



# VNiVERSIDAD D SALAMANCA

**FACULTAD DE DERECHO**

**MÁSTER EN DERECHO PENAL**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER: LA APUESTA POR UNA VERDADERA  
RESOCIALIZACIÓN DEL SUJETO CONDENADO EN EL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO COLOMBIANO.**

**DIRECTORA: PROF. DRA. MARÍA CONCEPCIÓN GORJÓN BARRANCO.**

**ESTUDIANTE: JAVIER ANDRÉS MONTERO MÁRQUEZ, SALAMANCA 2019.**

*“Castigo. ¡Qué singular es vuestra forma de castigar! No purifica al criminal, no es una expiación; por el contrario, mancha más que el propio crimen.”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> NIETZSCHE, F. “Aurora”, M.E. Editores. S. L., Madrid, 1994, pág. 184.

## ÍNDICE:

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>I. CAPÍTULO: ESTADO DE LA CUESTIÓN. ....</b>	<b>10</b>
<b>1. LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO COLOMBIANO.....</b>	<b>10</b>
1.1 REITERADA DECLARACIÓN DE UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES (ECI) EFECTUADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LOS AÑOS DE 1998, 2013 Y 2015.....	10
1.2 PRESENTACIÓN DE ESTADÍSTICAS SOBRE POBLACIÓN CARCELARIA.....	13
<b>2. BREVE RECuento DE LAS DIVERSAS TEORÍAS DE LA PENA.....</b>	<b>15</b>
2.1 TEORÍAS ABSOLUTAS.....	16
2.2 TEORÍAS RELATIVAS O UTILITARIAS.....	19
<b>3. ESPECIAL REFERENCIA A LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA.....</b>	<b>23</b>
3.1 ORIGEN DEL CONCEPTO DE RESOCIALIZACIÓN.....	23
3.2 ADOPCIÓN DEL CONCEPTO DE RESOCIALIZACIÓN POR PARTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	24
3.3 ALCANCE Y CRÍTICAS AL CONCEPTO DE RESOCIALIZACIÓN.....	26
3.4 TOMA DE POSTURA RESPECTO A LA RESOCIALIZACIÓN.....	28
<b>4. LA TEORÍA UNIFICADORA DIELÉCTICA DE ROXIN Y SU RECEPCIÓN EN COLOMBIA.....</b>	<b>29</b>
<b>5. RECAPITULACIÓN.....</b>	<b>33</b>
<b>II. CAPÍTULO: RESPONSABILIDADES LEGALES DERIVADAS DE LOS DAÑOS ANTIJURÍDICOS SUFRIDOS POR LA POBLACIÓN RECLUSA.....</b>	<b>36</b>
<b>1. RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECCIÓN VS LA CÁRCEL COMO INSTITUCIÓN TOTAL, EN TODO CASO LA EXISTENCIA DE UN ROL DE GARANTE POR PARTE DEL ESTADO.....</b>	<b>36</b>
1.1 RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECCIÓN.....	36
1.2 LA CÁRCEL COMO INSTITUCIÓN TOTAL.....	39
1.3 LA INNEGABLE EXISTENCIA DE UN ROL DE GARANTE.....	39
<b>2. ¿QUIÉN ES EL FUNCIONARIO DE PRISIÓN Y CUÁLES SON SUS FUNCIONES?</b>	<b>40</b>
<b>3. ACERCA DEL FENÓMENO DE PRISIONIZACIÓN.....</b>	<b>42</b>
<b>4. LA AUTOLESIÓN Y EL SUICIDIO. ¿EXISTE LIBRE DECISIÓN DE LOS PRESOS SOBRE SUS DERECHOS A LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL?.....</b>	<b>45</b>
<b>5. DAÑOS ANTIJURÍDICOS PROVENIENTES DE TERCEROS.....</b>	<b>48</b>
5.1 CASOS DEL ORDEN NACIONAL.....	48
5.2 CASOS RESUELTOS POR LA CIDH.....	49
<b>6. ¿PUEDE EXISTIR RESPONSABILIDAD PENAL DEL FUNCIONARIO DE PRISIÓN DERIVADA DE LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS RECLUSOS DURANTE EL CUMPLIMIENTO DE SU CONDENA INTRAMURAL?.....</b>	<b>50</b>
6.1 DIFICULTAD DE EFECTUAR EL REPROCHE PENAL EN LAS ESTRUCTURAS ORGANIZADAS JERÁRQUICAMENTE.....	51
6.2 RESPONSABILIDAD PENAL: COMISIÓN POR OMISIÓN, O COMISIÓN POR ACCIÓN.....	54
<b>7. RECAPITULACIÓN.....</b>	<b>57</b>

<b>III. CAPÍTULO: PROPUESTAS PARA ALCANZAR UNA VERDADERA RESOCIALIZACIÓN DEL SUJETO CONDENADO. ....</b>	<b>61</b>
<b>1. EL SISTEMA PROGRESIVO COMO PARADIGMA DE SISTEMA PENITENCIARIO IDEAL QUE MERECE SER SUPERADO. ....</b>	<b>62</b>
<b>2. EL RECONOCIMIENTO DE LA PRISIONIZACIÓN COMO FÉNO MENO REAL QUE DEBE SER EVITADO Y EN LO POSIBLE ERRADICADO. ....</b>	<b>65</b>
<b>3. REPLANTEAMIENTO DE LA FORMACIÓN ACADÉMICA DE LOS GUARDIAS DE PRISIÓN. ....</b>	<b>67</b>
<b>4. UN NUEVO OBJETIVO: EL REFORZAMIENTO DE LA IDEA DE CONSENSUALIDAD EN EL TRATAMIENTO DEL PENADO. ....</b>	<b>70</b>
<b>5. EL AUTO GOBIERNO (SELF GOVERNMENT) O DEMOCRATIZACIÓN DE LAS CÁRCELES. ....</b>	<b>73</b>
5.1 ANTECEDENTES DE LA DEMOCRATIZACIÓN DE LAS CÁRCELES .....	74
5.2 FORMAS DE DEMOCRATIZACIÓN DE LAS CÁRCELES .....	77
<b>6. IMPLEMENTACIÓN PAULATINA DE MÓDULOS DE RESPETO EN EL SISTEMA PENITENCIARIO COLOMBIANO. ....</b>	<b>79</b>
<b>6.1 ¿QUÉ SON LOS MÓDULOS DE RESPETO? .....</b>	<b>79</b>
6.2 FORMAS DE EVALUACIÓN DE LOS INTERNOS. ....	81
6.3 EN BÚSQUEDA DE INCENTIVAR LA PARTICIPACIÓN DE LOS INTERNOS. ....	83
<b>6.4 TOMA DE POSTURA RESPECTO A LOS MÓDULOS DE RESPETO. ....</b>	<b>84</b>
<b>CONCLUSIONES DEL TRABAJO. ....</b>	<b>85</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA: .....</b>	<b>88</b>
<b>FUENTES NORMATIVAS: .....</b>	<b>94</b>

## INTRODUCCIÓN.

Bien es sabido, que en un Estado Social de Derecho como lo es el ordenamiento jurídico colombiano, fundado en el respeto de la dignidad humana, el fin resocializador de la pena se erige como el soporte o pilar esencial que justifica la imposición de esta figura restrictiva de derechos del individuo.<sup>2</sup> De tal forma, que el mero contenido retribucionista de la pena, es decir la adopción en sentido puro de la teoría absoluta, resulta propio de modelos penales del pasado, que se entendían satisfechos con la simple idea de venganza<sup>3</sup>; o en la actualidad de sistemas autoritarios proclamadores de programas de derecho penal máximo<sup>4</sup>.

Especial atención merece esta afirmación, ya que con ello no se quiere negar el contenido retributivo que ha de satisfacer la pena en Colombia, mucho menos cuando el tenor literal de la norma lo reconoce expresamente<sup>5</sup>; en realidad lo que se desea es poner en evidencia que el acento de todo castigo, tal y como ha evolucionado la dogmática jurídico penal conforme a las exigencias del modelo de estado, debe estar en lograr la resocialización como tratamiento del penado que propende por humanizar la sanción, de tal forma que si existe un mínimo de retribución en la pena, es porque esta se encuentra supeditada al servicio de un propósito mayor, un fin social que ha de ser el ideal a conseguir.<sup>6</sup>

Y es que ello obedece una lógica que no se puede infravalorar, siendo que además del reconocimiento implícito de derechos humanos que lleva inmersa la implementación de la

---

<sup>2</sup> La función de la pena está estrictamente vinculada, mediante una relación de dependencia o sujeción a las funciones del modelo de estado, que provienen del texto constitucional, así lo exponen: MARTÍNEZ S., M. “La crisis de la justicia penal en Colombia”, Editorial Temis, 1999, Bogotá, págs. 29 y ss.

DE LEÓN VELASCO – DE MATA VELA. “*Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial*”, 8.a edic., Edit. Lerena, Guatemala, 1996, pág. 225. En un sentido similar se puede analizar: MIR PUIG, S. “*Derecho penal del siglo XXI, cuadernos de derecho judicial VIII*”, Lerko Print, S.A., 2008, Madrid, págs. 57 y ss. Especial atención a la 63., donde se establece que la función del derecho depende de la orientación política del estado, de tal forma que debe existir una subordinación del Ius Puniendi estatal al servicio de las personas.

<sup>3</sup> Roxin, C. “*Iniciación al derecho penal de hoy, traducción, introducción y notas de Muñoz Conde y Luzón Peña*”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, págs. 137 y 138.

<sup>4</sup> Estos sistemas suelen confundir los límites entre el derecho y la moral, la validez y la justicia, y la legitimación interna y la externa del actuar del Estado, en este sentido revisar: FERRAJOLI, L. “*Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*”, Trotta, Madrid, 1997, pág. 257.

<sup>5</sup> Código Penal Colombiano, art. 4.

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. “*Aproximación al derecho penal contemporáneo*”, José María Bosch Editor S.A., 1992, Barcelona, pág. 204.

resocialización como fin de la pena, esta ostenta un carácter también impersonal, ya no enfocado estrictamente en el delincuente, si no en la construcción de mejores sociedades. Así, el sujeto que va a la cárcel por más que no comparta a integridad el sistema normativo imperante, sale entendiendo la necesidad de respetarlo a efectos de garantizar una sana convivencia. Mejor aún, con el entusiasmo de asumir un papel activo en su ordenamiento, que le permita acoplar el sistema a una sociedad pluralista y diversa, no a partir de su infracción de la norma, sino mediante el apoyo en las herramientas jurídicas existentes.<sup>7</sup>

De antemano deberá hacerse una salvedad acerca de la posición jurídica que habrá de sostenerse en este trabajo, siendo que desde ningún punto de vista se considera viable la abolición del derecho penal y las cárceles. Por el contrario deberá afirmarse que total razón le asiste a las posturas justificacionistas de estas, que entienden dichas herramientas se erigen en la sociedad como un mal necesario<sup>8</sup>, que a pesar de significar la limitación y suspensión de ciertos derechos del individuo, lo hacen persiguiendo un fin social que va en beneficio de todos, sobretodo del mismo penado. Precisión que se efectúa por cuanto no se quiere ser prejuizado por el receptor de este trabajo, dejando claro que para buscar solución a problemas de vieja data, sin resolverse durante muchos años mediante la utilización de fórmulas convencionales, se debe evaluar si verdaderamente se han satisfecho los ideales de la dogmática jurídico penal y los fines de la pena, y abrir la puerta del ordenamiento jurídico a nuevas propuestas alternativas, que sin una adecuada consciencia del problema que nos aqueja, pueden resultar insostenibles o inconcebibles para muchos. Pues de entrada deberá reconocerse lo que ya muchos autores han afirmado sin miedo en sus obras, siendo que a pesar de no estar de acuerdo con las posturas abolicionistas, si se les debe a estas en gran medida el avance progresivo que se ha dado respecto a la humanización del sistema penal y las prisiones.<sup>9</sup> Las críticas contrastan el “deber ser” con el “ser”, permitiendo poner de presente

---

<sup>7</sup> BOIX REIG, J.: “Significación jurídico penal del art. 25.2 de la Constitución (La reeducación y reinserción social del condenado)”, en Escritos penales, Valencia, 1979, págs. 114 y ss.

