado milenario. Desde la baja edad media hasta la era moderna operó fundamentalmente como mecanismo de aseguramiento personal, de detención o custodia preventiva. (p. 3).

Es solo hasta finales del siglo XVI y inicios del XVII “de la mano con las penas de galeras y de deportación a las colonias de ultramar, la cárcel comienza a adquirir relevancia – aunque todavía no como pena” (Horvitz, 2018, p. 4).

Sobre este particular Amado y Peña (2014), resaltan que:

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. (p. 27).

Para Enríquez (2012), “su función primordial al igual que el resto de las penas es el castigo y que apareció en su momento para humanizar y, poco a poco, dejar de lado las crueles prácticas que se venían realizando” (p. 11).

A lo que agregan Amado y Peña (2014):

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. (p. 27).

Así pues, destaca Bernal (2003):

El nacimiento de la prisión como institución responde a un proceso enfocado a disciplinar a los reclusos, comprende el espacio, el tiempo y el trabajo como mecanismos de normalización de los individuos. 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. (p. 11).

Con el fin de hacer más evidente la coherencia en el plano legal, desde finales del siglo XVIII y a lo largo del XIX los legisladores europeos y latinoamericanos promulgaron códigos civiles, penales, comerciales y procesales. Un importante concepto adoptado en esta fase menciona Enríquez (2012) fue el: “régimen penitenciario entendido como técnica orientada hacia la corrección del penado teniendo como base, el modelo médico que se extendía en la cura de enfermedades y específicamente en el área de los trastornos mentales” (p. 6).

Este autor explica que “el positivismo vendría a transformar las concepciones del hombre, de la sociedad y del mundo en general, percibiéndose dentro del ámbito carcelario

notables modificaciones: el Estado se reafirma como único rector de la ejecución de penas” (Enríquez, 2012, p. 7).

Para Racca (2014) “Con la finalidad encubierta de legitimar el poder punitivo estatal, y el norte aparente de mejorar o ayudar a la superación de los individuos desviados, el mito de la resocialización como finalidad de la prisionización llega entre mediados y fines del siglo XIX a las sociedades modernas, con la promesa de abolir la reincidencia, disminuir el delito y por ende, reestablecer el orden social” (p. 7).

Llegando al siglo XX y como aporta Horvitz (2018):

La expansión del discurso de los derechos humanos después de la segunda guerra mundial y los límites impuestos, a través de instrumentos internacionales, en el trato a las personas privadas de libertad fue contribuyendo a mejorar la situación jurídica y fáctica de los reclusos. (p. 910).

Ejemplo de esto son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, dado a conocer en el “Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente” celebrado en Ginebra en 1955. En ellas se sientan las bases para el modelo penitenciario del siglo XX y siglo XXI, ya que contienen principios que son considerados mínimos para la ONU en el tratamiento penitenciario y son razón para que sigan vigentes en la actualidad.

1.3.1. Sobre la reinserción social

Dentro de las teorías que se proponen encontrar un fin a la sanción, se destaca en especial la teoría relativa en la que se considera la reinserción social como el objetivo principal que debe perseguir la pena privativa de la libertad. (Racca, 2014).

La razón principal para encontrar relevancia en sus postulados radica en su contraposición a la visión talionica de la teoría absoluta o retributiva, ya que ubica a la corrección como pilar del tratamiento penitenciario, pasando de la retribución obtenida por el delito cometido a la función de prevenirlos para beneficio de la sociedad y del delincuente. Este beneficio del delincuente fue perseguido, precisamente, por la prevención especial en Cabeza de Franz von Liszt donde se intentó neutralizar y corregirlo (Racca, 2014).

De acuerdo con Meini (2013), a partir de la 25ª edición del Lehrbuch de Franz von Liszt, publicada ocho años después de su muerte, es que se utiliza por primera vez el vocablo resocialización:

Si bien fue producto de la influencia del positivismo naturalista (encabezado en Alemania por Franz von Liszt), no fue acuñada por este sino por su discípulo Schmidt quien, por estar al tanto de las nuevas teorías, decidió modificar algunos aspectos del Tratado de Derecho Penal de su maestro. (p. 9)

2. La pena privativa de la libertad y función en el escenario internacional

El criterio divisorio tradicional consiste en distinguir dos grandes familias jurídicas, por un lado, el sistema del *common law*, y por el otro, el sistema del *civil law*. Estos están asociados con el desarrollo de la cultura occidental y tienen una serie de características diferenciales en el ámbito general del derecho, así como un conjunto de especificidades respecto a la concepción del *ius puniendi* y de los fines de las sanciones, entre ellas, la pena privativa de la libertad (García y Serrano, 2008).

Antes de profundizar en esto último, se precisa destinar un par de líneas para señalar las generalidades de esas dos tradiciones jurídicas.

En primer lugar, geográficamente el *common law* está asentado en países como Inglaterra, Irlanda, Gales, Escocia, Estados Unidos, Canadá, Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda, es decir, territorios de influjo anglosajón que en algún momento pertenecieron al imperio británico. Por su parte, el *civil law* sería propio de la Europa continental, verbigracia, Francia, Alemania, Italia, e Iberoamérica en general (Gascón, 2011).

En segundo lugar, el *common law* tiene un carácter más adversarial y acusatorio donde las partes ganan importancia en detrimento del juez, mientras que el *civil law* se acercaría más a un modelo inquisitorio donde los representantes del Estado conducen todo el ejercicio de la acción judicial (Jimeno, 2013).

En tercer lugar, en el *common law* el juez goza de amplia margen de decisión pues se basa en el precedente judicial fijado por sus homólogos y no por una norma escrita propiamente,

mientras que en el *civil law* el togado está subordinado a lo que señale la ley codificada y su papel se limita al de aplicación de la norma, con poco margen a la interpretación (Gascón, 2011).

En cuarto lugar, y ligado a lo anterior, en el *common law* la codificación del derecho no ha sido una preocupación pues el principal referente para tomar una determinación, en el marco de un proceso, es la jurisprudencia fijada por los jueces en sustratos fácticos y jurídicos similares, mientras que en el *civil law*, el afán por lo escritural y la positivización del derecho ha llevado a que la ley escrita sea la fuente de toda razón para los operadores judiciales (Gascón, 2011).

A pesar de estas distinciones, es menester reiterar lo dicho por Jimeno (2013) en el sentido de que esa división es más artificial y con fines históricos - jurídicos que propiamente real, pues las diferencias entre uno y otro en el mundo empírico no suelen estar delimitadas y más bien se yuxtaponen y entremezclan dependiendo de los diferentes sistemas judiciales de cada país. Así es posible afirmar que ningún Estado aplica de manera pura una de estas dos tradiciones, sino que más bien toman elementos de cada cual y los ajustan a las necesidades jurídicas de sus respectivas circunscripciones territoriales:

Hoy día puede afirmarse que no existe un proceso penal puro en estos momentos en el mundo, en la medida en que todos los diversos sistemas procesales penales son producto de la interrelación y combinación de las diferentes tradiciones legales, como resultado de la dinámica del Derecho Comparado. (Jimeno, 2013, p. 206).

En armonía con esta precisión, desde el punto de vista teórico resulta mandatorio analizar las principales características o puntos ínsitos a cada familia jurídica respecto a la pena privativa de la libertad, y a su vez, citar ejemplos en países concretos donde se ha aplicado dicha visión,

haciendo la claridad de que habrá puntos en común, mixturas y convergencias entre el *common law* y el *civil law*.

2.2. La pena privativa de la libertad en el Derecho Anglosajón

El derecho anglosajón o *common law*, es una de las tradiciones jurídicas más antiguas y tiene como máximos representantes al Reino Unido y a los Estados Unidos de Norteamérica. Esta tradición surgió en Inglaterra en el siglo XII cuando la justicia real originada en la Corte comenzó a dar paso a la creación de tratados y suscripción de normas basadas en las costumbres inglesas. Así, se considera como el referente fundacional del *common law* al tratado de *Glenvil* aprobado durante el reinado de Enrique II entre 1154 y 1189 (Jimeno, 2013).

Desde el punto de vista del derecho penal, el *common law* se basa en el principio acusatorio según el cual un proceso es una confrontación entre partes que de manera adversa buscan demostrar su dicho, y donde el juez debe fallar de acuerdo con los precedentes judiciales fijados por sus homólogos (García, 2008).

Este proceso se basa en reglas no escritas dada la reticencia a la adopción de códigos o normas positivas, y en su lugar se ampara en la jurisprudencia creada a partir de componentes fácticos y jurídicos similares. Si bien existen marcadas diferencias entre los deferentes países que aplican el *common law*, de manera genérica se puede decir que el procedimiento se divide en dos fases: la primera, de persecución o indagación preliminar, llamada *prosecution*, o *preliminary inquiry*, que está en cabeza de la policía, la cual, de encontrar elementos razonables para someter a juicio a una persona, lo solicita ante el juez formulando la imputación; la segunda, de acusación en juicio o *arraignment*, se produce cuando el juez avala el inicio del proceso basado en lo aportado por la policía, y sobre lo cual deberá producir el fallo (García, 2008).

En el caso de Inglaterra, por ejemplo, al termino del *arraignment*, el juez debe decidir la sanción a aplicar, la cual puede ser la privativa de la libertad o penas alternativas como la *probation*, los servicios comunitarios, la multa y la compensación (Salinero, Morales, y Castro, 2017).

Ante la comisión de un hecho punible, la pena de cárcel ha sido el punto de partida, sin embargo, con el paso de los años se buscaron formas alternativas de sancionar a los responsables bajo un fin no solo retributivo, en cuanto responder al injusto ocasionado a la victima, sino también para lograr un efecto disuasorio de prevención del crimen y la resocialización del infractor (Salinero, Morales, y Castro, 2017).

Así la *probation* fue regulada mediante la *Probation of Offenders Act* de 1907, que posibilitaba la suspensión de la sentencia del juez, y la multa fue incluida dentro de la *Criminal Justice Administration Act* de 1914 que habilita el pago de sumas de dinero por parte del autor de la conducta reprochable para evitar la pena de prisión (Cavadino, Dignan, y Mair, 2013).

Bajo la *Criminal Justice Act* de 1967, la pena de prisión procedía respecto a los delitos con horizonte temporal de más de dos años, mientras que la suspensión de la sentencia y la multa eran procedentes cuando la conducta antijurídica ameritaba una pena inferior. La suspensión implicaba asumir que el infractor estaría en un periodo de prueba entre uno y tres años con la condición de no cometer un nuevo acto delictivo, pues de hacerlo, automáticamente se le aplicaría la pena suspendida y se le juzgaría en proceso aparte por el nuevo crimen (Cavadino, Dignan, y Mair, 2013).

Esta aplicación del derecho penal del *common law* se mantuvo hasta los años ochenta, donde la prisión era la pena principal y en casos concretos procedían penas alternativas. En el

año 1988 dio a luz al libro verde de “castigo, custodia y comunidad”, el cual sería la base de la *Criminal Justice Act* de 1991, la cual consideraba que la pena privativa de la libertad debía reservarse a los crímenes más graves, y con ello, en los demás casos, las sanciones debían ser proporcionales al delito cometido:

La legislación estableció una fórmula a través de la cual se compelió a los tribunales a focalizarse en la gravedad del delito y sólo en caso de que el delito mismo o uno asociado fuera de tal seriedad que sólo una sentencia de prisión pudiera justificarse, sólo en ese caso podían los tribunales condenar al infractor a una pena de cárcel. (Salinero, Morales, y Castro, 2017, p. 819).

En 1993 con la *Criminal Justice Act* de esa fecha, se dio un giro punitivo y se volvió a considerar que la pena privativa de la libertad debía prevalecer sobre otras alternativas, pues era la única forma efectiva de acabar con la criminalidad y disuadir las futuras conductas antijurídicas. Esto obedeció a toda una tendencia creciente en Gran Bretaña y Estados Unidos de concebir que la prisión sí era una institución funcional, mientras que el control de la población carcelaria no debería ser una preocupación del sistema penal (Salinero, Morales, y Castro, 2017).

Esta visión se mantuvo durante 10 años cuando en el 2003 entró en vigor la nueva *Criminal Justice Act*, la cual retomó el principio de que la prisión debía estar reservada a los crímenes más graves, quedando consignado en las secciones 152 y 153 de que los jueces no pueden sentenciar a una persona a pena de cárcel salvo que la conducta sea tan gravosa que otras alternativas no sean proporcionales a la lesividad del daño antijurídico (Cavadino, Dignan, y Mair, 2013).

En esa nueva disposición también se condensaron los principios que deben seguir las sanciones o *purpose of sentencing*, es decir, la reducción del delito, la rehabilitación, la protección de la sociedad, la reparación de la víctima y el castigo merecido:

Cualquier tribunal que trate con un delincuente con respecto a su delito debe tener en cuenta los siguientes propósitos de la sentencia: (a) el castigo de los delincuentes, (b) la reducción del delito (incluida su reducción por disuasión), (c) la reforma y rehabilitación de los infractores, (d) la protección del público, y (e) la reparación por parte de los infractores a las personas afectadas por sus delitos. (The UK, 2003, part 12, chapter 1, 142, p. 109).

La *Criminal Justice Act* de 2003, vigente en la actualidad, estableció los tipos de sentencias que puede proferir un juez: la pena de cárcel, la liberación sin cargos, la pena financiera y las sanciones comunitarias. Esto obedece a un intento de mantener la utilización de la prisión, pero limitarla a casos particulares de forma que se evite el encarcelamiento cuando las circunstancias punibles no lo ameritan, y optar por una función de prevención general y especial de la sanción más que de mera retribución (Troncoso, 2012).

Bajo esa disposición, los delitos u *offences* se clasificaron en tres: los graves, que solo pueden ser juzgados por la *Crown Court* o Corte de la Corona y con presencia de jurado; los menos graves, que pueden ser juzgados por los *Magistrate's Court* o corte de los magistrados; los delitos leves, que también pueden ser juzgados por los *Magistrate's Court* (Velandia, 2005).

Cuando se está en presencia de un delito grave la pena privativa de la libertad puede ser una *mandatory life sentence*, la cual va desde los doce hasta los treinta años, o una *discretionary life sentence* o cadena perpetua la cual se reserva a los casos de homicidio, violación o robo. Para los delitos menos graves y leves, la pena privativa no necesariamente es en establecimiento carcelario, pues el sistema penal contempla la *curfew requirement* y la *exclusion requirement*,

donde la primera posibilita quedarse en un lugar designado por el juez o tribunal por un periodo de seis meses, y la segunda puede ser extensiva hasta los dos años (Alcántara, s.f.).

De todo lo anterior se puede concluir que el *common law*, a través de su sistema penal, contempla la pena privativa de la libertad y otras sanciones alternativas, la primera de las cuales se aplica dependiendo la gravedad de la conducta punible y bajo los principios generales que subyacen al sistema, según las disposiciones vigentes.

2.3. La pena privativa de la libertad en el Derecho Continental

El derecho continental o *civil law*, es considerado la tradición jurídica *per se* de los países europeos, cuyas raíces se encuentran en el derecho romano – germánico, y posteriormente en el influjo del derecho napoleónico francés (Ríos, 2013).

Una de sus principales características, y que lo diferencia en principio del *common law* es su preocupación por la norma escrita y la codificación del derecho. Esta tendencia se generalizó a partir del movimiento de la Ilustración y de la filosofía moderna, donde la importancia de lo medible y cuantificable, en detrimento de la especulación abstracta, irradió todos los niveles de la sociedad, incluyendo el sistema jurídico (Ríos, 2013).

Así, a partir del Código de Napoleón de 1804, el *civil law* fija a la ley como principal autoridad en la resolución de una controversia, lo que en el ámbito penal tomo vida con el famoso principio de legalidad:

Fue Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach quien enuncia este principio en 1801 con una formulación latina: *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley) *nulla poena sine crimene* (no hay pena sin crimen) *nullum crimen sine poena legalis* (a todo hecho criminal le corresponde una pena legal) (Ramírez, 2005, p. 41).

En el derecho continental el juez basa su actuación en lo ordenado por la ley vigente, por lo que lo codificado reviste el calificativo de suprema fuente de toda autoridad, mientras que el precedente judicial y la jurisprudencia, a diferencia del *common law*, no son vinculantes, solo se consultan de manera auxiliar y siempre en subordinación a la norma positiva: “El derecho está codificado; todos sus principios esenciales se formulan en códigos abstractamente redactados; la actividad del jurista consiste en la aplicación de leyes; el desarrollo del derecho tiene lugar, sobre todo, en las reformas legislativas y en su preparación” (Coing, 1961, pp. 51-52).

En el *civil law* el juez aplica la norma creada por el legislador bajo un razonamiento deductivo donde ajusta ese instrumento de conformidad con el sustrato fáctico de la controversia. En el ámbito penal, el principio prevalente es el inquisitivo, cuyos orígenes se remontan al derecho canónico, y cuya principal característica es que el juez tiene la potestad para iniciar la investigación criminal sin que medie acusación. Aquí el togado adquiriría el protagonismo del proceso y adelantaba el ejercicio de la potestad punitiva del Estado de manera discrecional, lo cual divergía de lo practicado en el *common law* (Coing, 1961).

Este derecho penal basado en la norma escrita y con características inquisitivas del juez, se materializó en aristas como la “prueba o tarifa legal” en virtud del cual las partes solo podían demostrar un hecho recurriendo a los medios de convicción expresamente señalados por la norma y no había libertad de allegar un medio suasorio diferente, y en la decisión judicial escrita, donde el togado fallaba de acuerdo con las pruebas y las normas imperativas que secundaban su ejercicio (Imeno, 2011),

Para Imeno (2011), a partir de la expedición del “Código de Instrucción Criminal Francés”, la tendencia inquisitiva adoptó algunos elementos del *common law*, como por ejemplo la relevancia del precedente judicial para llenar los vacíos de la norma, y se extendió de manera

unánime por la mayoría de los países de la Europa occidental. Desde ese entonces, cada Estado ha realizado modificaciones de conformidad con su propio desarrollo interno, especialmente en lo referido a las clases de sanciones y a la finalidad de la pena.

Así, por ejemplo, en España la pena privativa de la libertad contempla la reclusión en establecimiento carcelario, la localización permanente, y la responsabilidad por impago de multa. Cuando se refiere a lo primero, la pena de prisión superior a cinco años se aplica cuando el crimen del sujeto es de gravedad, y será inferior a ese tiempo cuando la conducta delictiva sea menos lesiva. La localización permanente comporta la obligación de que el penado permanezca en un mismo lugar o domicilio, según lo fijado por el togado en la providencia, y puede tener un horizonte temporal entre los tres y los seis meses. Finalmente, “la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa” (p. 27) se aplica cuando una persona es renuente a honrar una obligación dineraria fijada por un juez, y corresponderá a un día de prisión o de localización permanente por cada dos días de multa que no haya pagado (Alcántara, s.f.).

En el caso de Italia, la legislación penal contempla tres clases de sanción: la *légastolo* o cadena perpetua, la reclusión y el arresto. Los dos primeros son la pena principal que se puede imponer a una persona cuando comete un delito, mientras que el tercero se reserva a las contravenciones o faltas leves. La *légastolo* comporta estar en un establecimiento carcelario de por vida, con trabajos forzados y asilamiento nocturno, mientras que la reclusión implica prisión, pero oscila entre dos y treinta años, y el arresto va desde los cinco días hasta los tres años (Alcántara, s.f.).

En Francia la pena privativa de la libertad puede ser la reclusión criminal, o la prisión, estando la primera entre los diez años y la cadena perpetua, y la segunda entre un par de meses y los diez años, no pudiéndose sobrepasar ese límite. La primera aplica para los crímenes graves y

la segunda se reserva a los delitos leves. Cuando la gravedad de la conducta delictiva sea mínima de tal tenor que la dosificación de la pena sea inferior a un año, el condenado podrá ser acreedor de una sanción de semi-libertad donde unos días permanecerá intramural y otros podrá pernoctar en su morada habitual. Cuando se considere que la conducta es en extremo gravosa, la reclusión criminal estará en promedio entre los quince y los treinta años, siendo el límite inferior los diez años, y el máximo la cadena perpetua (Tamarit, 2007).

En el caso de Alemania, las penas privativas pueden ser la cadena perpetua, la pena de prisión, la responsabilidad por impago de multa, y la sujeción a vigilancia de autoridad. La cadena perpetua se reserva a los crímenes más graves, la prisión a los menos graves, y va desde un mes hasta quince años en establecimiento carcelario; el impago de multa corresponde a un día de prisión por cada día de no honrar una obligación dineraria declarada por un juez; la sujeción de vigilancia comporta la restricción a que una persona pueda dejar su domicilio o lugar designado por un togado, y va entre los dos hasta los cinco años (Tamarit, 2007).

Si se compara la ejecución de las penas privativas de la libertad entre esos países, se encuentra que en España el 34.7% de la población carcelaria esta cumpliendo una pena inferior a tres años, el 57.8% una pena entre los tres y los diez años, y un remanente de 7.6% de más de diez años (véase Tabla 1).

En Francia, el 50.6% de los reclusos están pagando una condena inferior de tres años, el 26.2% entre los tres y los diez años, y un 23.3% superior a la década. En Alemania, el 61.8% de los penados cumplen una condena inferior a tres años, el 33.6% entre los tres y los diez años, y un 4.6% de más de diez años (véase Tabla 1).

En el caso del Reino Unido, Estado del *common law*, como se retrató en el acápite anterior, la pena privativa de la libertad inferior a tres años recae sobre 34.4% de su población

carcelaria, mientras que 48.7% purga sanciones entre los tres y los diez años, y un 17.1% restante estarán en prisión por más de dos lustros (véase Tabla 1).

Tabla 1

Distribución de la población reclusa según la pena privativa de la libertad (%)

	Penas hasta 3 años	Entre 3 y 10 años	Más de 10 años
Alemania	61'8	33'6	4'6
España	34'7	57'8	7'6
Finlandia	71'1	22'0	4'4
Francia	50'6	26'2	23'9
RU (Inglat/Gales)	34'4	48'7	17'1

Nota: tomado de Tamarit (2007, p. 25).

Cómo se ve, aunque esos Estados pertenecen a la misma tradición jurídica, la aplicación de las sanciones dentro de su potestad punitiva soberana varía sensiblemente, lo que genera que el derecho penal cambie en función de las necesidades jurídicas de cada país.