<sup>8</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Lecciones de derecho penal”, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 296 y ss. En este mismo sentido se expresa MIR PUIG, S. “Derecho penal del ...” op. cit pág. 64., cuando afirma que las normas jurídicas son un mal necesario al cual sólo se debe acudir cuando no exista otra opción, al considerarse la pena privativa de libertad necesaria, idónea y proporcional.

<sup>9</sup> A modo de ejemplo ver: SANZ MULAS, N. “Alternativas a la pena privativa de la libertad”, Editorial Colex, Madrid, 2000, págs. 106 y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “Política criminal”, Editorial Colex, Madrid, 2001, págs. 109 y ss.

en que se ha estado fallando. Ahora bien, diferente es que tal discordancia sirva como fundamento para sustentar la desaparición de nuestra ciencia social, bien decía Ferrajoli que pretender atacar una construcción teórica, por la forma como se ejecuta en su práctica resulta absurdo<sup>10</sup>.

Partiendo de lo anterior, puede que en el desarrollo argumentativo a presentarse a continuación, se coincida en ciertos puntos con las críticas de la corriente abolicionista y la criminología crítica, pero desde ningún punto de vista quiere esto significar que se este de acuerdo con su remedio extremo propuesto al problema. Por el contrario, la creencia arraigada es que tal y como lo afirma el doctrinante Gimbernat Ordeig “*hay derecho penal para rato*”<sup>11</sup>, sólo que para su correcta aplicación, en palabras de la doctrinante Zúñiga Rodríguez “*hay que limpiarlo y controlarlo en beneficio de una mejor y más democrática convivencia*”<sup>12</sup>. Así las cosas, mediante el presente trabajo se pretende abordar la crisis que aqueja al sistema penal penitenciario y carcelario colombiano, que imposibilita el efecto resocializador de la pena sobre el sujeto condenado y favorece la reincidencia delictual, generando altos sobrecostos para el Estado y el consecuente retraso de la sociedad. Trazando entonces como gran meta la de exponer aquellas soluciones que luego de un profundo estudio sobre el tema se consideran viables y adaptables al ordenamiento como posibles fórmulas de corrección.

De esta forma el primer capítulo estará dedicado en esencia al planteamiento descriptivo de un estado de la cuestión, donde la metodología a seguir consistirá en la exposición de datos oficiales obtenidos y divulgados por la propia Corte Constitucional de Colombia y el Instituto Nacional Penitenciario (Inpec), al permitir evidenciar la existencia en este ordenamiento por más de veinte años de un estado de cosas inconstitucionales en materia penitenciaria. Además se hará alusión a cómo desde la doctrina y la jurisprudencia se han comprendido los fines de la pena, y se ha materializado su aplicación en dicho ordenamiento, haciendo especial alusión al tratamiento resocializador y sus principales características, ventajas y desventajas. A

---

<sup>10</sup> FERRAJOLI, L. “*El derecho penal mínimo*”, en PC, n. 0, 1986, pág. 34.

<sup>11</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E. “*¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*”, en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, pág. 150.

<sup>12</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “*Política...*” op.cit., pág. 111.

grandes rasgos lo que se intentará es demostrar que tal y como está orientada actualmente la política criminal colombiana frente al tema de tratamiento del recluso, es mucho más factible que al regresar a la vida en sociedad vuelva a delinquir, que desempeñar un rol positivo.

En el segundo capítulo se buscará establecer lo que le cuesta al Estado colombiano mantener a una persona reclusa en prisión, no sólo por aquellos gastos que se encuentran presupuestados y se consideran en cierta forma ordinarios, sino por todos aquellos que superan el orden de lo previsto y son generalmente originados a partir de la causación de un daño antijurídico al penado. La metodología de este capítulo obedecerá una especie de análisis económico – utilitarista del derecho, tratando de reflejar los grandes compromisos que el Estado colombiano ha tenido que enfrentar por un desacertado manejo de su situación penitenciaria. Con esto no se trata de cosificar al delincuente, ni más faltaba, sino de demostrar al ciudadano colombiano, sobretodo el que es ajeno a las complejidades del mundo jurídico, que un adecuado tratamiento del problema puede significar una sociedad mucho más desarrollada, con inversión de menores recursos, como si del criterio de eficiencia se tratara. Lastimosamente a veces respondemos más a cifras, que a la misma idea de preservar la humanidad del otro.

Finalmente, apoyándonos en la doctrina internacional y en experiencias de derecho comparado, puntualmente la del sistema penitenciario español, en el tercer capítulo se discutirán diversas opciones para enfrentar las crisis del sistema colombiano, exponiendo cuáles por sus antecedentes, capacidad de adaptación y sobretodo respeto de los principios del derecho penal y la pena, y las garantías de procesado / condenado merecen una oportunidad de implementación en la legislación colombiana.

Así las cosas, los objetivos han sido claramente delineados, con todo ello se espera entonces que al final podamos reconocer una comunidad democrática mucho más consciente y despierta, capaz de exigir de sus representantes políticos y dirigentes del estado respuestas certeras a los problemas criminales, que se fundamenten en estudios interdisciplinarios serios que atiendan la historia del derecho, las diferentes instituciones del derecho penal, la criminología, la sociología, la psicología y la economía. Sobre decir que para ello cobrará gran importancia el papel del jurista quien *“deberá saber ofrecer al político las líneas de*



*equilibrio entre las necesidades de lucha contra la criminalidad en una sociedad cambiante y compleja, y los principios constitucionales que constituyen paradigmas de la intervención penal.”*<sup>13</sup> Basta ya del populismo punitivo, de la efervescencia del momento y el legislar sin asumir las consecuencias que se derivan de una incorrecta política criminal<sup>14</sup>. Es importante dejar de lado esa falsa idea de que somos potenciales víctimas, cuando no es menos cierto que cada uno de nosotros, nuestros familiares o seres queridos, somos potenciales delincuentes, que por eventos desafortunados de la vida podemos resultar inmersos en un sistema completamente deshumanizado y tendiente a condenar y estigmatizar de por vida, aun cuando se es inocente. Por ello ya señalaba la autora española Arenal Ponte “*odia al delito y compadece al delincuente*”.<sup>15</sup>

Lastimosamente, por la extensión del trabajo quedarán en el tintero y pendiente para una posterior publicación, otros aspectos que contribuyen sobremanera a la crisis del sistema penitenciario. Así, se hace referencia principalmente a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, que a pesar de ser una herramienta excepcional, cada día cobra más fuerza en la práctica judicial colombiana, donde muchas veces se confunden los fines de esta figura, con los fines de la pena, llegando incluso a recluirse en la mismas celdas, a sujetos condenados y procesados, afectando tangencialmente la garantía de presunción de inocencia de estos últimos.<sup>16</sup> Tampoco podrá hacerse referencia a cómo el procedimiento penal merece ser replanteado, de tal forma que la oralidad comience a funcionar en debida forma, y se genere la celeridad de los procesos judiciales que se encuentran retenidos<sup>17</sup>. O por otro lado, como el avance en la política criminal frente al combate de cierto tipos de delitos, como lo

---

<sup>13</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “*Política...*” op. cit. pág. 19.

<sup>14</sup> Recuérdese que la política criminal es “*la disciplina que ejerce el papel de mediador entre los conocimientos empíricos de la criminología y los normativos del derecho penal (...) es el puente ineludible (...)*” ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “*Política...*” op.cit., pág. 154.

<sup>15</sup> Así la cita: MARCONDES, Pedro. Tesis Doctoral: “*La función resocializadora en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad en el derecho brasileño: una relectura a partir del paradigma de la ciudadanía*”, programa de Estado de Derecho y Gobernanza Global, Universidad de Salamanca, Directores; Laura Zúñiga Rodríguez y José Aróstegui Moreno. También: PALOMO TRIGUERO, Eduardo. “*Cita-logía*”, Editorial Punto Rojo Libros, S.L. ISBN 978-84-16068-10-4, pág. 87.

<sup>16</sup> Sobre este punto se recomienda ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, disponible para fecha de consulta, 17 de junio de 2019, en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

<sup>17</sup> Sobre este punto se recomienda ver: URBANO, J.J. “*El control de la acusación*”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

son el porte de armas, o el tráfico de estupefacientes ha tendido al total prohibicionismo, sin medir sus consecuencias sobre la saturación de todo el sistema.<sup>18</sup>

## **I. CAPÍTULO: ESTADO DE LA CUESTIÓN.**

### **1. LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO COLOMBIANO.**

#### **1.1 REITERADA DECLARACIÓN DE UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES (ECI) EFECTUADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LOS AÑOS DE 1998, 2013 Y 2015.**

Sea lo primero señalarse que, en términos de la misma Corte Constitucional, la figura del estado de cosas inconstitucionales se declara cuando existen ciertos supuestos de protección consagrados en la carta iusfundamental, que, en el plano práctico del desarrollo nacional, favorecido por las fallas estructurales de la administración y las autoridades, resultan vulnerados y relegados de forma reiterada y masiva, conllevando a la grave afectación de plurales derechos fundamentales. Lo que se pretende mediante su declaración es restablecer la plena vigencia sociológica de la Constitución Política, mediante la colaboración armónica de las diferentes entidades del estado, que permitan superar la crisis.<sup>19</sup> De esta forma, encontramos que, frente al tema relativo a las condiciones de reclusión de la población penitenciaria y carcelaria en Colombia, la Corte Constitucional, como veedora y protectora de la Constitución, ha declarado en tres diferentes oportunidades un estado de cosas inconstitucionales.

La primera vez en 1998, mediante la sentencia T – 153 de ese mismo año. En dicha decisión la Corte llegó a la conclusión de que el sistema de prisiones nacional requería combatir la

---

<sup>18</sup> Sobre este punto se recomienda ver: UPRIMMY YEPES, R., ESTHER GUZMÁN, D. “*Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia*”, disponible para fecha de consulta, 17 de junio de 2019, en: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_188.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_188.pdf)

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencia T-762 de 2015.

sobrepoblación carcelaria y las consecuentes vulneraciones resultantes de esta, mediante una necesaria adecuación de su infraestructura física. En dicho sentido el presupuesto nacional debía destinar parte de su rubro para costear los contratos estatales que permitieran la construcción de nuevas cárceles y la readaptación de las ya existentes, además de buscar la forma de recluir en lugares especiales a miembros de la fuerza pública, así como de separar a los sindicados de los condenados.