Bajo esa perspectiva, Salinero, Morales y Castro (2017), abogan por evitar las generalizaciones y estudiar las particularidades del derecho interno de cada Estado, pues si bien es posible encontrar raíces comunes, la combinación de diferentes visiones, deontología y teorías hace que el sistema penal, y la sanción de privación de la libertad, obedezca a requerimientos colindantes al desarrollo social y cultural, y no a marcos históricos abstractos como el “common law” o el “civil law”.

2.4. La pena privativa de la libertad en el Derecho Latinoamericano

Por el influjo histórico directo de España y Portugal sobre Latinoamérica, estos territorios desarrollaron sistemas jurídicos bajo la tradición del *civil law*, *empero*, con el intercambio social

y cultural entre diversos Estados durante décadas, diversos países de esta parte del orbe han adoptado principios y reglas derivadas del derecho anglosajón o *common law* (Langer, 2005).

De allí que el derecho penal en Latinoamérica sea catalogado como un sistema mixto que incardina elementos de esas dos familias jurídicas tradicionales, les agrega tesis propias de su cultura y los aplica dependiendo las exigencias sociales y técnicas en un momento determinado (Langer, 2005).

Para Gascón (2011), es posible encontrar tres grandes factores que han condicionado la implementación de sistemas penales con características inquisitivas propias del derecho continental, y otras acusatorias y adversariales provenientes del derecho insular anglosajón.

En primer lugar, la internacionalización del derecho como consecuencia directa del fin de la Segunda Guerra Mundial, donde los países han tendido hacia la adopción de procedimientos más adversariales - contradictorios, y menos inquisitivos, donde las partes tienen mayor protagonismo y se limita la influencia de los jueces o tribunales, por lo que el proceso penal se asocia a una contención entre sujetos con pretensiones opuestas que deben convencer al togado sobre la verdad de sus pretensiones (Gascón, 2011).

En segundo lugar, la tendencia hacia la oralidad en detrimento de los procesos escriturales, lo que ha llevado a que países como Chile, Perú y Colombia, en los años 2000, y 2004, respectivamente, hayan implementado juicios públicos y orales, reduciendo al máximo las fases escritas en el *ius puniendi*. A su vez, se ha reducido las tareas de la Fiscalía con el ánimo de dotar de igualdad de armas al acusado y al ente acusador, de manera que las actuaciones del primero sean públicas y puedan ser controvertidas por el presunto perpetrador de una conducta antijurídica. Esto se ha visto ejemplificado con la eliminación de la figura de instrucción judicial

y su remplazo por una fase de investigación preliminar dirigida por la Vista Fiscal (Gascón, 2011).

En tercer lugar, una constitucionalización del derecho y de respeto a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo cual ha generado que los diferentes Estados-Parte hayan modificado sus ordenamientos internos para ajustarlos a los estándares internacionales, especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1968. En ese sentido, el derecho penal ha de obedecer no solo a los estándares fijados por el legislador en cada circunscripción territorial, sino por las reglas y principios con fuerza vinculante y de obligatorio cumplimiento taxativos en ese instrumento internacional (Gascón, 2011).

Según Langer (2008), desde el último lustro del siglo XX y comienzos del siglo XXI, la mayoría de países latinoamericanos ha reformado su legislación penal para expedir códigos procedimentales con propiedades adversariales ínsitas al derecho anglosajón, tanto de Reino Unido como de Estados Unidos de Norteamérica, esto es, que la tradición inquisitiva continental ha sido mezclada con elementos del derecho insular.

Tales han sido los casos de Costa Rica en 1996, El Salvador en 1997, Paraguay y Venezuela en 1998, Bolivia y Honduras en 1999, Chile en 2000, Nicaragua en 2001, República Dominicana en 2002, Perú en 2004 y Colombia en 2004, México en algunos estados en 2006, entre otros (véase Tabla 2).

Tabla 2

Adopción de códigos procesales penales acusatorios en América Latina

País	¿Introducción de un nuevo código acusatorio en los últimos quince años?	Año de adopción del nuevo código acusatorio
Argentina	Sí en el sistema federal y también en algunas provincias	Sistema federal (1991); provincia de Córdoba (1992); provincia de Buenos Aires (1997); y otras provincias
Bolivia	Sí	1999
Brasil	No	
Chile	Sí	2000
Colombia	Sí	2004
Costa Rica	Sí	1996
Cuba	No	
República Dominicana	Sí	2002
Ecuador	Sí	2000
El Salvador	Sí	1997
Guatemala	Sí	1992
Honduras	Sí	1999
México	No en el sistema federal, pero sí en algunas estados	Oaxaca (2006); Chihuahua (2006)
Nicaragua	Sí	2001
Panamá	No	
Paraguay	Sí	1998
Perú	Sí	2004
Uruguay	No	
Venezuela	Sí	1998

Nota: tomado de Langer (2008, p. 17).

Para ese autor, las razones son tres principalmente: la primera es la transición democrática que experimentaron esos países después de periodos de dictaduras militares o de estados de excepción donde se limitaron los derechos de los ciudadanos y refulgía de intereses para el establecimiento el funcionamiento de un derecho penal inquisitivo; la segunda, es el cuestionamiento al funcionamiento del *ius puniendi* vigente donde las tasas de criminalidad alcanzaban las más altas del mundo¹, por lo que se percibía como necesario una modificación en el derecho penal: “Esta preocupación por el delito colocó a la eficiencia del sistema de justicia penal en la agenda de muchos gobiernos latinoamericanos y abrió ventanas para políticas

¹ Por solo colocar un ejemplo “en 1985, con 28 millones de habitantes, Colombia tuvo más homicidios que toda Europa Occidental, donde vivían 338 millones de personas” (Santos, 2018, p. 127).

públicas para reformadores proponiendo la adopción de códigos acusatorios” (Langer, 2008, p. 19).

La tercera razón, fue el papel cada vez mas protagónico del Sistema Interamericano, que bien a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o bien por intermedio de la Corte IDH, instaban a los Estados-Parte a cumplir con la agenda de derechos suscrita en el Pacto de San José (Langer, 2008).

Sobre este último elemento, cabe decir que en marzo del año 2008 fue aprobada la Resolución 1/08 en su el 131º período ordinario de sesiones de la CIDH, la cual contenía los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”. Ese documento consignaba un catálogo de prerrogativas que debían ser cumplidas por los Estados-Parte respecto a la población carcelaria.

En específico el principio III consagró la libertad personal como un derecho del que gozan todas las personas a no ser privadas de la libertad de manera ilegal o arbitraria. Además, en caso de procedencia de la privación, esta no podría realizarse de manera secreta o clandestina, sino que debía ser en centros de reclusión oficiales, durante el tiempo necesario y proporcional a la falta cometida (CIDH, 2008).

En el numeral dos de ese principio se estableció el principio de “excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad” (p. 6), en el entendido de que en todos los procedimientos judiciales y administrativos es imperativo salvaguardar la libertad personal y solo como excepción se le privará a una persona de ese derecho, y nunca vulnerando otras prerrogativas inherentes al ser humano, como la dignidad y la integridad física y psicológica (CIDH, 2008).

Esto es particularmente relevante en el marco de un proceso penal donde el juez solo deberá proferir sentencia condenatoria con pena de prisión cuando los medios de prueba generen

una inferencia razonable entre el hecho punible, su gravedad y la responsabilidad del procesado, siempre respetando los principios de legalidad, inocencia, absoluta necesidad y proporcionalidad (CIDH, 2008).

A pesar de esa cada vez creciente preocupación por los derechos de los acusados en un proceso penal y por la excepcionalidad de la sanción de privación de la libertad en establecimiento carcelario, para Oliviera (s.f.), el derecho penal en Latinoamérica se ha demostrado insuficiente para atacar la criminalidad mediante la implementación de estrategias institucionales de prevención general, rehabilitación y resocialización de los condenados.

Según ese autor, se ha convertido a la pena de prisión en la panacea de los problemas sociales, pero sin que se busque la reincorporación social del penado, pues su fin es únicamente apartarlo de la sociedad y compensar el efecto censura irrogado en la víctima. De esa manera, las cárceles se convirtieron en lugares de violación masiva de derechos humanos donde las personas que ingresan no solo son limitadas en su libertad sino en todas las demás prerrogativas esenciales, deviniendo esos lugares en verdaderos claustros de oprobio y de deshumanización:

En los centros penitenciarios, a los cuales se suman en algunos países las comisarías policiales (calabozos del olvido, pletóricos e insalubres travestidos de prisiones), el horror se quita el velo y desnuda la banalización del oprobio. En ellos, hombres y mujeres se brutalizan, se degradan y, como advierte Von Liszt, ingresan definitivamente a las huestes del crimen. (Oliviera, s.f., p. 107).

Con la pena de prisión viene el hacinamiento en tanto problemática presente en la mayoría de los países latinoamericanos cuyos efectos son de múltiple talante sobre la estructura social pero que tiene su rostro en el sufrimiento de miles de personas privadas de la libertad en condiciones de indignidad y abandono del Estado. Esto se evidencia en las

deficiencias de la infraestructura carcelaria y en el tratamiento deshumanizante que sufre la población reclusa donde se les coarta, por acción o por omisión, sendos derechos fundamentales que en teoría no deberían ser conculcados de ninguna forma (Arenas y Cerezo, 2016).

Esto hace que en Latinoamérica, la finalidad de resocialización que se supone debe perseguir la privación de la libertad de una persona, está lejos de alcanzarse, y por el contrario, las condiciones materiales en que se aplica la sanción de reclusión hacen que el crimen se perpetúe y acreciente, convirtiendo a los establecimientos carcelarios en una especie de escuelas de delincuencia donde las personas que ingresan tiene una posibilidad mínima de reincorporarse efectivamente a la sociedad (Arenas y Cerezo, 2016).

En el caso de Colombia, un informe estadístico del año 2019 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), indicó que para corte del año 2018 la población total de privados de la libertad, en las modalidades de intramural, domiciliaria y vigilancia electrónica, era de 184.371 personas, lo que representa un aumento progresivo del número de presos en las instituciones de reclusión del país ya que en el año inmediatamente anterior fue de 178.397, mientras que en la anualidad 2013 fue de 151.368.

Esos establecimientos de reclusión estaban organizados en seis regiones, Central, Occidente, Noroeste, Norte, Oriente, Viejo Caldas, donde la primera era de mayor tamaño por incluir departamentos con mayor población. De esas seis regionales, las seis presentaban índices de sobrepoblación de un 48% lo que implicaba que había un excedente de más 38.542 personas con respecto a la capacidad ideal de dichos establecimientos (INPEC, 2019).

Según ese informe estadístico, el hacinamiento ha incrementado dramáticamente desde el punto de vista porcentual pues para el año 1991 la sobrepoblación era de 3.1%, pasando a 41.8% en 1997, y manteniéndose esa cifra oscilante hasta alcanzar el 52.9% en el año 2014. Esto ha

ubicado al país en la quinta posición respecto a las naciones suramericanas con mayor índice de hacinamiento (INPEC, 2019).