Para el año 2013, mediante la sentencia T- 388 de 2013, la alta Corte tras revisar los avances que se habían logrado en materia carcelaria desde el año 1998, con la construcción de nuevos complejos de alta, mediana y baja seguridad, la readaptación de las cárceles ya existentes y las reformas legales orientadas a otorgar beneficios de excarcelación e incentivar el uso de penas y medidas de aseguramiento alternativas, entendió superado el primer estado de cosas inconstitucionales en lo relacionado estrictamente con la carencia y deficiencia de la infraestructura física. No obstante, tal y como se expone, a pesar de los objetivos logrados por el Estado, y entendiendo que las cárceles existentes deberían ser suficientes para un país como Colombia, surge la gran pregunta de por qué sigue existiendo hacinamiento carcelario, fenómeno del cual parten la mayoría de las vulneraciones de derechos fundamentales en las cárceles. Frente a dicho cuestionamiento, la Corte llega a una reflexión importante, y es que el origen del nuevo estado de cosas inconstitucionales, ante el cual se está para ese momento, y que debe reconocerse actualmente prevalece en Colombia, se remonta a diversos factores relacionados principalmente con una equivocada política criminal.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia T-762 de 2015. En esta sentencia la Corte analiza el problema jurídico que se presentaba para el año 2015 y que actualmente persiste, sin embargo, antes de resolver directamente el asunto propio de su competencia, hace clara referencia a aquellas decisiones que conforman los antecedentes más importantes sobre el estado de cosas inconstitucionales en esta materia, por ello resume las principales ideas que se expusieron a lo largo de la sentencia T-388 de 2013, y que en este comentario se presentan: *“Así, de manera general, en esa sentencia se establecieron varias conclusiones, que pueden sintetizarse así: a) La política criminal colombiana ha sido desarticulada, reactiva, volátil, incoherente, ineficaz, sin perspectiva de Derechos Humanos y supeditada a la política de seguridad nacional; b) La política criminal colombiana ha abandonado la búsqueda del fin resocializador de la pena, lo que a su vez genera mayor criminalidad, pues ese abandono contribuye a convertir los establecimientos de reclusión, en verdaderas “universidades del delito”; c) El hacinamiento no es el único problema del sistema penitenciario y carcelario del país. Sin embargo, toda la inversión presupuestal se ha dirigido únicamente a la creación de nuevos cupos carcelarios. Esta estrategia es insuficiente, ya que se abandona la atención de otras problemáticas igual de importantes; d) Los problemas que enfrenta el Sistema penitenciario y carcelario no son nuevos, pero la política criminal sigue sin resolverlos; e) Deben atenderse otras problemáticas diferentes al hacinamiento para superar la violación masiva de los derechos de los presos en Colombia como, por ejemplo, la adecuación y puesta en práctica de programas de resocialización, la adecuada prestación de los servicios de salud, la adecuada*

En consideración se tomaron varias medidas al respecto, principalmente enfocadas en la colaboración de las diferentes entidades del Estado, que por su naturaleza podían ayudar a superar el estado de cosas inconstitucionales, se vinculó de esta forma a la Procuraduría, a la Defensoría del Pueblo, alcaldías locales, secretarías de salud. Además se fijaron reglas para el ingreso de nuevos reclusos a las cárceles como las del equilibrio y equilibrio decreciente, en el entendido de que sólo se permitiría el ingreso de nuevos reclusos a las cárceles en la medida que fueran saliendo otros que liberan los cupos carcelarios predeterminados como disponibles, se establecieron además pautas mínimas de subsistencia digna, que debían respetarse en todo momento, se ordenó la implementación de brigadas jurídicas y se determinó el cierre de los establecimientos penitenciarios y carcelarios que en el lapso de 3 años siguieran propiciando la continuación del estado de cosas inconstitucionales.

A pesar de todos los esfuerzos, en el año 2015 la Corte Constitucional tras analizar nuevamente el tema penitenciario y carcelario, a través de su Sentencia T - 762 de 2015, consideró que el ECI en Colombia persiste. De esta forma afirmó que: *“La violación masiva de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas, a la salud, al agua potable, a la resocialización de los condenados penalmente, entre otros, pues es notorio que la gran mayoría de las personas privadas de la libertad, sometidas a las actuales condiciones de reclusión, que revela el caudal probatorio, han sido desprovistas no solo del derecho a la libertad, como lógicamente corresponde, sino del ejercicio de muchas de las demás garantías constitucionales, sin que ello pueda ser admisible en un Estado Social de Derecho, bajo ningún argumento.”*<sup>21</sup>

A efectos de enfatizar en lo que repercute directamente sobre este trabajo, llama la atención como la Corte reconoce categóricamente que en el ordenamiento jurídico colombiano se ha perdido de vista por mucho tiempo el fin resocializador de la pena, al encontrarse el sistema subsumido en una evidente crisis humanitaria. Establece de esta forma como criterio

---

*prestación de los servicios de agua potable, la prevención de enfermedades al interior de los penales, la adecuación de espacios salubres e higiénicos donde los presos puedan alimentarse y satisfacer sus necesidades básicas con dignidad, la garantía de seguridad y vigilancia para los presos, entre otros”*

<sup>21</sup> Ídem.

incuestionable la necesidad de transformar la actual política criminal del estado, que ha de enfocarse primordialmente en el fin resocializador de la pena. Así recuerda lo que es apenas obvio, pero que muchos legisladores parecen olvidar, siendo que invertir en la resocialización del delincuente, se traduce en la inversión por una mejor sociedad, de tal forma que el convicto cuando reingrese a la vida en sociedad se mantenga dentro de los límites de la legalidad.<sup>22</sup> Para la Corte, los grandes problemas están en que no se disponen de parámetros claros y comunes acerca de la manera como ha de propenderse por la resocialización en las cárceles, en cada establecimiento se desarrollan políticas diferentes y desarticuladas, frente a las cuales no existe ningún tipo de registro o seguimiento que permita medir resultados y reestructurar estrategias. Se plantea así, la necesidad de que los trabajos y estudios ofertados por las cárceles puedan vincularse con las opciones laborales a ejercer por parte del convicto cuando regrese a la vida en sociedad, debiendo existir completas bibliotecas en las cárceles que permitan la lectura educativa y recreativa.<sup>23</sup>

Es por todo esto que se ordena al Ministerio de Justicia y de Derecho con apoyo del Ministerio de Educación, del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE) y el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) que se efectúen a partir de dicho momento análisis concretos y articulados sobre las necesidades para satisfacer una verdadera resocialización en el país, de tal manera que analizado el problema se puedan plantear soluciones materializables en el plano práctico, debiendo hacerse además un informe semestral de los avances y retrasos en esta materia.<sup>24</sup> Se plantea además la necesidad de entrar a evaluar y hacer seguimiento de la vida en libertad del exconvicto, no desde un sentido negativo, sino por el contrario valorativo de la suerte que le aqueja, buscando tomar correctivos. El análisis deberá tener en cuenta opciones laborales, reinserción a la comunidad y reinserción.<sup>25</sup>

## 1.2 PRESENTACIÓN DE ESTADÍSTICAS SOBRE POBLACIÓN CARCELARIA.

---

<sup>22</sup> Ídem.

<sup>23</sup> Ídem.

<sup>24</sup> Ídem.

<sup>25</sup> Ídem.

De acuerdo con cifras oficiales emitidas por el INPEC, para septiembre de 2018 la población carcelaria en Colombia estaba compuesta por 119.125 reclusos, de los cuales 40.070 eran personas sindicadas, sin condenas, es decir un 33.6% del total de la población carcelaria. El 66.4% restantes, es decir el equivalente a 79.055 personas corresponde a personas condenadas. Se hablaba entonces de una sobrepoblación carcelaria de 38.922 personas, lo que representa un índice de hacinamiento del 48,5% respecto a la capacidad normal de las cárceles. Para esa misma fecha los delitos con mayores condenas eran el hurto con 19.489 personas, el homicidio con 21.309 y el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes con 16.743.

En cuanto a las detenciones preventivas por medidas de aseguramiento, las estadísticas reflejaban los siguientes datos: concierto para delinquir con 10.392 personas, hurto con 8.407 y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones con 5493.<sup>26</sup>

Tales cifras son consecuencia lógica del proceder legislativo, cuando tras analizar el articulado es posible percatarse de que sólo el hurto, en caso de no predicarse con agravantes o de manera cualificada, o el homicidio culposo, cumplirían con el requisito objetivo fijado por el ordenamiento para acceder a la sustitución de la ejecución de la pena.<sup>27</sup> Lo que permite inferir también, que en el ámbito procesal, antes de la condena, podría predicarse detención preventiva de cualquiera de los restantes, por superar los 4 años el límite mínimo de la posible pena.<sup>28</sup> Aunado a esto, encontramos cómo delitos como el de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes han cambiado en su forma de consagración, de tal manera que primigeniamente, recién expedida la Ley 599 del 2000, se establecía que la conducta se sancionaba cuando se tratara de droga que produjere dependencia, salvo aquellos casos en que encajara dentro de los supuestos de la dosis mínima; actualmente, luego de las reformas, se establece que cualquier droga, sin importar el título que se disponga sobre esta.<sup>29</sup> De la misma manera, conductas como el concierto para delinquir han ampliado su lista de

---

<sup>26</sup> INPEC, Informe estadístico de fecha septiembre 2018, disponible para fecha de consulta, 5 de octubre de 2018, en: [http://www.inpec.gov.co/estadisticas/informes-y-boletines/-/document\\_library/6SjHVBGRiPOM/view/436245](http://www.inpec.gov.co/estadisticas/informes-y-boletines/-/document_library/6SjHVBGRiPOM/view/436245)

<sup>27</sup> Código Penal colombiano, art. 63

<sup>28</sup> Código de Procedimiento Penal colombiano, art. 313.

<sup>29</sup> Código Penal colombiano, art. 376.

agravantes específicos, con penas aún más severas cuando se demuestra que el concierto es para determinados delitos.<sup>30</sup> Por su parte, es increíble como el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones contemplaba inicialmente una pena de 1 a 4 años, y actualmente, luego de sendas reformas, se concibe de 9 a 12 años su pena.<sup>31</sup>

## **2. BREVE RECUENTO DE LAS DIVERSAS TEORÍAS DE LA PENA.**

A pesar de que los esfuerzos de este trabajo se concentran en el fin resocializador de la pena como forma de manifestación de la prevención especial positiva, derivada de las teorías relativas o utilitaristas del castigo, se hace necesario a efectos de abordar de mejor manera el problema jurídico planteado de la crisis del sistema penal penitenciario colombiano, partir de la descripción de las diferentes teorías que existen. Sólo de esta forma podremos llegar a la conclusión que aquí se planteará, siendo que en Colombia se optó más allá de la implementación de una teoría mixta de la pena, por la aplicación de la teoría unificadora dialéctica de Roxin, la cual establece a grandes rasgos que existen tres etapas individuales de la aplicación del derecho penal, que habrán de condicionar que tipo de fin de la pena se persigue dependiendo del momento al que se aluda.<sup>32</sup> En esto nos concentraremos las siguientes páginas.

Al respecto se trae a colación lo preceptuado en los artículos 3 y 4 del Código Penal colombiano, los cuales señalan respectivamente que *“La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan (...)”*<sup>33</sup> y que *“La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y*

---

<sup>30</sup>Ibídem, art 340.

<sup>31</sup> Ibídem, art. 365.

<sup>32</sup>ROXIN, C. *“Derecho penal, parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito”*, Tomo I, traducción y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 97.

<sup>33</sup> Código Penal colombiano, art. 3

*protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.*<sup>34</sup>

Tal y como se puede apreciar, la resocialización no es el único fin que persigue el ordenamiento jurídico colombiano, ello se debe en gran medida a que, si así fuese, la imposición de la pena carecería de los límites que la dotan de sus necesarios componentes de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Abogar por la aplicación de una teoría monista, cualquiera que sea su objetivo resulta bastante peligroso, aún enfocándonos exclusivamente en el tratamiento del penado, ya que, dependiendo de la complejidad del caso concreto, analizada desde el punto de vista subjetivo del sujeto, y no por una identidad fáctica, puede que en algunos supuestos la resocialización no resulte necesaria, en otros casos exista imposibilidad física de materializarse, o finalmente no sea lícita, pudiendo generar una suerte de tratamientos desiguales, que conllevarían a afectar la seguridad jurídica del sistema, y permitir eventuales supuestos de impunidad.<sup>35</sup>

Es por ello por lo que de cada teoría deberá desecharse lo malo e intentar extraer lo bueno, llegando a obtener lo que el autor Heinz Zipf denominó el triángulo mágico de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial, es decir el justo equilibrio entre: *“los intereses penales estatales y la protección individual del ciudadano que ha incidido en la delincuencia...”*<sup>36</sup>

En consideración, en este momento se habrán de establecer las diferencias existentes entre las teorías absolutas (retributivas) y las relativas o utilitarias para luego determinar cómo estas valoradas en conjunto no resultan excluyentes, sino por el contrario, complementarias.

## 2.1 TEORÍAS ABSOLUTAS.

*“Punitur quia peccatum est”*, que quiere decir castigar porque se ha pecado. De acuerdo con estas teorías el autor del delito merece soportar un mal impuesto por el estado como forma

---

<sup>34</sup>Ibídem, art. 4.

<sup>35</sup>MIR PUIG, S. *“Manual de derecho penal, parte general”*, PPU, Barcelona, pág. 55.