Para la CIDH (2011), la finalidad de las penas en el Sistema Interamericano, debe ser la reforma y reinserción social de las personas condenadas, pues la privación de la libertad no es un fin en sí mismo sino un medio para el logro de construcción democrática y en derecho de las sociedades latinoamericanas.

Si bien la mayoría de los Estados-Parte han incluido dentro de sus constituciones la finalidad de readaptación social de los privados de la libertad y han superado la tesis de mero castigo o retribución, la implementación de esa deontología aún sigue siendo un problema que aqueja a la institucionalidad en su conjunto y conmina a reflexionar sobre la naturaleza del derecho penal en esos países (CIDH, 2011).

En efecto las Cartas Políticas de Uruguay (artículo 26), Paraguay (artículo 20), Panamá (artículo 28), Venezuela (artículo 272), México (artículo 18), Bolivia (artículo 74), Ecuador (artículo 201), Nicaragua (artículo 19), se ajustan a lo fijado por los estándares de la Convención, pero la realidad empírica revela la presencia de deficiencias institucionales que afectan los derechos de la población carcelaria e impide que se cumpla con la finalidad última de la sanción (CIDH, 2011).

Esto se debe a décadas de abandono donde los gobiernos no consideraban a las cárceles como un lugar de atención y ejercicio de soberanía, sino por contrario, las dejaban a su suerte como lugares a los que nadie quería mirar, volviéndose focos de corrupción y violencia. Esto se intentó paliar formalmente con la expedición de los códigos penales con una tendencia más garantista hacia los derechos de los sujetos procesales, no obstante, el soporte infraestructural del

ius puniendi ha mantenido la pervivencia de las condiciones de reproducción de las cárceles como hogares del crimen y no de la resocialización.

De allí el deber de que el derecho penal corresponda a esa tarea del Estado de aplicar la pena privativa de la libertad de manera excepcional, y cuando sea procedente, y que los lugares de reclusión cumplan con la deontología de ayudar al condenado a reincorporarse efectivamente a la sociedad después de purgar su pena:

El Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, y que como tal, asume deberes específicos de respeto y garantía de los derechos fundamentales de estas personas; en particular, de los derechos a la vida y a la integridad personal, cuya realización es condición indispensable para el logro de los fines esenciales de la pena privativa de libertad: la reforma y la readaptación social de los condenados. (CIDH, 2011, p. 3).

Capítulo 3. Soporte normativo y jurisprudencial de la reinserción social en Colombia

Este capítulo expone el soporte normativo y jurisprudencial de la finalidad de la reinserción social en la sanción penal privativa de la libertad en el Estado Social de Derecho Colombiano. Para ello, se consultan las principales normas que regulan la materia, la explicación sobre su aplicación en el sistema punitivo del país, así como los deferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la teleología de las funciones de la pena, puntualmente la reinserción social, en tanto base de una adecuada política criminal en el Estado Social de Derecho.

3.1. Normatividad

El principal referente sobre la reinserción social es la Ley 65 de 1993 por la cual se expidió el Código Penitenciario y Carcelario, y cuyo principal objeto fue la regulación del cumplimiento de las medidas de aseguramiento, medidas de seguridad, y ejecución de las penas privativas de la libertad.

En el artículo 9 se precisa que el fin fundamental de la pena es la resocialización pues las funciones de protección y prevención están supeditadas al logro último de la reinserción social. El artículo 10 consigna taxativamente que la finalidad del tratamiento es la resocialización del condenado para lo cual se deben destinar diversas actividades institucionales para que el individuo pueda reincorporarse activamente en la sociedad:

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. (Artículo 10, Ley 65 de 1993).

A su vez, el artículo 142 señala que el principal objetivo del tratamiento es preparar a la persona privada de la libertad para que pueda retornar a la vida en libertad, a lo que le sigue el artículo 143 el cual precisa que dicho proceso debe ser acorde con la dignidad humana y las necesidades específicas de cada individuo, lo cual se logra a través de la educación, el trabajo, actividades culturales, deportivas y recreativas, así como en el relacionamiento con su familia, siempre en consideración de un programa individualizado donde se atiendan los requerimientos de resocialización de cada sujeto “hasta donde sea posible”.

Este tratamiento debe honrar una serie de etapas progresivas que pasan por la observación, diagnóstico y clasificación de la persona privada de la libertad, un periodo cerrado de alta seguridad, un periodo semiabierto de mediana seguridad, un periodo abierto de mínima seguridad, y una fase final “de confianza” donde se podrá conceder la libertad condicional (Artículo 144, Ley 65 de 1993).

Cuadro 1

Fases de tratamiento en la Ley 65 de 1993

FASES DE TRATAMIENTO	CARACTERÍSTICAS
Observación, diagnóstico y clasificación del interno	Esta primera fase inicia desde el momento en que el condenado llega a la prisión y se realiza el proceso de identificación y registro, determinándose su lugar de reclusión al interior de la penitenciaría (distribución interna), así como los programas requeridos para desarrollar su proceso resocializador. Para este efecto, se tienen en cuenta tanto la naturaleza del delito por el cual fue condenado, como su edad, género, personalidad y su perfil criminológico, en lo que atiende a criterios de reincidencia. ⁴⁴ La duración de esta fase está comprendida entre uno y 3 meses ⁴⁵
Alta seguridad	Comprende el período cerrado de reclusión. ⁴⁶ Desde esta fase se deben desarrollar actividades de resocialización.
Mediana seguridad	Comprende el período semiabierto. Para acceder a esta fase, se deben haber desarrollado actividades de resocialización de manera exitosa, así como haber observado buen comportamiento durante el tiempo de privación de la libertad, que debe superar la tercera parte de la pena. La característica fundamental del período semiabierto radica en la posibilidad de obtener permisos de salida del establecimiento de reclusión, hasta por 72 horas
Mínima seguridad	Es el período abierto. Se deben haber superado las 4/5 partes de la pena. En esta fase, se amplía la baraja de permisos a los cuales puede hacerse acreedor el interno, pudiendo salir del establecimiento de reclusión por períodos que comprenden el fin de semana e incluso alcanzan los 15 días.
De confianza	Coincidirá con la libertad condicional. Es decir, que se ha superado el requisito objetivo para acceder a este subrogado (3/5 partes de la pena), pero el mismo pudo ser negado por otras circunstancias. ⁴⁷ En esta fase, el interno puede acceder a los beneficios de libertad y franquicia preparatoria. ⁴⁸

Nota: tomado de (Hernández, 2017, p. 550).

Para alcanzar la reinserción social, durante las tres primeras fases los programas de educación serán obligatorios, a los que se suman las actividades de trabajo y recreación, como quiera que el cometido es abarcar las diferentes aristas que permitan una resocialización del individuo (Artículo 144, Ley 65 de 1993).

Para Hernández (2017) esta división por fases se debe a que el sistema penitenciario colombiano es de carácter progresivo pues pretende brindar un tratamiento al sujeto para que al finalizar su tiempo de condena pueda vivir nuevamente en legalidad con los demás. Esto se denota con la existencia de tres componentes cardinales: el primero, en el que se divide la sanción penal de acuerdo con cada caso concreto; el segundo, en el que se adelanta una evaluación constante para medir el grado de avance o retroceso del individuo en cada fase del tratamiento; el tercero, la posibilidad de que la persona privada de la libertad pueda reincorporarse a la vida en sociedad aun antes del cumplimiento del total del tiempo fijado en la sentencia condenatoria.

Cada una de las fases establecidas por el artículo 144 de la Ley 65 de 1993 son progresivas porque por regla general el ascenso o descenso en estas depende de la buena conducta y la acreditación de participación en las actividades de resocialización, tanto de educación como trabajo. La posibilidad de acceder a beneficios y/o permisos administrativos dependerá de la observancia del tratamiento, lo cual será evaluado por el Consejo de Evaluación y Tratamiento (CET), el cual es el competente para tomar la decisión sobre la promoción del interno y la concesión de los mentados beneficios (Hernández, 2017).

Pedraza (2015) explica que la Ley *ut supra* estableció un Plan de Acción y Sistema de Oportunidades (PASO) en virtud del cual se concibe al Estado como garante de la reinserción social de la persona privada de la libertad, pues es un imperativo que permite a los condenados

reincorporarse a la vida en sociedad en observancia de la ley y con miras al no quebrantamiento posterior de la misma. Esta Plan implica una organización entre diferentes cuerpos colegiados que hacen parte del Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC), específicamente el Consejo de Disciplina, de Evaluación y Tratamiento, Junta de Distribución de Patios y Asignación de Celdas y Consejo de Evaluación de Trabajo, Estudio y Enseñanza, de conformidad con el artículo 74 del Acuerdo 001 de 1995:

El Sistema P.A.S.O, articula el trabajo entre áreas para generar acciones de carácter preventivo, asistencial y protector, para la población reclusa, encaminada al fortalecimiento del proyecto de vida del interno para responder positivamente en la integración y la convivencia social. Se centra este sistema, ambientando el medio carcelario para generar condiciones formativas en los internos, preservando la seguridad del interno y garantizando su resocialización. (p. 5).

En armonía con lo anterior, se expidió la Ley 599 del 2000 o Código Penal donde su artículo 1 precisó que el fundamento del *ius puniendi* del Estado es el respeto a la dignidad humana, y donde su artículo 4 señaló que: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

En ese sentido, el Código Penal continuó con la teleología planteada en el Ley 65 de 1993 respecto a la relevancia de la reinserción como base del proceso de tratamiento de las personas privadas de la libertad.

A pesar de esta consagración normativa, Jiménez (2018) explica que sin bien la reinserción social fue concebida como el fin principal de la pena en Colombia, su aplicación en

tenido grandes reparos, lo cual se ha evidenciado en los en los altos niveles de reincidencia y con ello en los niveles de sobrepoblación en las cárceles. Esto es así porque la privación de la libertad se ha utilizado como un medio de retribución hacia la víctima y de neutralización de la persona que cometió una conducta reprochable por el ordenamiento penal, pero no de resocialización del sujeto, lo cual es un grave problema que afecta el tejido social y a la institucionalidad en su conjunto pues la personas que ingresan a un centro carcelario no van a recibir el tratamiento o apoyo necesario para llevar a cabo una reinserción social óptima, lo que a la postre va a implicar la reincidencia de ese individuo hacia el crimen.

El autor señala que para el año 2013 el número de número de presos en las instituciones de reclusión del país era de 151.368 donde el 14% de la población penitenciaria era reincidente, es decir, que del total de personas que habían purgado una pena intramural, ese porcentaje, después de ser puestos en libertad, habían incurrido en la comisión de una conducta, típica, antijurídica y culpable, que los había dejado nuevamente en un establecimiento de reclusión. Esto a su vez ahondaba el problema del hacinamiento en las cárceles pues el porcentaje de sobrepoblación para esa misma anualidad fue del 57.8%. (Jiménez, 2018).

Consciente de esa problemática, el legislador expidió la Ley 1709 de 2014 para reformar disposiciones de la Ley 65 de 1993 y la Ley 599 de 2000, la cual pretendió atacar el problema a través de diferentes mecanismos, uno de ellos fue la creación del “programa de resocialización y reintegración social” según mandato taxativo del artículo 102.

En ese artículo exhortó a diferentes Ministerios a elaborar:

Un programa de resocialización y reintegración social que deberá implementarse y ejecutarse en todos los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país. Dicho programa incluirá componentes de bienestar social del interno, educación, deporte y

cultura, emprendimiento y trabajo con enfoque diferencial. (Artículo 102, Ley 1709 de 2014).

A su vez, para tener un mayor control y seguimiento sobre la función de reinserción social, la referida Ley adicionó el artículo 7ª a Ley 65 de 1993 en la que endilgo el deber a los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad de mantener vigilancia sobre las condiciones de la ejecución de la pena, dado que la persona privada de la libertad continua siendo sujeto de derechos por lo que no puede ser dejada a su suerte dentro de los establecimientos carcelarios, sino que por el contrario, el poder judicial en cabeza del mentado juez, deberá garantizar el ejercicio de sus prerrogativas, siendo una de las principales la resocialización a través de la implementación de diferentes estrategias institucionales al interior de la cárceles del país, además:

Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de oficio o a petición de la persona privada de la libertad o su apoderado de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación, también deberán reconocer los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión que resulten procedentes cuando verifiquen el cumplimiento de los respectivos requisitos. (Artículo 5, Ley 1709 de 2014).

Para Guzmán (2018), el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, nace para tratar de superar los problemas que recaían sobre el Juez de Conocimiento, quien además de ser el garante de todo el proceso penal, tenía también que ser vigilante del proceso de ejecución y de las posibilidades de libertad condicional, redenciones, permiso, etc., lo cual dificultaba el hacer seguimiento detallado a los condenados, especialmente en lo concerniente a la reinserción social.

Ante ese panorama, la figura del Juez de Ejecución permite aliviar la carga del Juez de Conocimiento al circunscribir su trabajo sobre unos tópicos específicos, especialmente los relacionados con las condiciones de cumplimiento de la condena y la reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad por cuenta de la aplicación de los programas de educación y trabajo en las fases de tratamiento (Guzmán, 2018).

Para ese autor, con la Ley 1709 de 2014 le otorgó un papel sumamente activo al Juez de Ejecución toda vez que, en el marco del proceso de reinserción social, ese funcionario debe verificar el cumplimiento de ese cometido, inclusive a través de visitas periódicas a los centros de reclusión y con contacto directo con los condenados y con las autoridades del INPEC para corroborar las condiciones de ejecución de la resocialización (Guzmán, 2018).

De lo anterior, es posible afirmar que existen tres normas que regulan la reinserción social en Colombia, la Ley 65 de 1993, la Ley 599 del 2000 o Código Penal, y la Ley 1709 de 2014. En este cuerpo normativo se ha consagrado que la principal función de la pena debe ser la reinserción pues la finalidad de toda sanción privativa de la libertad es que el condenado pueda reincorporarse activamente en la sociedad. A continuación, se expone el soporte jurisprudencial sobre ese particular en cabeza del máximo órgano de la jurisdicción constitucional.

3.2. Jurisprudencia

Sobre la reinserción social y la resocialización, en tanto componentes centrales del sistema penal colombiano, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia. Así, en Sentencia C-026/16, Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez, explicó que entre el Estado y las personas privadas de libertad existe una “relación de especial sujeción”, en virtud de la cual existe un vínculo jurídico-administrativo que incluye deberes para ambas partes, pues mientras el individuo es privado del derecho a la libertad y se le restringen otras

prerrogativas a lo largo de su condena, el Estado sume la obligación de protegerlo y cuidarlo, así como de proveer todas los recursos para que viva en condiciones dignas durante su permanencia en el claustro carcelario.

En ese sentido, una persona privada de la libertad no está por fuera del cobijo del Estado sino por el contrario, emerge una obligación aun mas relevante de las autoridades penitenciarias de garantizar que durante el tiempo en prisión se le garanticen todos sus derechos fundamentales. Esta relación es de carácter forzoso en la cual se somete un tratamiento especial a los condenados, así como a un régimen jurídico propio, lo que le asigna la responsabilidad a la Administración de destinar las medidas institucionales necesaria para proveer todo lo necesario a esa población, en el entendido de que en virtud de la restricción de la libertad, estas personas se encuentran en una condición de indefensión y vulnerabilidad pues carecen de la posibilidad de garantizar por sí mismo sus medios de subsistencia:

Por eso, aun cuando el Estado se encuentra habilitado para suspender, limitar y restringir algunos de sus derechos y para ejercer sobre ellos controles especiales de reclusión, correlativamente, también tiene el deber de garantizar que los reclusos reciban un trato digno y respetuoso, acorde con la condición humana, de manera que se les asegure el ejercicio de los derechos que no les han sido suspendidos y parcialmente aquellos que les han sido limitados. (Corte Constitucional, Sentencia C-026/16).

Dentro de esa “relación de especial sujeción”, adquiere denodada valía la función del Estado de propender por el principal objetivo de la pena que no es la represión o la retribución, sino la resocialización, en el decir que garantizar los derechos de los reclusos comporta mas que nada el habilitar las medidas internas para que se adelanten los programas de reinserción social.

Por ese motivo la restricción de los derechos de los condenados va de la mano con la

destinación de esfuerzos dentro de los centros carcelarios para que hacer posible la resocialización pues al mantenimiento locativo de los lugares, provisión de alimentos y estadía en condiciones dignas, el trabajo de reinserción social ocupa un lugar vertebral: “Corresponde al Estado proveer los medios y las condiciones que posibiliten las opciones de inserción social de la población reclusa, y a los propios reclusos, en ejercicio de su autonomía, fijar el contenido de su proceso de resocialización” (Corte Constitucional, Sentencia C-026/16).

En esa misma Sentencia, la Corte Constitucional expuso que durante el proceso de resocialización del interno es fundamental la articulación con la familia del interno pues la reinserción social no es solo un tratamiento que experimenta una serie de fases en el individuo, sino que requiere el acompañamiento de sus seres queridos para una consecución efectiva del fin perseguido. En ese sentido, el sistema progresivo penitenciario se ampara en razones jurídicas, psicológicas y sociológicas para considerar que, una vez superada la etapa de asilamiento, el acompañamiento y presencia activa de la familia es esencial para la resocialización del penado (Corte Constitucional, Sentencia C-026/16).

Para esa Corporación, el contacto y comunicación oral y escrita y presencial con las familias es parte ineludible del proceso de reinserción social, como quiera que la dimensión de tratamiento individual encuentra su materialización final en el retorno de la vida en comunión, siendo la familia la primera y principal institución:

Dicho vínculo filial representa la mayoría de las veces su contacto con el mundo más 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 (Corte Constitucional, Sentencia C-026/16).

En Sentencia T-265/17, Magistrado Ponente, Alberto Rojas Ríos, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional explicó que la mas importante de las funciones de la pena es la reinserción social del condenado la cual se entiende como un trabajo mancomunado entre el Estado y la persona privada de la libertad donde se logra que la personas que vulneró un bien jurídicamente tutelado, pueda retornar al seno de la sociedad a través de la superación de los causas y factores que lo llevaron a la comisión de una conducta punible.

Esto se manifiesta a través de un tratamiento que el penado debe cumplir durante el periodo de ejecución de la condena, en tanto esencia de la filosofía que subyace al Estado Social de Derecho pues la privación de la libertad debe estar en función del derecho a retomar la vida en normalidad una vez aprobados todos los requisitos legales y administrativos para ello: “el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo”. (Corte Constitucional, Sentencia T-265/17).

En Sentencia T-1259/05, Magistrado Ponente, Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional expuso que la reclusión en Colombia va de la mano con un proceso de asistencia hacia el condenado cuyo cometido es que se logre su reinserción social. Este proceso deberá respetar los derechos fundamentales del privado de la libertad, pues solo se aceptan las restricciones taxativamente fijadas en el ordenamiento jurídico, siendo cualquier otra conducta una afrenta a sus prerrogativas.

En ese sentido, la Corte aclaró la autonomía individual y autodeterminación prima en el Estado Social de Derecho por lo que las autoridades carcelarias no pueden acatar en contravía de la voluntad de los reclusos alegando motivos asociados con la resocialización, en otras palabras, los programas de educación y trabajo que deben cursar los reclusión como parte del tratamiento al interior de las cárceles hacen parte del plan de vida y de su libre decisión de hacer parte activa

de los mismo, por lo que le está vedado a las autoridades carcelarias que traten de obligar al reclusión a tal o cual programa sin su debido consentimiento y voluntad:

Se hace evidente entonces que las autoridades carcelarias no pueden conminar a los internos a actividades forzadas con miras a su reinserción social, porque en los establecimientos carcelarios prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos de los reclusos. (Corte Constitucional, Sentencia T-1259/05).

Para la Corte los artículos 79, 80 y 94 de la Ley 65 de 1993 son claros es disponer como obligación del INPEC el procurar los medios necesarios para que dentro de los centros de reclusión funcionen programas de resocialización asociados con trabajo y educación, además de la existencia de sistemas como los subrogados penales y la redención de la pena, que permitan la reincorporación efectiva del individuo en sociedad. Dentro de los primeros, las autoridades carcelarias deberán propender por disponer de centros de educación y trabajo organizados de acuerdo con las capacidades y aptitudes del personal recluso, con un margen de discrecionalidad para que ellos puedan elegir entre las alternativas que mas se ajusten a sus propios intereses y con los métodos de enseñanza y marcos pedagógicos al interior de las prisiones:

Desde la perspectiva de la dignidad humana de los reclusos y de las limitaciones de parte del Estado de imponerles un plan de vida, que el trabajo y el estudio, más que actividades a las que los reclusos tienen que sujetarse sin más, se presentan como alternativas que las autoridades carcelarias deberán obligatoriamente propiciar y estimular. (Corte Constitucional, Sentencia T-1259/05).

Como se ve, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha sido expreso en señalar los fundamentos que subyacen a la reinserción social en el marco del sistema penal

colombiano toda vez que la resocialización es ante todo un deber del Estado y una prerrogativa de la que goza la población reclusa que se ajusta a los valores, principios y derechos fijados por el Constituyente de 1991 y por el Legislador en las leyes 65 de 1993, 599 del 2000 y 1709 de 2014.

4. Políticas públicas en Colombia sobre la reinserción social de personas privadas de la libertad

Este acápite referencia las principales características de la política criminal en Colombia, los defectos, problemáticas y críticas asociadas a su implementación, así como algunos puntos propositivos que se pueden aplicar para la creación de políticas públicas futuras.

4.1. Dificultades de la política pública sobre la reinserción social

En el informe estadístico del año 2019, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) indicó que para corte del año 2018 la población total de personas privadas de la libertad, en las modalidades de intramural, domiciliaria y vigilancia electrónica, era de 184.371 personas, lo que representa un aumento progresivo del número de presos en las instituciones de reclusión del país ya que en el año inmediatamente anterior fue de 178.397, mientras que en la anualidad 2013 fue de 151.368.

Esto va de la mano con un aumento de los niveles de hacinamiento ya que para el año 2018 el porcentaje era superior al 45%, es decir que, de una capacidad ideal de 79.723 internos, los establecimientos de reclusión del país contaban con más de 116.300 personas privadas de la libertad (INPEC, 2019).

Esto ha generado diversas problemáticas de tipo humanitario, de respeto por los derechos constitucionales de la población rea, y de cuestionamiento del sistema de resocialización y reintegración de dichas personas, es decir, sobre el cumplimiento o no de las funciones de la pena a la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (Arenas y Cerezo, 2016).