<sup>36</sup>ZIPF, H. *“Introducción a la política criminal”*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, pág. 161.



de compensación derivada de su culpabilidad por la comisión de la conducta delictiva.<sup>37</sup> Su fundamento es apriorístico, es decir sólo puede derivarse de una culpabilidad por el hecho cometido, una responsabilidad personal e individual. No persiguen ningún tipo de propósito, sino que se erigen como un fin en sí mismas, ya que pretender algo más allá del castigo significaría llegar a instrumentalizar al ser humano.<sup>38</sup> Su origen o base es iusnaturalista, en principio defienden la idea de justicia divina, que finalmente irá mutando a un ideal de justicia terrenal, que en todo caso goza de ser abstracta.<sup>39</sup> Silva Sánchez señala que una actual concepción de estas teorías, sería aquella que se inclina por predicar que *“bajo el término justo no entienden el valor absoluto de justicia, sea cual sea su forma de concreción, sino la estimación social concreta acerca de cual es la sanción justa en un determinado caso.”*<sup>40</sup>

Es pues, de tal interpretación que se deriva su principal logro como posición doctrinal, en cuanto el hecho de que para que se pueda predicar una pena justa, tiene que necesariamente acudir a los conceptos de racionalidad y proporcionalidad, que sirven como límite claro e infranqueable del Ius Puniendi del estado. Su influencia actual es grandísima, ya que el garantismo jurídico es una derivación de sus postulados.<sup>41</sup> Como grandes exponentes de estas teorías figuran Kant y Hegel. El primero defensor de la retribución ética, como aquella que se fundamenta en la idea del valor moral de la ley infringida por quien se considera culpable, haciendo alusión a lo que el mismo denominaría *“el imperativo categórico”*, consistente en que el ser humano debe actuar como si su proceder tuviera el alcance de definir las leyes generales de la naturaleza, de tal manera que cuando no lo hace se convierte en acreedor de un castigo por parte del estado, como manifestación simple y llana de la idea de justicia, sin perseguir ningún tipo de fin social. De hecho, para este doctrinante la justicia es el único criterio a tenerse en cuenta al momento de castigar, con independencia de que para el caso concreto resulte innecesaria la pena.<sup>42</sup> Por su parte Hegel defiende la idea de una retribución jurídica, donde plantea al delito como la negación del derecho y el castigo como la negación

---

<sup>37</sup> CERREZO MIR, J. *“Curso de derecho penal español. Parte general I, Introducción”*, 6.a edic., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 22.

<sup>38</sup> SANZ MULAS, N. *“Alternativas ...”* op. cit., pág. 39.

<sup>39</sup> *Ibidem*, págs. 39 - 49.

<sup>40</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. *“Aproximación...”* op. cit., pág. 205.

<sup>41</sup> SANZ MULAS, N. *“Alternativas ...”* op. cit., págs. 41 - 42.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pág. 40. Fuente directa: KANT. *“Metaphysik der sitten”*, ed. Vorländer, Verlag F. Meiner, Hamburgo, 1959, Erster Teil, Anfangsgründe der Rechtslehre, par. 49 E, P. 159.

de la negación del derecho, es decir lo que se busca finalmente es restablecer la prevalencia del derecho mediante el sufrimiento derivado de la pena. Para este autor el sujeto que delinque impone violentamente su voluntad especial sobre la voluntad general que ha decidido el derecho vigente, por ello merece la pena, lográndose satisfacer el ideal de justicia. De acuerdo con su forma de concebir la teoría, no se persigue ningún tipo de fin utilitarista, ya que sólo la pena en este sentido puede asegurar el respeto del honor y libertad del hombre.<sup>43</sup>

Estas teorías han sido fuertemente criticadas por estudiosos del derecho como el catedrático alemán Roxin, quien en su parecer considera que no existe una verdadera afronta al Ius Puniendi del estado, ya que al no perseguirse ningún tipo de fin más allá de la justa pena, realmente se carece de límites que condicionen el proceder legislativo y establezca de manera concreta en que supuestos y bajo que parámetros se ha de penar. Al final la abstracción de la idea de justicia será resuelta por lo que el legislador considere apropiado.<sup>44</sup> Para la profesora Sanz Mulas el gran problema de estas teorías está en que su legitimación estriba de la noción de culpabilidad, que a la fecha cada vez se cuestiona y debate más, al no tenerse suficiente certeza de si existe o no el libre albedrío. En dicho entendido, aún sin haberse comprobado nada al respecto, al encontrarse su fundamento teórico en discusión, su credibilidad como fin de la pena válido, resulta afectada.<sup>45</sup> Por su parte, Silva Sánchez coincide con esta última crítica, por lo que expone que las teorías absolutas deberían ser replanteadas en su concepción y derivadas en mejor medida de una perspectiva de racionalidad moderna, donde la pena sea la eliminación de la ilícita ventaja conseguida por quien no la merece, por no haber efectuado ninguna contraprestación a cambio para conseguirlo.<sup>46</sup> Además, relaciona la creciente tendencia del “adiós a Kant y a Hegel”, por lo menos en lo que tiene que ver con que sus teorías no se tomen en un sentido puro o absoluto, tras considerar acertadamente que en un estado liberal no son de recibo justificaciones de carácter metafísico de la pena, y mucho menos cuando se mienten a sí mismas afirmando que no persiguen ningún tipo de fin<sup>47</sup> ; si

---

<sup>43</sup>SANZ MULAS, N. “*Alternativas ...*” op. cit., pág. 40. Fuente directa: Hegel. “*Grundlinien der Philosophie des Rechts*”, 4ª ed., por J. Hofmeister, Verlag Von F. Meiner, Hamburgo, 1955, párs. 95 y ss, especialmente párs 97 y 99, pp91 y ss.

<sup>44</sup>ROXIN, C. “*Sentido y límites de la pena estatal*”, en problemas básicos de derecho penal, traducción y notas de Luzón Peña, Reus, S.A., 1976, págs. 12 – 14.

<sup>45</sup>SANZ MULAS, N. “*Alternativas ...*” op. cit., pág. 44.

<sup>46</sup>SILVA SÁNCHEZ, J. “*Aproximación...*” op. cit., pág. 200.

<sup>47</sup>Ibidem, pág. 199.

ello fuere verdaderamente así, supondría en palabras de Hassemer la renuncia a su fundamento.<sup>48</sup>

Otros autores como Mir Puig y Antón Oneca consideran que la exigencia de establecer una necesaria proporcionalidad entre el hecho cometido y su castigo tiene un tinte o matiz mucho más preventivo general, que meramente retribucionista.<sup>49</sup> Y es que como lo afirmaría Silva Sánchez, del mismo pensamiento inicial de Hegel se puede afirmar que realmente lo que hay es una retribución puesta al servicio de la prevención, o sino que es el restablecimiento del derecho, más allá de la persecución de un claro fin social.<sup>50</sup>

Por todo lo anterior es que se llega a la conclusión de que estas teorías no pueden ser aplicadas en un sentido puro, máxime cuando han perdido su autonomía tras verse dotadas de un sentido utilitarista, que hace que lo justo deje de comprenderse como un valor, y empiece a analizarse como un dato de contenido empírico de las realidades sociales.<sup>51</sup> Bajo esta lógica, cuando en tiempos presentes se discute acerca del surgimiento de corrientes neoretribucionistas, no quiere decir esto que inmediatamente se este pensando en la idea clásica de castigar como forma de venganza, su impacto es más bien, conforme a la mayoría de autores que trabajan estos temas, hacia el rescate de las garantías y principios del derecho penal en defensa del individuo.<sup>52</sup>

## 2.2 TEORÍAS RELATIVAS O UTILITARIAS.

*“Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur”*, postulado en latín que rebate la idea central de las teorías retribucionistas, al afirmar que la esencia de la pena no es castigar

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, pág. 204. Aquí el autor utiliza como soporte de su argumentación lo expresado por HASSERMER, en “Derecho penal y ciencias sociales”, pág. 127.

<sup>49</sup> MIR PUIG, S. “*Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*”, Bosch, Barcelona, 1976, pág. 96.

ANTÓN ONECA, J. “*La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*”, discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945, Cervantes, Salamanca, 1944, pág. 36.

<sup>50</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. “*Aproximación...*” *op. cit.*, pág. 204.

<sup>51</sup> *Ídem*. Aquí el autor utiliza como soporte de su argumentación lo expresado por HASSERMER, en “Derecho penal y ciencias sociales”, pág. 206.

<sup>52</sup> *Ídem*. Aquí el autor utiliza como soporte de su argumentación lo expresado por HASSERMER, en “Derecho penal y ciencias sociales”, págs. 206 y 207.

el pecado, si no evitar futuros pecados, en dicho sentido la pena es un medio que sirve para prevenir la comisión de delitos.<sup>53</sup> Su fundamento ya no es iusnaturalista, se aparta de la noción de justicia divina y su posterior desarrollo, y se concentra puntualmente en la idea de alcanzar a través de la pena una función utilitaria para la vida en comunidad, como lo es el aseguramiento de la paz; posición doctrinal que sin duda encaja en mejor medida en un pensamiento de rasgos contractualistas, como el pacto social de Rousseau.<sup>54</sup> Así las cosas, su ideal ya no es una simple abstracción, sino que se justifica en datos criminológicos recolectados empíricamente.<sup>55</sup> El derecho penal a través de la pena se convierte en una fuerte herramienta de lucha contra la criminalidad como fenómeno social generalizado, al no conformarse con su simple incidencia en el ámbito reducido de cada caso particular.

Al respecto deberá exponerse que existen distintas teorías utilitarias, puntualmente las que abogan por la prevención general, y por otro lado las que abogan por la prevención especial. De una manera muy simple y entendible, Berdugo Gómez de la Torre las distingue por su destinatario, es decir, la prevención general como aquella que va dirigida a la comunidad en general, mientras que la especial al individuo infractor de la normativa.<sup>56</sup> A continuación, se profundizan un poco más en estas nociones:

### 2.2.1 PREVENCIÓN GENERAL.

Se basa en una doble funcionalidad de la pena, por un lado establecedora de las pautas de convivencia en la sociedad, por ende con carácter pedagógico al buscar generar lazos de adhesión a su contenido, a esta se le denomina prevención general positiva, mientras que por el otro una versión más ruda en su concepción, intimidatoria de la comunidad ante la eventual infracción de dichas normas de conducta, la que se reconoce como prevención general negativa.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> HASSEMER, W. “*Fundamentos del derecho penal*”, traducción y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984, pág. 347

<sup>54</sup> ROUSSEAU, J.J. “*Del contrato social; discurso sobre las ciencias y las artes; discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres*”, Editorial Alianza, España, 1998.

<sup>55</sup> SANZ MULAS, N. “*Alternativas ...*” op. cit., págs. 49-50.

<sup>56</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “*Lecciones...*” op. cit. pág. 22.

<sup>57</sup> CEREZO MIR, J. “*Curso de ...*” op. cit. págs. 23 y 24.

Para Sanz Mulas, la prevención general positiva es la encargada de encontrar un justo balance entre las intenciones de la prevención del delito y las de la retribución, como andamiaje que permite que estas dos ideas se conecten.<sup>58</sup> Lo que busca es que los valores preestablecidos por el ordenamiento jurídico sean compartidos por la comunidad, mediante su interiorización, de tal manera que el ciudadano se sienta parte de un todo y desee serle fiel al estado.<sup>59</sup> Para lograr tal propósito evidentemente sus dependientes deben reconocer en él un orden justo,<sup>60</sup> de tal manera que la adhesión se genere por encontrar su actuar legítimo y acorde a los principios propios del modelo de estado. Se le critica a esta teoría su semejanza a las posturas retribucionistas, es más, muchos autores como lo es el caso de Berdugo Gómez de la Torre la consideran una actualización de las posturas absolutas, que por la evolución del modelo de estado tuvieron que irse moderando y acoplando, de tal manera que adaptaron su búsqueda de justicia a un fin de contenido social.<sup>61</sup> Por su parte, Silva Sánchez coincide parcialmente con esta idea, cuando afirma que el origen de la prevención general positiva se remonta a aquel momento en que *“las tesis retributivas dejan de legitimarse apelando a la majestad de la pena absoluta y a la realización de la justicia como valor metafísico, para pasar a hacerlo alegando los efectos sociales positivos de la pena desprovista de toda función.”*<sup>62</sup> Sin embargo, para este último ello no significa tratarla como una postura retributiva, ya que su surgimiento se da con ocasión de la desnaturalización de lo que eran los pilares de las teorías absolutas.<sup>63</sup>

En cuanto a lo que concierne a la prevención general negativa, *“la conminación penal abstracta se convierte en el eje de cumplimiento de la misión del derecho penal, mientras que los momentos posteriores se muestran como manifestaciones de la seriedad del derecho en cumplimiento de aquella misión.”*<sup>64</sup> Esta posición acude a la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, aquella según la cual, para disuadir al potencial delinciente de su idea de comisión de una conducta delictiva, debe amenazársele con que el castigo que podrá

---

<sup>58</sup> SANZ MULAS, N. *“Alternativas ...”* op. cit., pág. 60.

<sup>59</sup> FERRAJOLI, L. *“Derecho y razón...”* op. cit., págs. 274 y 275.

<sup>60</sup> LUZÓN PEÑA, D. *“Antinomias penales y medición de la pena”*, DP, año 2, 1979, pág. 599.

<sup>61</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *“Lecciones ...”* op. cit. pág. 24.

<sup>62</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. *“Aproximación...”* op. cit., pág. 227.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pág. 228.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pág. 212.

imponerle el estado resultará peor que cualquier mal que le signifique dejar de materializar el delito.<sup>65</sup> Sin tener un mismo origen, su argumento pareciera coincidir con el de la postura criminológica de la elección racional del delincuente, que entiende que la comisión de una conducta delictiva generalmente significó antes de su exteriorización, un análisis o ponderación de costos beneficios por parte de éste.<sup>66</sup> Claro que parece más realista esta última, por cuanto tiene en cuenta para su fundamentación las variables que se pueden presentar en un supuesto concreto, donde la racionalidad puede verse afectada por factores como el tiempo, la capacidad o información con la cual cuenta el delincuente.<sup>67</sup>

En este sentido afirma Hassemer que el fundamento preventivo general da por cierto y como punto de partida un dato falseable, como lo es que no todos los seres humanos actúan racionalmente.<sup>68</sup> Así mismo, Muñoz Conde también pareciera tener en cuenta la posibilidad de que concurren dichas variables cuando ha afirmado en varias oportunidades a lo largo de sus obras, que los conflictos sociales pueden originarse en la comunidad debido al choque entre la motivación del ordenamiento jurídico, concretizada en la norma penal, y la motivación individual de cada sujeto, que en su desarrollo ha enfrentado diversos procesos de socialización, generando tal enfrentamiento una esperable reacción de repulsión.<sup>69</sup>

Pues bien, estos son problemas a tratarse posteriormente por la prevención especial positiva como postulado que busca formar y afianzar la consciencia de los ciudadanos que han transgredido los valores del ordenamiento jurídico. Sobre este punto volveremos en el epígrafe siguiente, dedicado enfáticamente a la resocialización.<sup>70</sup>

Por ahora diremos entonces, a manera de resumen, que la intimidación juega con la idea del terror penal, mientras que la estabilización de la norma lo que busca es el respeto y apego al ordenamiento jurídico, por compartir sus razones justificativas del estatus quo del sistema,

---

<sup>65</sup> FEUERBACH. *“Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts”*, 14. A ed., GieBen, 1847, p. 37 y ss.

<sup>66</sup> GARLAND, D. *“La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea”*, traducción por Máximo Sozzo, Gedisa editorial, España, Pág. 220.

<sup>67</sup> Ídem.

<sup>68</sup> HASSEMER. *“Fundamentos ...”* op. cit., pág. 384

<sup>69</sup> MUÑOZ CONDE, F. *“Derecho penal y control social”*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2004, pág. 23.

<sup>70</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. *“Aproximación...”* op. cit., pág. 213.

fin que sólo se puede conseguir mediante la implementación de una política penal humana, donde la sanción abarque contenidos que cumplan con los principios de culpabilidad y proporcionalidad.<sup>71</sup>

### 2.2.2 PREVENCIÓN ESPECIAL.

Llegado este momento, sólo abordaré en esta oportunidad lo referente a la prevención especial negativa, por dedicarme exclusivamente a la prevención especial positiva todo el epígrafe siguiente, tal y como lo había indicado precedentemente.

Pues bien, es muy poco lo que se debe decir al respecto, ya que su pretensión es incompatible con las exigencias del estado social de derecho, al pretender inocular o neutralizar a aquellos individuos que se consideran incorregibles. Elimina de raíz el problema de la reincidencia acudiendo a mecanismos como la pena de muerte, la desaparición, el encierro, e intervenciones corporales o psicológicas como es el caso de la castración química. Es propia de sistemas autoritarios que sobrepasan cualquier límite impuesto por el respeto de los derechos humanos.<sup>72</sup>

## 3. ESPECIAL REFERENCIA A LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA.

### 3.1 ORIGEN DEL CONCEPTO DE RESOCIALIZACIÓN.

No existe una delimitación exacta de cuando surge por primera vez este concepto, ya que tal y como lo destaca Mapelli Caffarena, la idea en si misma viene de tiempo atrás, desarrollada por diversos autores, bajo diferentes rótulos o denominaciones.<sup>73</sup> Como primeros referentes al respecto estarían Platón, Santo Tomás de Aquino, y la Iglesia en su entendido institucional, que veían en la pena la posibilidad de enmienda del delincuente.<sup>74</sup> Una idea mucho más afín

---

<sup>71</sup>Ibídem, pág. 230 y 232.

<sup>72</sup> SANZ MULAS, N. “*Alternativas ...*” op. cit., pág. 74.

<sup>73</sup> MAPELLI CAFARENA, B. “*Principios Fundamentales del Derecho Penal Español*”, Barcelona: Bosch, 1983, pág. 3.

<sup>74</sup> MARCONDES, P. Tesis Doctoral: “*La función...*” op. cit., pág. 45.

a la actual podría identificarse en tiempos de la ilustración, no obstante, esta se vería interrumpida en su promoción, ya que el retribucionismo adquiriría mucho valor como ideal a perseguir a lo largo del siglo XIX. Sería sólo hasta finales de esta centuria, con el apoyo del positivismo italiano, gracias a los pensamientos de estudiosos como Alimena y Carnavale; el correccionalismo promulgado por el catedrático español Dorado Montero, y los avances de Von Lizst en el sistema alemán, que iría ganando espacio la idea resocializadora.<sup>75</sup>

Así, coyunturalmente, el gran auge del fenómeno resocializador se da con ocasión del final de la segunda guerra mundial, cuando la comunidad internacional en general intentaba superar las nefastas consecuencias de castigar sin un propósito más allá del mero punitivismo.<sup>76</sup> Habíamos despertado por fin y comprendido que el Ius Puniendi del estado resulta excesivamente peligroso cuando la noción de legalidad se adapta sin ninguna objeción a los intereses de la clase dominante, por lo que la pena tendría un nuevo fin, tratar al delincuente.

### 3.2 ADOPCIÓN DEL CONCEPTO DE RESOCIALIZACIÓN POR PARTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

A Colombia tardaría un poco más en llegar esta nueva visión de la pena, las primeras influencias provendrían de tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Nueva York en el año de 1966, pero finalmente adoptado por dicha legislación en 1968; el cual establece en su artículo 10, numeral 3, que el régimen penal consiste en un tratamiento al condenado, que tiene como objetivo la reforma y readaptación social de este. También constituiría un antecedente importante sobre el tema, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, adoptada por el Estado colombiano en 1972, que en su artículo 5 haría alusión a la integridad personal, el respeto de la dignidad humana de la persona privada de la libertad, la necesidad de separar a procesados

---

<sup>75</sup> SANZ MULAS, N. “*Alternativas ...*” op. cit., pág. 72.

<sup>76</sup> ROXIN, C. “*Derecho penal, parte ...*” op. cit., pág. 86.



de condenados, y el fin perseguido por las penas privativas de la libertad, siendo este último la reforma y readaptación social de los condenados.

Sólo hasta el año de 1980, con la creación de un nuevo Código Penal que derogaba a su predecesor, que había estado vigente por casi medio siglo, desde 1936, es que se consagra expresamente por primera vez la pena en un sentido mixto, logrando generarse una amalgama entre la prevención especial y la retribución como fines de la pena. Criterio que se mantiene vigente actualmente, tal y como se puede comprobar a partir de lo consagrado en el artículo 4 del Código Penal (Ley 599 del 2000) y los artículos 9 y 10 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993).

A pesar de que su positivización se da en una norma de rango legal y no expresamente en la Constitución Política, como ocurre en las legislaciones de otros países, se considera, tal y como se había hecho breve mención en la parte introductoria de este trabajo, que el fin de la pena esta determinado estrictamente por el modelo de estado<sup>77</sup>, el cual paralelamente se encuentra definido en el artículo primero de la Carta Magna colombiana, donde se establece a grandes rasgos que Colombia es un Estado Social de Derecho, democrático, participativo, fundado en el respeto de la dignidad humana. Es decir, se analiza como un mandato constitucional, derivado del texto de la misma norma de normas, que además hace parte del bloque de constitucionalidad, y que no se conforma con proteger la dignidad humana, sino que va más allá, permitiendo materializar derechos como el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía del recluso. Sobre el tema existen plurales sentencias que conforman una clara línea jurisprudencial en la materia, y que evidencian un análisis de la forma como el alto tribunal ha interpretado esta noción.<sup>78</sup>

Esto se traduce en que en el ordenamiento jurídico colombiano, la idea de la pena de prisión en un sentido netamente retribucionista ha sido superada, debiendo esta, en términos de Zúñiga Rodríguez, ser cada vez más humana y utilizada como una herramienta útil para sistema penal.<sup>79</sup> Es decir, nada ganamos con únicamente encerrar y castigar, cuando por

---

<sup>77</sup> Al respecto ver pág. 5 de este trabajo.

<sup>78</sup> Se destacan las sentencias: C-261 de 1996, la C-012 de 2011, C-430 de 1996, C-144 de 1997, C-806 de 2002, C-061 de 2008, C-227 de 2014, T-267 de 2015, T-718 de 2015 y C-328 DE 2016.

<sup>79</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. "Política ...", op.cit. pág.192.

expresa prohibición constitucional la pena de muerte o la cadena perpetua se encuentran prohibidas<sup>80</sup>, y tarde que temprano el recluso tendrá que volver a vivir en sociedad. Más vale aprovechar la oportunidad para intentar corregir al penado, evitar su reincidencia, brindarle mejores oportunidades de vida, y correlativamente disminuirle costos al estado.

### 3.3 ALCANCE Y CRÍTICAS AL CONCEPTO DE RESOCIALIZACIÓN.

Concretamente la resocialización lo que pretende es que al sujeto delincuente no se le excluya del pacto social, sino que se le den las herramientas para lograr su reinserción. Para Roxin: *“Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal (cfr. supra § 2), en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social.”*<sup>81</sup>

Sin embargo, es curioso porque en algunas providencias de los Altos Tribunales de Colombia se ha señalado erróneamente que lo que se busca es que: *“(...) la persona que ha llevado a cabo conductas delictivas retorne al seno social previa superación de los motivos, causas o factores que la empujaron a la criminalidad. Es decir, debe ser entendida como el tratamiento al que es sometido la persona privada de la libertad a fin de que no vuelva a delinquir.”*<sup>82</sup> Es aquí cuando comienzan los problemas de tan altruista iniciativa, cuando es claro que dichos motivos, factores o causas no necesariamente habitan únicamente en el ser del delincuente, sino que pueden provenir también en gran medida de la misma sociedad en la que solía desenvolverse este, y frente a la cual paradójicamente se pretende su reinserción. Nótese que el cuestionamiento que aquí se hace no es nuevo para la doctrina, ya lo señalaba Muñoz Conde desde el año 1989<sup>83</sup>, el problema es que aún seguimos sin avanzar en dicho sentido.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Constitución Política de Colombia, arts. 11 y 12.

<sup>81</sup> ROXIN, C. *“Derecho penal, parte ...”* op. cit., pág. 87.