Sobre esto último es menester profundizar ya que como se explicó en los anteriores capítulos, la función principal de la pena en el ordenamiento jurídico colombiano es la resocialización, sobre lo cual existe el soporte constitucional de la axiología del Estado Social de Derecho, de normativas que datan del año 1993, así como amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo que el aumento del número de internos en los establecimientos carcelarios, el incremento de los niveles de hacinamiento y el fenómeno de reincidencia, son indicativos de un fallo en la política criminal implementada por las instituciones del Estado dentro de ese marco jurídico.

Arenas y Cerezo (2016), consideran que, si bien una de las funciones de la pena es la reinserción social, la cual se pretende alcanzar con programas de trabajo y educación hacia los penados, en la práctica, los establecimientos carcelarios carecen de los recursos y de la capacidad operativa para implementar dichos programas, lo que hace que la población tienda a reincidir en la comisión de hechos punibles, lo cual genera un incremento de esa difícil contingencia.

Esto es el resultado de una poco acertada política criminal que ha puesto en entredicho la viabilidad misma del sistema penal pues la finalidad de resocialización que se supone debe perseguir la privación de la libertad de una persona, está lejos de alcanzarse en Colombia, y por el contrario, las condiciones materiales de esa población hacen que el crimen se perpetúe y acreciente, deviniendo dichos establecimientos en una especie de escuelas de delincuencia donde las personas que ingresan tienen una posibilidad mínima de reincorporarse efectivamente a la sociedad (Arenas y Cerezo, 2016).

En esa misma línea se expresa Jiménez (2018), para quien la muestra del fracaso de la resocialización como política pública se evidencia en los altos niveles de reincidencia, lo que afecta igualmente los niveles de sobrepoblación en las cárceles. Para el año 2016 el 14% de la

población penitenciaria era reincidente, es decir, que del total de personas que habían purgado una pena intramural, ese porcentaje, después de ser puestos en libertad, habían incurrido en la comisión de una conducta, típica, antijurídica y culpable, que los había dejado nuevamente en un establecimiento de reclusión.

Esto es así porque la privación de la libertad es un medio de retribución hacia la víctima y de neutralización de la persona que cometió una conducta reprochable por el ordenamiento penal, pero que no trasciende a esa función, lo cual es un grave problema que afecta el tejido social y a la institucionalidad en su conjunto pues las personas que ingresan a un centro carcelario no van a recibir el tratamiento o apoyo necesario para llevar a cabo una reinserción social óptima, lo que a la postre va a implicar la reincidencia de ese individuo en el crimen (Jiménez, 2018).

Según Arenas y Cerezo (2016), el fracaso de la reinserción social por cuenta de los altos porcentajes de reincidencia trae aparejado un aumento del porcentaje de hacinamiento ya que la cantidad de personas privadas de la libertad supera la capacidad teórica o ideal de esas instituciones. El hacinamiento ha incrementado dramáticamente desde el punto de vista porcentual pues para el año 1991 la sobrepoblación era de 3.1%, pasando a 41.8% en 1997, y manteniéndose esa cifra oscilante hasta alcanzar el 52.9% en el año 2014. Esto ha ubicado al país en la quinta posición respecto a las naciones suramericanas con mayor índice de hacinamiento.

Los autores afirman que el sistema penitenciario está organizado en una red de “Establecimiento de Reclusión del Orden Nacional (ERON)”, donde actualmente el país cuenta con 133 centros activos, aunque en el año 1993 habían 175, lo que muestra un curioso fenómeno en que ha aumentado la demanda por esos centros debido al aumento de la población reclusa,

pero a su vez la oferta a disminuido, es decir, que en lugar de habilitarse más centros, estos han tendido a desaparecer (Arenas y Cerezo, 2016).

Según datos del INPEC (2019), de las seis regionales que están a cargo del INPEC, las seis presentan índices de sobrepoblación. Así, por ejemplo, la región Central tenía una capacidad para 30.304 personas, pero registraba más de 41.000 reclusos; la región Occidente podía albergar 15.066 internos, pero en realidad el número era superior a los 22.800. En términos totales, el hacinamiento en las seis regionales era del 48% lo que implicaba que había un excedente de más 38.542 respecto a la capacidad ideal de dichos establecimientos (véase Tabla 2).

Tabla 3

Sobrepoblación e índice de hacinamiento por regiones

Variable	Regional						Total
	Central	Occidente	Norte	Oriente	Noroeste	Viejo Caldas	
Capacidad	30.304	15.066	7.747	7.856	8.027	11.227	80.227
Nº Interiores(as)	41.733	22.800	14.131	11.900	14.733	13.472	118.769
Sobrepoblación	11.429	7.734	6.384	4.044	6.706	2.245	38.542
Índice de hacinamiento	37,7%	51,3%	82,4%	51,5%	83,5%	20,0%	48,0%

Nota: tomado de INPEC (2019, p. 25).

Para Gómez (2015), titulado el hacinamiento en el sistema carcelario del país es una muestra evidente de los graves defectos de la política criminal en materia de resocialización, lo cual es un problema de hondo calibre, tanto a nivel interno del Estado colombiano, como a nivel de la responsabilidad internacional.

En el primer caso, porque la Corte Constitucional en Sentencia T-153 de 1998 declaró el “estado de cosas inconstitucional”, alertando a todas las ramas del poder público a tomar medidas urgentes para atender la grave y sistemática violación de derechos humanos al interior de

las cárceles del país. Dicho estado de cosas inconstitucional aún no ha sido levantado por esa Corporación, es decir que, a corte del año 2015, después de 17 años, el Estado no había solucionado esa situación de especial complejidad (Gómez, 2015).

En el segundo caso, y como consecuencia inmediata de lo anterior, la crisis carcelaria ha sido alertada por diferentes organismos multilaterales quienes han exhortado a las instituciones públicas del país a adelantar medidas, estrategias y programas para hacer frente a esa conculcación constante de derechos fundamentales hacia la población reclusa (Gómez, 2015).

Ante este panorama, el autor propone, que para reducir la sobrepoblación, se debe realizar un cambio de la política criminal donde se estructuren formas alternativas de purgar una pena y se de un énfasis primacial a la reinserción social como principal función u finalidad de la sanción punitiva, a la vez que se mejoren las condiciones infraestructurales y de recursos de dichos centros y se proyecten nuevas normativas tendientes a una implementación acertada de la resocialización y la prevención de la criminalidad:

Las alternativas que se plantean para la reducción del hacinamiento carcelario van en dos sentidos: uno macro, tendiente a hacer efectivos los derechos fundamentales de la población reclusa del país, a través de una legislación que contemple el tratamiento triple de la política criminal (prevención, represión, resocialización); uno micro, referido a los centros penitenciarios como tales, en las que se fijen parámetros claros de tratamiento a los privados de la libertad. (Gómez, 2015, p. 187).

Según Arias (2019), las políticas públicas de resocialización implementadas en las cárceles del país se han basado en la creación de programas de educación y trabajo que permitan un proceso de rehabilitación que alejen al individuo de la reincidencia en una conducta delictual. En el año 2015 se ejecutaron una cohorte de programas en todos los establecimientos de

reclusión de la nación con el propósito principal de buscar la reinserción social de las personas privadas de la libertad. Esos programas fueron: “preparación para la libertad, cadena de vida”; “intervención penitenciaria para adaptación social (PIPAS)”; “Programa para la Educación Integral (PEC)”; “responsabilidad integral con la vida (RIV)”; “inducción al Tratamiento Penitenciario”; y “Misión Carácter”.

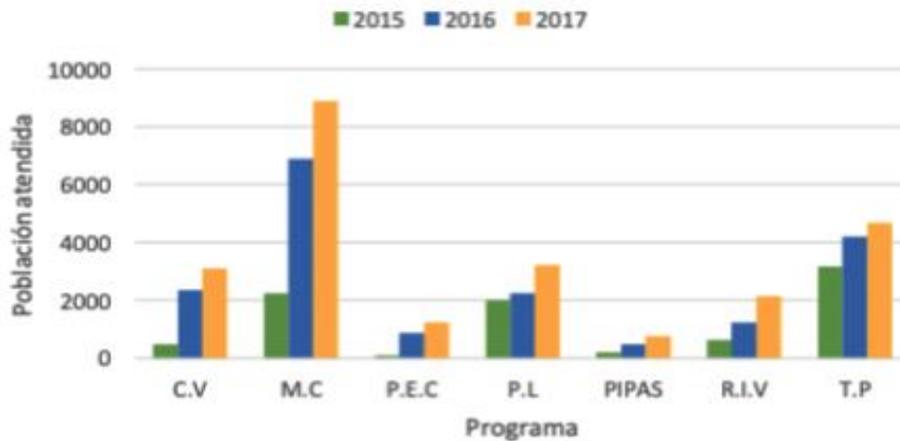
Estos programas atendieron a más de 9.000 internos en todo el país en el periodo 2015-2017, sin embargo, esta cifra muestra el principal problema de la política pública de reinserción social, el cual es justamente la baja cobertura, pues para ese mismo periodo la población era de 120.000 reos, lo que quiere decir que los programas fueron recibidos solo por menos del 10% del total de penados (véase Gráfica 1).

Para Arias (2019) esto es un indicativo de la necesidad de reformar la política pública sobre reinserción social como quiera que de la ejecución de los programas *ut supra* se pueden extraer tres grandes conclusiones: en primer lugar, la política criminal carece de una cobertura suficiente para abarcar y llegar a toda la población reclusa del país, lo cual se agrava por los niveles de hacinamiento que demandan mayores capitales, logística, personal humano e infraestructura, por lo que los recursos institucionales son a todas luces insuficientes; en segundo lugar, los planes de resocialización no son coherentes con las necesidades y particularidades individuales de cada penado, sino que versan sobre generalidades que no responden a las causas y factores personales que llevaron a la comisión del hecho punible, lo que se suma a la falta de acompañamiento por parte de la familia y con ello a la carencia de expectativas hacia un proyecto de vida futuro; en tercer lugar, la reinserción social debe responder a cada una de las etapas del tratamiento en que se encuentre la persona y contar con apoyo del sector privado para que

cuando el condenado recupere su libertad, tenga posibilidad de acceso a trabajo y educación por fuera del centro de reclusión.

Gráfica 1

Personas privadas de la libertad atendidas en programas de resocialización (2015-2017)



PROGRAMA	SIGLA
INDUCCIÓN AL TRATAMIENTO PENITENCIARIO	T.P
MISIÓN CARÁCTER	M.C
CADENA DE VIDA	C.V
PROGRAMA RESPONSABILIDAD INTEGRAL CON LA VIDA	R.I.V
PROG. DE INTERVENCIÓN PENITENCIARIA PARA ADAPTACIÓN SOCIAL	PIPAS
EDUCACIÓN INTEGRAL Y CALIDAD DE VIDA	P.E.C
PROGRAMA PREPARACIÓN PARA LA LIBERTAD	P.L

Nota: tomado de Arias (2019, p. 14).

Con base en las críticas precedentes, a continuación, se sugieren algunos puntos medulares que debería tener una política pública eficiente y eficaz de reinserción social en Colombia, de conformidad con el mandato del Estado Social de Derecho y de la ley penal sustancial.