<sup>82</sup> Corte Constitucional, sentencia T-265 de 2017.

<sup>83</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *“Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera”*, en VI Jornadas penitenciarias andaluzas, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1989, pp. 35 y ss.

Y así, se exponía que comenzaban los problemas para este fin de la pena, por cuanto nótese que al reconocerse que el Estado colombiano es pluralista, no se puede hablar de una única cultura que predomine sobre las demás y sea poseedora de una única verdad, capaz de determinar lo normal y lo irregular, sino que se debe propender por respetar su diversidad cultural y tratar de construir un criterio de sociedad ideal a perseguir mancomunadamente.<sup>85</sup> Así, este debe ser inclusivo, teniendo en cuenta las diferencias que pueden llegar a apartar al recluso del modelo de sociedad que se ha trazado como fin a alcanzar. Resulta bastante difícil, ya que en la práctica puede apreciarse que los grandes problemas delictuales suelen tener su origen en los procesos de criminalización primaria, agravarse en la criminalización secundaria y finalmente colapsar en la criminalización terciaria. No es que en este trabajo se este adoptando lo propuesto por la teoría del etiquetamiento,<sup>86</sup> pero si es cierto que en la sociedad actual en la que vivimos, la denominada por Beck como sociedad del riesgo, a pesar del reciente boom de la lucha anticorrupción hay cierta propensión por criminalizar en mayor medida aquellas conductas que no afectan a los poderosos. En dicha forma se pretende un estatus quo que conserve los beneficios a unos pocos. En todo caso lo que debe quedar claro es que la resocialización ha de resumirse a una labor de medio, en la que debe figurar el mayor esfuerzo del estado por alcanzar el deseado fin, pero que en últimas no se podrá imponer a la fuerza al individuo.<sup>87</sup> Es decir, la resocialización va encaminada a que el reo se sienta identificado con el ordenamiento jurídico en el cual se desenvuelve, o que por lo menos entienda la necesidad de respetarlo a pesar de las diferencias que puedan existir en su criterio, y que no le permitan compartirlo a integridad. Está en que el condenado salga de prisión comprendiendo porque es más provechoso actuar dentro del margen de la legalidad, que fuera de él, pero para ello sin duda que habrá que propugnar por establecer un cambio en la sociedad muchas veces marginadora, discriminatoria y con oportunidades para unos pocos.

Sobre este punto, Sanz Mulas manifiesta abiertamente su rechazo por los denominados programas máximos de resocialización, donde forzosamente se pretende que el condenado se adapte a las normas del ordenamiento jurídico, manipulando su convencimiento ético con el fin de causar adhesión interna a valores sociales, que en condiciones diferentes a las de la

---

<sup>85</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “Política...” op.cit., pág.187.

<sup>86</sup> ZIPF, H. “Introducción...” op. cit. págs. 136 y ss.

<sup>87</sup> MIR PUIG, S. “Derecho penal. Parte general”, 6a. edición. 2002; Editorial Repertor, pág. 93.

vida en prisión, seguramente nunca compartiría. Considera la autora, que una verdadera resocialización debe estar orientada por criterios de legalidad, donde tal y como señalaba Box Reig<sup>88</sup>, la resocialización no sea una imposición, sino una oferta para el condenado. Se destaca de esta forma la necesidad de humanizar las cárceles, y mejorar en la mayor medida de lo posible las condiciones de vida dentro de estas.<sup>89</sup>

Otro gran inconveniente que tropieza la resocialización es que es excesivamente costosa, si verdaderamente se quiere asegurar el éxito del tratamiento al delincuente, no se podrá establecer un único modelo o pautas a seguir en este, se supone debería intentarse un programa personalizado o por lo menos que agrupara ciertos patrones comunes, pero en realidad ello es imposible, máxime cuando la comunidad, gracias al politiquero y la demagogia, por lo general suele repudiar al delincuente, y por ende toda inversión que se haga y que a primeras, sin analizar de fondo el asunto, parezca que tenga un objetivo permisivo y caprichoso a favor de quien defraudó al ordenamiento, va a ser duramente cuestionada.<sup>90</sup> Siendo honestos, preocuparnos por el delincuente, después de su aprehensión y condena, no da votos, ni favorabilidad en ninguna encuesta.

### 3.4 TOMA DE POSTURA RESPECTO A LA RESOCIALIZACIÓN.

Finalmente debe decirse que a pesar de todas las críticas que se han puesto de presente, abogar por el cumplimiento del objetivo resocializador resulta ser la alternativa más conveniente para todo el sistema en su integridad, sin embargo, tal y como lo han expuesto ya varios doctrinantes, la práctica parecería demostrar que es un criterio que se queda corto ante ciertas circunstancias concretas que escapan su fundamento, significado y alcance, por lo que merece ser replanteado. De esta forma y a modo de ejemplo, se hace referencia al caso de aquellos sujetos que toda su vida se han visto relegados y marginados en la sociedad, que realmente nunca vivieron un proceso de socialización que los hiciera sentir importantes, o por lo menos que no eran indiferentes para la humanidad; o el caso absolutamente contrario,

---

<sup>88</sup> BOIX REIG, J. “Significación ...” op. cit. 114 y ss.

<sup>89</sup> SANZ MULAS, N. “Evolución histórica de la pena de prisión”, 1ª Lección de la obra colectiva *Manual de Derecho Penitenciario*, del Portal Jurídico de Internet com, Portal Derecho S.A., Madrid, España, 2002.

<sup>90</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “Política...” op.cit., pág.188.

el de aquellos individuos que toda su vida tuvieron grandes oportunidades, se formaron y adquirieron sus conocimientos en las mejores escuelas y universidades, pudiendo asegurar su bienestar sin ninguna dificultad, pero que en el camino decidieron desviarse y utilizar todo lo aprendido para obtener el beneficio personal a toda costa. Pues es claro que ambos casos, por más que hablemos de circunstancias opuestas, coinciden en que el delincuente no debe ser resocializado. Mírese bien que en el primer supuesto estaríamos realmente ante la pena como un primer acercamiento a la educación, a la integración del sujeto a la vida en comunidad, mientras que en el segundo escenario estaríamos ante el típico caso del individuo que suele desempeñar un rol significativo en la sociedad, y que por su astucia suele creer que puede acomodar el ordenamiento jurídico a su actuar que carece de todo límite ético.<sup>91</sup>

En resumen, la pena ha de encontrar la forma de ser provechosa para el estado, sirviendo como criterio ejemplarizante para la sociedad en general, y disuasivo para el delincuente, satisfaciendo los intereses de verdad, justicia y reparación de las víctimas, pero sin perder de vista, que el penado es un ser humano con igual derechos que cualquier otro, por lo que merece la oportunidad de corregirse, bien sea a partir de una primera integración social a partir de la cual pueda sentirse parte de un todo, siendo respetado y valorado, resocializado en el normal de las condiciones, o reeducado en su sentir ético.

#### **4. LA TEORÍA UNIFICADORA DIELÉCTICA DE ROXIN Y SU RECEPCIÓN EN COLOMBIA.**

Si bien ya se había hecho referencia a los riesgos que comporta asumir una posición monista del fin de la pena, por las diferentes deficiencias o vacíos que alberga cada una de las teorías en su fundamentación, y que sólo estas podrían ser resueltas o minimizadas a partir del reconocimiento de los aciertos de las demás posiciones doctrinales. Se resaltan en este momento, que tales correcciones deberán darse de manera organizada y racionalizada, de tal forma que no se solapen los objetivos de cada una de las teorías, y termine por darse lo menos deseado, siendo que se robustezcan las antinomias de la pena.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> *Ibíd.*, págs.191 y 192.

<sup>92</sup> SANZ MULAS, N. “*Alternativas ...*” *op. cit.*, pág. 101, 102 y 103.

Respecto a las teorías mixtas señala Roxin: *“Una teoría mixta de este tenor parte del correcto entendimiento de que ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas pueden determinar justamente por sí solas el contenido y los límites de la pena. Pero le falta el fundamento teórico en cuanto sus defensores se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad y la prevención especial y general. Una “teoría unificadora aditiva” de este cariz no colma las carencias de las diferentes opiniones particulares, sino que las suma y conduce sobre todo a un ir y venir sin sentido entre los diferentes fines de la pena, lo cual imposibilita una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social.”*<sup>93</sup> Frente a lo cual establece que un adecuada forma de tratar el asunto consiste en: *“La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivoespeciales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivogenerales. Una concepción así no tiene en modo alguno un significado predominantemente teórico, sino que, aparte de lo ya expuesto, tiene también muchas e importantes consecuencias jurídicas.”*<sup>94</sup>

Este autor identifica en la aplicación del derecho penal tres diferentes momentos o estadios, los cuales deben reunir las siguientes características: el primero relativo a la conminación penal, donde el alcance del fin de la pena debe ser netamente de prevención general; el segundo es aquel que comprende el inicio del proceso penal en contra de individuo, su desarrollo y consecuente sentencia condenatoria, donde se tendrán en cuenta las necesidades preventivas especiales y las generales de la pena; y finalmente el tercer estadio, relativo a la ejecución de la condena, donde adquiere total relevancia la prevención especial positiva, es decir la búsqueda del propósito resocializador.<sup>95</sup>

Retomando la idea original, y buscando darle un nuevo alcance, los doctrinantes Luzón Peña<sup>96</sup> y Muñoz Conde,<sup>97</sup> señalan que a pesar de reconocer que en el primer estadio se este

---

<sup>93</sup> ROXIN, C. *“Derecho penal, parte ...”* op. cit., págs. 94 y 95.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pág. 103.

<sup>95</sup> *Ibidem*, pág. 97.

<sup>96</sup> LUZÓN PEÑA, D. *“Antinomias ...”* op. cit., pág. 619.

<sup>97</sup> MUÑOZ CONDE, F. *“Introducción al derecho penal”*, Bosch, Barcelona, 1975, pág. 128.

ante un proceso abstracto e impersonal como lo es de la configuración de la norma por parte del legislativo mediante la determinación de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, se podría de antemano en virtud de la naturaleza de la conducta delictiva, pensarse en acudir a herramientas o instituciones jurídicas que redujeran la posibilidad de desocialización a sufrirse mediante la ejecución de la pena. Por su parte, Sanz Mulas describe el segundo estadio como aquel en que debe lograrse un perfecto equilibrio entre la necesidad de imponer la pena al individuo que merece tratamiento y la necesidad de proteger el orden social. El acento deberá estar en el fin preventivo especial, ya que mediante la imposición de la pena se logra la intimidación del condenado para que no vuelva a delinquir.<sup>98</sup> Para Berdugo Gómez de la Torre, a pesar de que el fundamento de la ejecución de la pena sea la resocialización, en dicho tercer estadio, se da inevitablemente y sin buscarlo, un efecto evidente de prevención general, ya que el cumplimiento de la pena, no es más que la demostración de que la amenaza del derecho penal es cierta.<sup>99</sup>

Ahora, aterrizando al supuesto concreto de estudio, encontramos que las disposiciones normativas que en el ordenamiento jurídico colombiano describen los fines de la pena, lo hacen sin establecer ningún tipo de distinción que permita colegir que en dicho sistema penal se aplican estos con ciertas matizaciones que habrán de depender de la etapa de aplicación concreta del derecho penal. Por lo tanto, para poder absolver este interrogante, sin duda toca acudir a la jurisprudencia de las Altas Cortes que existe sobre los fines de la pena, sin embargo el problema está en que esta goza de ser bastante superficial cuando aborda el tema, se desconoce si es porque lo da por obvio, o porque no se ha dado cuenta del posible impacto de su omisión.

Así, mediante una desarticulada revisión de los plurales pronunciamientos judiciales, pareciera extraerse que el ordenamiento jurídico colombiano asume una teoría unificadora aditiva compuesta por la simple sumatoria de las teorías absolutas y relativas, por cuanto siempre acude a desarrollar cualquier problema jurídico que se suscite alrededor de este tema mediante una misma fórmula que enmarca un asentado proceder judicial, siendo el de explicar las diferentes teorías que existen, lo que persigue cada una y como finalmente en la

---

<sup>98</sup>SANZ MULAS, N. “Evolución...” op. cit, pág. 85.