4.2. Elementos que debería tener la política pública de reinserción social de las personas privadas de la libertad

Para quien esto escribe, la función principal de la pena debe ser la resocialización de las personas privadas de la libertad, por lo cual se debe abogar por el tratamiento del condenado y su

adaptación a la vida en sociedad desde la creación y ejecución de políticas públicas que abandonen el enfoque meramente punitivo y retributivo y se concentren en la función de reinserción social.

Los elementos principales de esa política criminal son los siguientes.

En primer lugar, crear una entidad del orden nacional enfocada en la creación e implementación de programas de reinserción social y que tenga entidades descentralizadas del orden territorial que garanticen su ejecución en los diferentes establecimientos carcelarios del país.

En segundo lugar, limitar la tendencia al endurecimiento de las penas privativas de la libertad en los delitos menores y que estos sean objeto de sanciones alternativas al encarcelamiento. Aquí se debe dar un primado a las personas con afectaciones graves a la salud, personas de la tercera edad, en condiciones de discapacidad, y de otros aquellos que ameritan un trato especial y cuya estadía al interior de un centro de reclusión puede ser prescindible.

En tercer lugar, diseñar una oferta de programas de trabajo y educación para la reinserción social que sean consecuencia de un ejercicio individualizado de la población carcelaria donde las actividades realizadas respondan a los factores personales, familiares y sociales que desencadenaron en la comisión del hecho punible y que propenda por su no repetición.

En cuarto lugar, flexibilizar el sistema de subrogados penales, redención de la pena y de beneficios jurídicos y administrativos para aquellas conductas típicas, antijurídicas y culpables que no representen un riesgo para la sociedad, las víctimas o el propio individuo, de manera que la pena privativa de la libertad a parte de ser la *ultima ratio*, también podrá ser superada cuando el penado cumpla una serie de requisitos.

En quinto lugar, dar un enfoque de justicia transicional al sistema penitenciario y carcelario de forma que se considere la reintegración social en un escenario de posconflicto. Aquí será fundamental aumentar la cantidad de recursos materiales, infraestructurales y de personal humano en las cárceles de todo el país para que se pueda atender a la población con un enfoque diferencial.

En sexto lugar, atender los llamados del poder judicial sobre la grave y sistemática violación de derechos humanos al interior de los centros de reclusión por cuenta de las malas condiciones de higiene, salud, atención con dignidad, entre los demás elementos que llevaron a que la Corte Constitucional declarara el “estado de cosas inconstitucional”.

En sexto lugar, asumir una posición garantista por parte de la Administración donde se abandone el enfoque puramente punitivo y de lucha contra el crimen como un “derecho penal del enemigo”, y se procure atender los factores estructurales que conllevan a que una persona cometa una reprochable por el *ius puniendi* del Estado.

Finalmente y como consecuencia de los puntos anteriores, propender por que la reinserción social contribuya a la reducción de los niveles de hacinamiento en las cárceles pues existe una relación directamente proporcional entre la eficacia de la resocialización y el problema de la sobrepoblación como quiera que a medida que disminuya el número de personas privadas de la libertad, se podrán aumentar la eficiencia de los recursos físicos e infraestructurales disponibles para la ejecución de los programas de reinserción social.

Conclusiones

Del trabajo investigativo anterior es posible arribar a las siguientes conclusiones.

En el caso de Colombia, se demostró que existe soporte normativo y jurisprudencial de la función de la reinserción social en la sanción penal privativa de la libertad dentro del Estado Social de Derecho Colombiano.

El principal referente sobre la reinserción social es la Ley 65 de 1993 por la cual se expidió el Código Penitenciario y Carcelario; allí se consignó que el fin fundamental de la pena es la resocialización pues las funciones de protección y prevención están supeditadas al logro último de la reinserción social. Por ello el tratamiento es esencial para la resocialización del condenado para lo cual se deben destinar diversas actividades institucionales para que el individuo pueda reincorporarse activamente en la sociedad.

Esa Ley estableció también que el principal objetivo del tratamiento es preparar a la persona privada de la libertad para que pueda retornar a la vida en libertad, proceso que debe ser acorde con la dignidad humana y las necesidades específicas de cada individuo, lo cual se logra a través de la educación, el trabajo, actividades culturales, deportivas y recreativas, así como en el relacionamiento con su familia.

Ese tratamiento debe honrar una serie de etapas progresivas. En las tres primeras fases los programas de educación serán obligatorios, a los que se suman las actividades de trabajo y recreación, como quiera que el cometido es abarcar las diferentes aristas que permitan una resocialización del individuo.

En armonía con lo anterior, se expidió la Ley 599 del 2000 o Código Penal, donde su estableció que el fundamento del *ius puniendi* del Estado es el respeto a la dignidad humana, y

que una de las funciones principales de la pena es la reinserción social la cual opera al momento de la ejecución de la pena de prisión.

Le siguió la Ley 1709 de 2014 que reformó disposiciones de la Ley 65 de 1993 y la Ley 599 de 2000, y creó el “programa de resocialización y reintegración social”, además de que le otorgó un papel sumamente activo al Juez de Ejecución Penas y de Medidas de Seguridad, toda vez que, en el marco del proceso de reinserción social, ese funcionario debe verificar el cumplimiento de ese cometido, inclusive a través de visitas periódicas a los centros de reclusión y con contacto directo con los condenados y con las autoridades del INPEC para corroborar las condiciones de ejecución de la resocialización.

A nivel jurisprudencial, la Corte Constitucional, en reiteradas providencias, ha dicho que entre el Estado y las personas privadas de libertad existe una “relación de especial sujeción”, en virtud de la cual existe un vínculo jurídico-administrativo que incluye deberes para ambas partes, pues mientras el individuo es privado del derecho a la libertad y se le restringen otras prerrogativas a lo largo de su condena, el Estado asume la obligación de protegerlo y cuidarlo, así como de proveer todas los recursos para que viva en condiciones dignas durante su permanencia en el claustro carcelario.

Dentro de esa “relación de especial sujeción”, adquiere denodada valía la función del Estado de propender por el principal objetivo de la pena que no es la represión o la retribución, sino la resocialización, en el decir que garantizar los derechos de los reclusos comporta más que nada el habilitar las medidas internas para que se adelanten los programas de reinserción social.

La Corte ha precisado que la más importante de las funciones de la pena es la reinserción social del condenado la cual se entiende como un trabajo mancomunado entre el Estado y la persona privada de la libertad donde se logra que la personas que vulneró un bien jurídicamente

tutelado, pueda retornar al seno de la sociedad a través de la superación de los causas y factores que lo llevaron a la comisión de una conducta punible. Esto se manifiesta a través de un tratamiento que el penado debe cumplir durante el periodo de ejecución de la condena, en tanto esencia de la filosofía que subyace al Estado Social de Derecho pues la privación de la libertad debe estar en función del derecho a retomar la vida en normalidad.

Esto le endilga el deber a las autoridades carcelarias de disponer de centros de educación y trabajo organizados de acuerdo con las capacidades y aptitudes del personal recluso, con un margen de discrecionalidad para que ellos puedan elegir entre las alternativas que mas se ajusten a sus propios intereses y con los métodos de enseñanza y marcos pedagógicos al interior de las prisiones.

A pesar del soporte jurídico anterior, la reinserción ha tenido grandes reparos, lo cual se ha evidenciado en los en los altos niveles de reincidencia y con ello en los niveles de sobrepoblación en las cárceles. Esto es así porque la privación de la libertad se ha utilizado como un medio de retribución hacia la victima y de neutralización de la persona que cometió una conducta reprochable por el ordenamiento penal, pero no de resocialización del sujeto, lo cual es un grave problema que afecta el tejido social y a la institucionalidad en su conjunto pues la personas que ingresan a un centro carcelario no van a recibir el tratamiento o apoyo necesario para llevar a cabo una reinserción social optima, lo que a la postre va a implicar la reincidencia de ese individuo hacia el crimen.

Sobre ese tópico, este trabajo de investigación permitió identificar las principales características de la política criminal en Colombia, los defectos, problemáticas y críticas asociadas a su implementación, así como algunos puntos propositivos que se pueden aplicar para la creación de políticas públicas futuras.

Las dificultades cardinales de la política pública sobre la reinserción social parten de el hecho estadístico del aumento de la población total de personas privadas de la libertad, con el consiguiente aumento de los niveles de hacinamiento. Estos números unidos al fenómeno de reincidencia son indicativos de un fallo en la política criminal implementada por las instituciones del Estado dentro del marco jurídico *ut supra*.

Las dificultades de la resocialización como política pública se evidencian en los altos niveles de reincidencia, lo que afecta igualmente los niveles de sobrepoblación en las cárceles, es decir, que del total de personas que habían purgado una pena privativa de la libertad, un porcentaje significativo de personas, después de ser puestas en libertad, habían incurrido en la comisión de una conducta, típica, antijurídica y culpable, que los había dejado nuevamente en un establecimiento de reclusión.

La razón de ello es que la personas que ingresan a un centro carcelario no reciben el tratamiento o apoyo necesario para llevar a cabo una reinserción social optima, lo que a la postre desemboca en la reincidencia en el crimen, lo que es un grave problema que afecta el tejido social y a la institucionalidad en su conjunto.

Los niveles de hacinamiento y sobrepoblación en el sistema carcelario del país son una muestra evidente de los graves defectos de la política criminal en materia de resocialización, lo cual es un problema de hondo calibre, tanto a nivel interno del Estado colombiano, como a nivel de la responsabilidad internacional.

En Colombia las políticas públicas de resocialización implementadas en las cárceles del país se han basado en la creación de programas de educación y trabajo que permitan un proceso de rehabilitación que alejen al individuo de la reincidencia en una conducta delictual. Estos programas atendieron a mas de 9.000 internos en todo el país en el periodo 2015-2017, sin

embargo, esta cifra muestra el principal problema de la política pública de reinserción social, el cual es justamente la baja cobertura, pues para ese mismo periodo la población era de 120.000 reos, lo que quiere decir que los programas fueron recibidos solo por menos del 10% del total de penados.

Por ende la política criminal carece de una cobertura suficiente para abarcar y llegar a toda la población reclusa del país, lo cual se agrava por los niveles de hacinamiento que demandan mayores capitales, logística, personal humano e infraestructura; igualmente, los planes de resocialización no son coherentes con las necesidades y particularidades individuales de cada penado, sino que versan sobre generalidades que no responden a las causas y factores personales que llevaron a la comisión del hecho punible, lo que se suma a la falta de acompañamiento por parte de la familia y con ello a la carencia de expectativas hacia un proyecto de vida futuro. Finalmente, la reinserción social no responde a cada una de las etapas del tratamiento en que se encuentre la persona y no cuenta con apoyo del sector privado para que cuando el condenado recupere su libertad, tenga posibilidad de acceso a trabajo y educación por fuera del centro de reclusión.

Ante esa situación, se propusieron algunos elementos que debería tener la política pública de reinserción social de las personas privadas de la libertad. Para quien esto escribe, la función principal de la pena debe ser la resocialización de las personas privadas de la libertad, por lo cual se debe abogar por el tratamiento del condenado y su adaptación a la vida en sociedad desde la creación y ejecución de políticas públicas que abandonen el enfoque meramente punitivo y retributivo y se concentren en la función de reinserción social.