<sup>99</sup>BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Lecciones ...”, op. cit., pág. 28.

norma quedaron integradas de forma conjunta, eso sí, destacando que en virtud del modelo de estado, la resocialización se sobrepone a cualquier objetivo de la pena durante la ejecución de la condena.<sup>100</sup> No obstante, mediante una lectura en clave de estas decisiones es que se logra apreciar que la jurisprudencia efectivamente coincide con Roxin, cuando desde el año 1996, ya se hacía referencia a una división de tres etapas o momentos de la aplicación del derecho penal, que se distingue por: *“La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas.”*<sup>101</sup>

Sírvase aclarar que por más que la norma pareciera comprender un ánimo exculpatório, capaz de asimilar la pena a un mal que ha de vivir el recluso, como la venganza encarnada en la fuerza punitiva del estado, derivada de la necesidad de alcanzar ese ideal metafísico de justicia; lo que verdaderamente quiere dar a entender es que la pena abarca en su ser un innegable contenido retribucionista, pero que como afirmaría el doctrinante Silva Sánchez se encuentra al servicio de la prevención, por ende dotada de la búsqueda de un fin social.<sup>102</sup> En dicha medida, cuando se afirma que la retribución es uno de los fines de la pena, tiene que ver con la importancia que cobran en el sistema colombiano los principios de proporcionalidad y razonabilidad al momento de efectuarse la dosificación punitiva dentro de la individualización de la pena, por ello dicho fin se entiende agotado en ese momento y no trasciende a la esfera de la ejecución penal. La Corte entiende igualmente que: *“(...) la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto.”*<sup>103</sup> *“(...) la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe*

---

<sup>100</sup>Al respecto ver: Corte Constitucional de Colombia, sentencias: C-144 de 1997, C-806 de 2002, C-061 de 2008, T-267 de 2015, T-718 de 2015, C-328 de 2016, etc.

<sup>101</sup> Corte Constitucional colombiana, sentencia C-430 de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

<sup>102</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. *“Aproximación...”* op. cit., pág. 204.

<sup>103</sup>Corte Constitucional colombiana, sentencia C-181 de 2016.



*ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer.*”<sup>104</sup>

Como argumento final, se considera que razón le asiste al profesor Hassemer cuando afirma que para lograr la estabilización de la norma no hace falta acudir a la intimidación, ya que lo verdaderamente efectivo es el establecimiento de penas justas que se muestren como convenientes para mejorar la convivencia social y que consecuentemente generen adhesión en sus receptores.<sup>105</sup>

## **5. RECAPITULACIÓN.**

En resumen, se ha visto entonces la deficiencia de la política criminal colombiana, que se remonta a muchos años atrás, quizás desde el momento mismo en que esta nación quiso constituirse como independiente, pero fracasó en el intento tras consolidar un ordenamiento jurídico con figuras extranjeras que poco concuerdan con su realidad e historia. Tan es así, que actualmente cuenta con un Código Penal de tradición europea, más que todo española – francesa, y un Código de Procedimiento Penal de origen americano que implementa el sistema oral penal acusatorio. Y es que está bien que las codificaciones se guíen y orienten por las de otros estados, pero teniendo de presente que la extrapolación de criterios es algo que no se puede dar de manera automática, sino atendiendo las especificidades propias de las necesidades sociales de donde se pretende su aplicación. Es por ello, que el doctrinante colombiano, Fernando Velásquez Velásquez, preocupado por el panorama del sistema penal actual, afirma que debe partirse de una reconstrucción de la historia del derecho penal, que ya existía antes de que los españoles llegaran a América.<sup>106</sup>

Se coincide de esta forma con su propuesta; quien cree, manipule y aplique el derecho penal debe conocer a integridad las diferencias que coexisten en Colombia, bien sean culturales,

---

<sup>104</sup> *Ibidem.*

<sup>105</sup> HASSEMER. “*Fundamentos ...*” op. cit., pág. 393.

<sup>106</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “*El derecho penal colombiano y la ley importada.*”, conferencia pronunciada en la Biblioteca Luis Ángel Arango de Bogotá, el día 26 de junio de 1987, con ocasión de la conmemoración del primer sesquicentenario del Código Penal de 1837, pág. 430. Para fecha de consulta, 15 de octubre de 2018, disponible en: [publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/.../3476/](http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/.../3476/)

sociales, económicas o históricas, que de alguna manera repercuten en la consumación de los ilícitos penales.<sup>107</sup> Ahora bien, debe afirmarse que el reconocimiento judicial de los estados de cosas inconstitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano evidencia una muestra de avance frente a la preocupación general que se presenta a lo largo de este trabajo, como lo es la puesta en duda del cumplimiento del fin resocializador de la pena. No obstante, es lamentable que la superación de los graves problemas hasta ahora expuestos, se vea truncada por la desorganización, falta de compromiso y desarticulación de las entidades del Estado, a quienes pareciera no importarles la población carcelaria, creyendo que los reclusos perdurarán por siempre en ese estado y no volverán a la vida en comunidad.

De acuerdo a informe reciente presentado por el Consejo Superior de Política Criminal (CSPC)<sup>108</sup>, los esfuerzos realizados para superar el estado de cosas inconstitucionales no han sido representativos por la incomunicación existente entre las diferentes entidades del Estado, donde se efectúan todo tipo de trabas o impedimentos para favorecer el populismo punitivo y coartar la resocialización del condenado.<sup>109</sup> A pesar de que dicho Consejo ha fungido como asesor parlamentario en la medida de opinar sobre los proyectos de ley que afectan la política criminal, sus opiniones no son vinculantes, por lo que muchas veces sus buenas intenciones han fracasado.

Así las cosas el camino que queda es claro, se trata de la concientización ciudadana, donde la legitimación que se le confiera al actuar del estado sea ganada con méritos reales y provenga de una visión futurista de nuestros políticos, quienes legislen pensando en la coyuntura social actual, pero también en las futuras generaciones, sobretodo sin perder de vista, que la pena en su esencia y razón de ser en Colombia se encuentra concebida para satisfacer un fin social, estando superada cualquier idea de venganza contra el sujeto delinciente.

---

<sup>107</sup>Ibídem, pág. 438.

<sup>108</sup> Organismo asesor del Gobierno Nacional en la implementación de la política criminal del Estado, creado a partir de la declaración de el último ECI.

<sup>109</sup> Consejo Superior de Política Criminal, Informe acerca de los avances para superar el ECI, disponible para fecha de consulta, 20 de octubre de 2018, en: <http://www.politicacriminal.gov.co/Instancias/Consejo-Superior-de-Pol%C3%ADtica-Criminal/Qu%C3%A9-es-el-CSPC>

Tal y como lo señala Zúñiga Rodríguez: “*Es conveniente no confundir (legitimación) con (legitimidad),*”<sup>110</sup> ya que el primer criterio, entendido como la entrega de los ciudadanos al estado y sus dirigentes, en el sentido de que depositan su confianza en estos y refrendan su actuación, que los convence y les genera adhesión, de nada sirve cuando se alcanza prescindiendo de la legitimidad que debe caracterizar todo obrar del estado, que antes que cualquier cosa debe respetar sus fundamentos existenciales y éticos.<sup>111</sup> Afirmación que llevada al ámbito práctico deja en evidencia que la resocialización como ideal a perseguir ha sido duramente afectada, cuando se ha sacrificado la legitimidad a cambio del crecimiento de la popularidad de los políticos en las encuestas, y no se ha sabido comprender que los grandes problemas se afrontan articulando todas las fuerzas del estado, trabajando progresivamente y de manera profunda, no superficialmente, dando la sensación al pueblo colombiano de que se está tratando el problema de la criminalidad, cuando lo real es que se están desperdiciando los recursos del estado.

Recuérdese que no necesariamente privar de la libertad resulta el mejor remedio para combatir el delito y su reincidencia, tal y cómo se encuentra el sistema penitenciario y carcelario colombiano en estos momentos, cualquier propósito resocializador es casi imposible de materializar, así, las prisiones más que un centro de corrección parecen ser verdaderas universidades del delito (término acuñado por la misma Corte en la Sentencia T762 de 2015), donde la violencia, la ingobernabilidad, la escasez de bienes y servicios, la corrupción y el mercado negro parecen perpetuar y dañar al condenado. Y es que aún en un sistema ideal, donde no se esté enfrentando un estado de cosas inconstitucionales, debe comprenderse la dificultad de resocializar desde la privación absoluta de la libertad.

Por ello se enfatiza en que la democracia puede ser muy buena, como también puede ser muy mala, por lo que no se puede perder de vista que el baremo que la condiciona está en cada uno de nosotros.<sup>112</sup> Al final se trata de exigirle a nuestros políticos que se esmeren por

---

<sup>110</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “*Política...*” op.cit., pág. 33.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, pág. 33.

<sup>112</sup> Además, parece ser esta la única opción que tenemos, ya que la Corte Constitucional mediante su sentencia C-193/05, decisión que debe decirse no se comparte, determinó que para crear y reformar leyes penales, por lo general no se requerirá de un procedimiento legislativo especial o calificado, como lo es el propio de leyes estatutarias (orgánicas en España), por considerar, de manera absurda, que este tipo de normas no afectan derechos fundamentales.

construir una mejor sociedad, donde las políticas públicas sean direccionadas a alcanzar un país completamente educado, antes que mayoritariamente encarcelado.<sup>113</sup>

## **II. CAPÍTULO: RESPONSABILIDADES LEGALES DERIVADAS DE LOS DAÑOS ANTIJURÍDICOS SUFRIDOS POR LA POBLACIÓN RECLUSA.**

Antes de suscitar cualquier debate acerca de la posible determinación de responsabilidades administrativas/penales, derivadas de los daños antijurídicos sufridos por la población reclusa durante su permanencia en prisión, se hace sumamente trascendental exponer dos criterios que se consideran el punto de partida para que esta discusión tan siquiera se pueda dar. Ello es en primer lugar la existencia de un rol de garante por parte del estado frente a la suerte del recluso durante su permanencia en prisión, y en segundo lugar la posibilidad de que de esa noción de estado como ente abstracto, pueda concretizarse e individualizarse un funcionario infractor de la normativa penal. A continuación se desarrollan en los dos siguientes epígrafes, estos temas con mayor profundidad.

### **1. RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN VS LA CÁRCEL COMO INSTITUCIÓN TOTAL, EN TODO CASO LA EXISTENCIA DE UN ROL DE GARANTE POR PARTE DEL ESTADO.**

#### **1.1 RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN.**

Existe un criterio muy asentado en el ordenamiento jurídico colombiano, reconocido por pluralidad de sentencias que conforman la jurisprudencia de las Altas Cortes, que establece que el vínculo que se pregona entre el estado y la población penitenciaria y carcelaria es el de una relación de especial sujeción.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Gran muestra de esto último se puede encontrar en las estadísticas oficiales emitidas por el Inpec, donde se deja constancia que para septiembre de 2018, del total de 119.125 internos, el 5%, es decir 5.926 reos eran iletrados, el 34.3%, correspondiente a 40.907 individuos, apenas habían cursado o terminado la educación primaria, y el 57.1%, grupo bastante grande, de 68.004 personas, habían terminado o adelantado estudios de secundaria. De lo que se obtiene que sólo el 3.6% del total de los internos tenían estudios superiores como técnicos, tecnólogos, universitarios, o de especializaciones. Al respecto ver: INPEC, Informe estadístico de fecha septiembre 2018, disponible para fecha de consulta, 5 de octubre de 2018, en: [http://www.inpec.gov.co/estadisticas/informes-y-boletines/-/document\\_library/6SjHVBGriPOM/view/436245](http://www.inpec.gov.co/estadisticas/informes-y-boletines/-/document_library/6SjHVBGriPOM/view/436245)

<sup>114</sup> Como ejemplo véase: Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-265 de 2017.