Para ello se debe crear una entidad del orden nacional enfocada en la creación e implementación de programas de reinserción social; limitar la tendencia al endurecimiento de las

penas privativas de la libertad en los delitos menores y que estos sean objeto de sanciones alternativas al encarcelamiento; diseñar una oferta de programas de trabajo y educación para la reinserción social que sean consecuencia de un ejercicio individualizado de la población carcelaria; flexibilizar el sistema de subrogados penales, redención de la pena y de beneficios jurídicos y administrativos de manera que la pena privativa de la libertad, a parte de ser la *ultima ratio*, también podrá ser superada cuando el penado cumpla una serie de requisitos; dar un enfoque de justicia transicional al sistema penitenciario y carcelario de forma que se considere la reintegración social en un escenario de posconflicto.

A ello se agrega que el Estado debe asumir una posición garantista donde se abandone el enfoque puramente punitivo y de lucha contra el crimen, lo cual trae aparejado el atender los llamados del poder judicial sobre la grave y sistemática violación de derechos humanos al interior de los centros de reclusión por cuenta de las malas condiciones de higiene, salud, atención con dignidad, entre los demás elementos que llevaron a que la Corte Constitucional declarar el “estado de cosas inconstitucional”.

Lo anterior debe propender por que la reinserción social contribuya a la reducción de los niveles de hacinamiento en las cárceles pues existe una relación directamente proporcional entre la eficacia de la resocialización y el problema de la sobrepoblación como quiera que a medida que disminuya el numero de personas privadas de la libertad, se podrán aumentar la eficiencia de los recursos físicos e infraestructurales disponibles para la ejecución de los programas de reinserción social.

En el marco del Estado Social de Derecho y ante el soporte constitucional, normativo y jurisprudencial, es mandatorio realizar un cambio de la política criminal donde se estructuren formas alternativas de purgar una pena y se de énfasis primacial en la reinserción social como

principal función o finalidad de la sanción punitiva, a la vez que se mejoren las condiciones infraestructurales y de recursos de dichos centros y se proyecten nuevas normativas tendientes a una implementación acertada de la resocialización y la prevención de la criminalidad.

Referencias

- Alcántara, M. (s.f.). *La pena privativa de la libertad. Análisis comparado*. Universidad Pontificia ICAI, ICADE. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/1872/retrieve>
- Amado y Peña (2014). *¿Los fines de la pena, propios de un estado social y democrático de derecho, se materializan en el proceso penal en Colombia?* Maestría en Derecho Penal. Corporación Universidad Libre.
<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7529/AmadoDuenasMarioAntonio2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Arenas, L. y Cerezo, A. (2016). Realidad penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal. *Revista Criminalidad*, 58 (2), pp. 175-195. <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v58n2/v58n2a07.pdf>
- Arias, G. (2019). *Políticas de resocialización en el sistema carcelario en Colombia en el periodo 2015 al 2017*. Universidad Católica de Colombia.
- Bascur, J. (2010). *La evolución de la sanción en el derecho*.
<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjb298s/xhtml/TH.2.xml#:~:text=Los%20fil%C3%B3sofos%20Griegos%2C%20de%20esta,de%20la%20injusticia%20del%20alma>.
- Batista, S. *Aproximación al concepto del Derecho desde la perspectiva triádica: Descripción de su estructura, su dinámica y su finalidad*. Tesis doctoral. EMVI.
<https://www.eumed.net/tesis-doctorales/sb/3m.htm>
- Beccaria (1978). *De los delitos y las penas*. Editorial Committee.
- Bernal, C. (2003). *Michel Foucault. Desenmascarando las Tecnologías del Castigo*. Editorial Legis.

- Bobbio, N. (1990). *Contribución a la Teoría del Derecho*. Editorial Debate.
- Botero, A. (2017). El debate Kelsen-Hart. Sobre la sanción normativa. Una mirada más allá del “Último mohicano”. *Revista Filosofía IUS*, (16)2, pp. 304 – 324.
<https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistafilosofiauis/article/view/7703>
- Cavadino, M., Dignan, J., Mair, G. (2013). *The Penal System*. Londres, Sage.
- Charpenel, E. (2018). Derecho y sanción. La noción de castigo jurídico en Kant y en Hegel. *Tópicos (México)*, (55), 163-188.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-66492018000200163
- Coing, H. (1961). *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Editorial Ariel.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Aprobado por la CIDH mediante Resolución 1/08 en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. CIDH.
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas*. OEA.
<https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 65 de 1993 o Código Penitenciario y Carcelario.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html
- Corte Constitucional, Sentencia C-026/16, tres (3) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-026-16.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-1259/05, cinco (5) de diciembre de dos mil cinco (2005),
Magistrado Ponente, Álvaro Tafur Galvis.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-1259-05.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-265/17, veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017),
Magistrado Ponente, Alberto Rojas Ríos.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-265-17.htm>

Cote, G. (2007). La necesidad de la pena. reflexiones a partir de los artículos 3º y 4º del código penal colombiano. *Revista Universitas*, (114), pp. 191-226.

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XaUcLo2laHQJ:https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14594/11774+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

Duran, M. (2011). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. *Revista de filosofía*, 67, 123-144. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_arttext

Enríquez, H. (2012). LA PRISIÓN. Reseña Histórica y Conceptual. *Revista Ciencia Jurídica*, (1)2, pp. 11-28.

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DpVcWfr9DoEJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4216857.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

Fernández y Castro (1993). *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*. Editorial Universitas.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho penal mínimo*. Editorial Jurídica Cono Sur.

- García, D., y Serrano, H. (2008). Evolución del sistema penal acusatorio en el marco del derecho germano, anglosajón y colombiano. *Revista Misión Jurídica*, (1) 1, pp. 91-108.
<https://www.revistamisionjuridica.com/evolucion-del-sistema-penal-acusatorio-en-el-marco-del-derecho-germano-anglosajon-y-colombiano/>
- Gascón, F. (2011). Características de los grandes sistemas de investigación penal del derecho comparado. *Revista Cuadernos Digitales de Formación* (4), pp. 1-25.
https://eprints.ucm.es/id/eprint/26599/1/2011_Caracter%20de%20los%20grandes%20sistemas%20de%20investigaci%20penal%20en%20Derecho%20Comparado.pdf
- Gómez, F. (2015). Alternativas para superar el hacinamiento carcelario en Colombia con enfoque en derechos humanos. *Criterio Jurídico Garantista*, 8(13), 176-189. <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/view/589/567>
- Guzmán, P. (2018). *La función de reinserción social y el papel de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en Colombia*. Revista Unisimon.
<http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/3398/4395#info>
- Hernández, N. (2017). La resocialización como fin de la pena. Una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano. *Cuaderno CRH*, (30) 81, pp. 539-560.
<https://www.redalyc.org/jatsRepo/3476/347660629010/html/index.html#fn1>
- Horvitz, M. (2018). La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza? *Política criminal*, 13(26), pp. 904-951. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000200904&lng=en&nrm=iso&tlng=en
- Imeno M. (2011). *Un proceso europeo para el siglo XXI*. Editorial Civitas.

- INPEC (2019). Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. INPEC. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:C7fd-IGL00IJ:https://www.inpec.gov.co/documents/20143/767956/INFORME%2BESTADISTICO%2BENERO%2B2019.pdf/d6251316-f438-d052-8a9e-ec7fc419f301%3Fdownload%3Dtrue+%&cd=11&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>
- INPEC (2019). *Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*. INPEC. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:C7fd-IGL00IJ:https://www.inpec.gov.co/documents/20143/767956/INFORME%2BESTADISTICO%2BENERO%2B2019.pdf/d6251316-f438-d052-8a9e-ec7fc419f301%3Fdownload%3Dtrue+%&cd=11&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>
- Jiménez, N. (2018). El fracaso de la resocialización en Colombia. *Revista de Derecho*, (49), pp. 2-41. <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n49/0121-8697-dere-49-2.pdf>
- Jimeno, M. (2013). El proceso penal en los sistemas del Common Law and Civil Law: los modelos acusatorios e inquisitivo en pleno siglo XXI. *Revista Justicia*, (2), pp. 201-304. <https://www.researchgate.net/publication/297702354> El proceso penal en los sistemas del Common Law and Civil Law los modelos acusatorios e inquisitivo en pleno siglo XXI
- Kamada, L. (2004). Finalidad de la pena. https://www.justiciajujuy.gov.ar/escuela-de-capacitacion/images/Doctrina_Local/FINALIDAD_DE_LA_PENA_-_Luis_E_Kamada.pdf
- Langer, M. (2005). *The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law*. (53), pp. 838- 847.

- Langer, M. (2008). *Revolución en el proceso penal latinoamericano*. Centro de Estudios de Justicia desde las Américas.
https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3370/revolucionenprocesopenal_Langer.pdf
- Legón, D. (2007). Las teorías sobre la pena (pena de muerte y privación de libertad). *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, (19), pp. 135-146.
<https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222926007.pdf>
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista Derecho PUCP*, pp. 141-167.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32497.pdf>
- Oliveira, C. (s.f.). *La pena de prisión en américa latina: los privados de libertad y sus derechos humanos*. OEA. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34037.pdf>
- Pedraza, F. (2015). Resocialización y dignidad humana en el sistema penitenciario y carcelario colombiano. *Hipótesis Libre*, pp. 1-14.
<http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/146>
- Racca, I. (2014). *La resocialización como fin de la pena privativa de la libertad: análisis del último legado del positivismo criminológico*. Universidad de Buenos Aires.
- Ramírez, J. (2005). *Introducción al derecho penal*. Editorial Temis S.A.
- Ríos, J. (2013). *Individualización judicial de la pena y doctrinas de la pena*. Tesis de Doctorado. Universidad de Lleida.
<https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/131999/Tjrra1de2.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- Roxin, C. (1992). *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. Editorial PPU (Promociones y Publicaciones Universitarias).

- Salinero, S. Morales, A., y Castro, Á. (2017). Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Revista Política criminal*, 12(24), pp. 786-864.
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-33992017000200786&script=sci_arttext&tlng=pt
- Santos, E. (2018). *El país que me tocó*. Colombia: Editorial Debate.
- Tamarit, J. (2007). Sistema de sanciones y política criminal: un estudio de Derecho comparado europeo. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (6) 9, pp. 1-40.
<https://repositori.udl.cat/handle/10459.1/347>
- The UK (2003). *Criminal Justice Act*. Legislation.gov.uk.
https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/pdfs/ukpga_20030044_en.pdf
- Tirado, J. (2017). *La pena en Kant: ¿retribucionista en lo moral, pero no en lo legal?* Universidad de los Andes.
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7PgQBn-qa9UJ:https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/download/331369/20787510/+&cd=6&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>
- Troncoso, D. (2012). Retribución a la comunidad. La pena de prestación de servicios en el sistema penal de Inglaterra y Gales. *Revista Debates Penitenciarios*, (17), pp. 1-25.
https://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_17.pdf
- Velandia, R. (2005). El principio de oportunidad en el derecho procesal penal inglés. *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores*, (8) 16, pp. 181-226. <https://www.redalyc.org/pdf/876/87616811.pdf>