Pues bien, para entender los alcances de este concepto propio del derecho administrativo, habrá que explicar que el origen de las relaciones de especial sujeción se remonta a la época monárquica alemana, donde recuérdese que hubo un lento y paulatino tránsito de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional, lo que sería el avance hacia la soberanía popular que llegaría tiempo después con la Constitución de Weimar y la Ley Fundamental de Bonn. Es pues en este interregno, donde al coexistir dos órganos primarios, el monarca como poder ejecutivo, y el parlamento como poder legislativo, que surge esta forma de vinculación especial para con el estado. Inicialmente concebida como la sustracción de ciertos grupos de la acción del derecho, determinada por una visión netamente instrumentalizadora y patrimonialista de sus conformantes, al considerarlos meras pertenencias de un todo, que estaban supeditadas a la voluntad del poder ejecutivo, compuesta por la decisión del rey.<sup>115</sup>

Ya con la llegada de la soberanía popular y el sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución y la Ley, es que se establece la trascendental determinación de que la estructura administrativa del estado hace parte en su integridad del ordenamiento jurídico, lo que significaba poder seguir imponiéndole a estos grupos ciertas cargas, pero sin obviar el necesario reconocimiento de sus respectivos derechos, al empezarse a valorar individualmente a sus integrantes, y dejar de asimilarlos como una masa al servicio de cualquier capricho infundado del monarca.<sup>116</sup> Pues bien, a partir de la evolución histórica de dicho concepto y la manera como se predica actualmente, López Benítez, experto administrativista, define esta relación describiendo lo que serían sus rasgos característicos, como lo son: una temporal pero prolongada vinculación del individuo a las esferas de control de la administración, sometido a un régimen jurídico especial, dentro del cual es posible

---

<sup>115</sup> Al respecto ver: LÓPEZ BENÍTEZ, M. “*La relación de especial sujeción del recluso con la administración penitenciaria*”, conferencia pronunciada en Melilla el día 22 de julio de 2013 dentro del Curso “*Alternativas a la prisión*”, pág. 2. Para fecha de consulta (1 de enero de 2019), disponible en: <http://amep.org.es/wp-content/uploads/2012/files/relacion.pdf>

<sup>116</sup> Ídem.

concebir de manera diferente la aplicación de libertades y derechos fundamentales debido a la flexibilización de garantías del administrado.<sup>117</sup>

Así las cosas, de acuerdo con este criterio, resulta evidente que todos los individuos nos encontramos en una constante y permanente relación con el estado, lo cierto es que dicho supuesto ha de variar dependiendo de la intensidad a partir del cual se configure, pudiendo comportar la flexibilización de ciertas garantías, y restricción de ciertos derechos fundamentales en aquellas situaciones donde se pregone una mayor intensidad.<sup>118</sup> Puntualmente, el caso que aquí nos atañe es el de la población penitenciaria y carcelaria, siendo entendida como una relación de este tipo, en vista de que el estado en virtud de una necesaria, proporcional y razonable sanción impuesta al sujeto, adquiere la posibilidad de entrar a limitar y suspender determinados derechos fundamentales.

De esta forma se hace necesario distinguir entre tres tipos de derechos fundamentales, de acuerdo con diferenciación que la misma Corte Constitucional colombiana ha señalado a través de su jurisprudencia en la materia al momento de analizar la situación carcelaria. En primer lugar, están aquellos derechos que bajo ningún escenario podrían entrar a limitarse o mitigarse en su consecución o goce por estar ínfimamente relacionados con la dignidad humana como derecho humano inalienable, a modo de ejemplo se señalan la vida, la salud, el debido proceso, etc. En un segundo lugar están aquellos derechos que pueden ser limitados por la administración a efectos de conseguir establecer orden, disciplina y una sana convivencia dentro de los centros carcelarios, así se distinguen el derecho a la intimidad, el derecho de asociación, etc. En último lugar están aquellos derechos que se encuentran temporalmente suspendidos mientras el cumplimiento de la pena, de este grupo hacen parte los derechos políticos, de locomoción, entre otros similares del reo.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> LÓPEZ BENÍTEZ, M. *“Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción”*, Civitas/Universidad de Córdoba, Madrid, 1994, págs. 161 ss.

<sup>118</sup> BRAGE, J. *“Limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción”* en Panóptico. Observatorio Penitenciario. Pág. 1. Para fecha de consulta (1 de enero de 2019), disponible en: <https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/brage.pdf>

<sup>119</sup> Corte Constitucional, sentencia T-265 de 2017.

## 1.2 LA CÁRCEL COMO INSTITUCIÓN TOTAL.

Por su parte, existe una posición de carácter netamente doctrinal que ha venido discutiendo el por qué no puede encajarse a la población penitenciaria y carcelaria bajo dicho concepto, sino mas bien bajo el entendido de individuos que se encuentran sometidos a la cárcel como una institución total. Así lo distinguen los catedráticos Silva Sánchez, Tamarit Sumalla, García Albero, Rodríguez Puerta, Sopena Grau, Martínez Ruíz.<sup>120</sup> A grandes rasgos lo que se establece, es que la figura administrativa a la que se acude genera una limitación del principio de legalidad penal y de reserva de ley, concediéndole a la administración la facultad reglamentaria de expedir temas tan delicados como el reglamento disciplinario de los internos<sup>121</sup>, situación que no debería ocurrir, pero acontece en la práctica tal y como se puede verificar en el Código Penitenciario colombiano, en su artículo 116. En dicha medida la administración establece cuáles son las sanciones, y ejecuta sus reprimendas.

Además, se cuestiona esta concepción, ya que afirmar la existencia de una relación de especial sujeción lleva inmerso una posición absolutista, tal y como se concibió dicha teoría en sus principios en la Alemania monárquica, donde el consentimiento del penado respecto a derechos sobre los que se supone tiene plena disponibilidad dentro y fuera de la cárcel, resulta indiferente.<sup>122</sup>

## 1.3 LA INNEGABLE EXISTENCIA DE UN ROL DE GARANTE.

Llegado este punto, deberá decirse que se comparte la opinión de los autores anteriormente citados, sin embargo no habremos de concentrarnos en tal problemática por escapar el objeto de estudio de este trabajo, y llegar a la conclusión de que con independencia de que se afirme el criterio de relación de especial sujeción o cárcel como institución total, es claro que el

---

<sup>120</sup> Al respecto ver: Silva Sánchez, J. *Aspectos de la comisión por omisión fundamento y formas de intervención: el ejemplo del funcionario penitenciario*, en C.P.C., 1989. Silva Sánchez, J. "Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿sólo responsabilidad patrimonial de la administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?" en revista jurídica de Catalunya, Vol. 9, No.2, 1992. MARÍA TAMARIT, J., GARCÍA ALBERO, R. RODRÍGUEZ PUERTA, M. SOPENA GRAU, F. "Curso de derecho penitenciario", Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2005. Martínez Ruíz, J. "La relación jurídico penitenciaria" en revista electrónica de ciencia penal y criminología, No. 19, 2017.

<sup>120</sup> MARÍA TAMARIT, J., GARCÍA ALBERO, R. RODRÍGUEZ PUERTA, M. SOPENA GRAU, F. "Curso de ...", op. cit., pág. 79.

<sup>121</sup> Ídem.

<sup>122</sup> Ibídem, pág. 81.

recluso pierde su autonomía frente a gran parte de los aspectos esenciales de su vida, quedando sometido a la voluntad de un estado frente al cual se espera total diligencia en el aprovisionamiento de las condiciones de vida intramural, entre ellas la protección de su vida y salud.

Pues es de esta afirmación aplicable a ambos criterios, tanto al de la relación de especial sujeción, como el de la cárcel como institución total, de donde inexorablemente parte la noción de rol de garante<sup>123</sup>, que se encuentra positivizada en una ley extrapenal de derecho público, tal y como lo establece el artículo 14 del Código Penitenciario colombiano, el cual señala que el Gobierno Nacional por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) será el encargado de la ejecución de la pena privativa de la libertad y el control de medidas de aseguramiento.<sup>124</sup>

Recuérdese que el marco de acción del INPEC como entidad administrativa encargada de manejar el sistema de prisiones, esta dado por las mismas funciones de la pena, siendo la prevención general del delito, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado.<sup>125</sup> Por ende, se erige como un mínimo derecho del interno, el poder cumplir su condena y no salir peor de lo que entró.

## **2. ¿QUIÉN ES EL FUNCIONARIO DE PRISIÓN Y CUÁLES SON SUS FUNCIONES?**

Para resolver este interrogante debemos partir del supuesto de que en el ordenamiento jurídico colombiano la ejecución de la pena privativa de la libertad, el control de las medidas de aseguramiento (medida cautelar de detención preventiva), así como de los mecanismos de seguridad electrónica, y del trabajo social no remunerado se encuentra a cargo del Gobierno Nacional, particularmente el Inpec, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho de la

---

<sup>123</sup> Gimbernat Ordeig, E. “*Estudios sobre el delito de omisión*”, Editorial B de F Ltda., Buenos Aires, Argentina, 2013, pág. 132.

<sup>124</sup> Código Penitenciario colombiano, art. 14

<sup>125</sup> Código Penal colombiano, art.4.



Presidencia de la República.<sup>126</sup> De esta manera, estamos ante lo que el doctrinante Silva Sánchez referiría como una estructura organizada jerárquicamente<sup>127</sup>, donde a pesar de que cada centro de reclusión<sup>128</sup> ostenta su propio director como jefe de gobierno interno de la prisión, con amplias facultades autónomas<sup>129</sup>, es claro que dicho funcionario se encuentra supeditado al reglamento general del Inpec, y los mandatos del Director General de esta misma institución.<sup>130</sup> Tan es así, que será dicho Director General quien en últimas determinará si se aprueban las propuestas que se le presenten como normativas internas a aplicarse en las diferentes prisiones a lo largo del país, y quien evalúe el desempeño de cada uno de los directores de las cárceles respecto al adecuado funcionamiento y control de los establecimientos encomendados a su cargo.<sup>131</sup>

Por su parte, ya al interior de cada penal, se dice que en materia disciplinaria, es decir para aquellos supuestos que exista contravención por parte del recluso del reglamento disciplinario para internos, el cual es fijado a nivel nacional por parte del Inpec para todos los centros penitenciarios y carcelarios; serán el director interno de la prisión, o el Consejo de Disciplina, quienes tendrán la facultad de imponer sanciones, o en el peor de los casos, siendo competencia exclusiva del Director, medidas in continenti, o de aislamiento.<sup>132</sup>

En lo atinente a la guardia, como ya se expuso en líneas anteriores, en primera medida su supervisión estaría encomendada al Director Interno, pero se señala por la ley que podrá confiarse dicha tarea a dependencias de este mismo, como la del Comandante de Custodia y Vigilancia, u otros cargos afines dentro del penal.<sup>133</sup> Como deberes a cumplirse por los

---

<sup>126</sup> Código Penitenciario colombiano, arts. 14 y 15.

<sup>127</sup> Silva Sánchez, J. "*Muerte violenta...*" op. cit., pág. 577.

<sup>128</sup> Con independencia de que sea a nivel nacional, departamental o municipal, conforme a los arts. 16 y 17 del Código penitenciario colombiano.

<sup>129</sup> Entre ellas se distinguen a modo de ejemplo: la posibilidad de estructurar su propio reglamento interno en materia de organización, repartición y delegación de tareas, así como la de gestionar la disponibilidad de los guardianes que han de ejercer concretamente los deberes de vigilancia y custodia sobre la población carcelaria, tal y como lo preceptúan los artículos 36, 52 y 53 del Código Penitenciario colombiano.

<sup>130</sup> Código Penitenciario colombiano, arts. 36, 52 y 53.

<sup>131</sup> Ídem.

<sup>132</sup> Estos dos últimos supuestos aplicables por ejemplo a efectos de evitar daños al propio interno o demás reclusos, o por razones de seguridad interna del establecimiento. Al respecto ver los arts.: 117, 123, 124, 125, 126 del Código Penitenciario colombiano.

<sup>133</sup> Código Penitenciario colombiano, art. 43.

guardianes se distinguen las obligaciones de: "c) *Custodiar y vigilar constantemente a los internos en los centros penitenciarios y carcelarios, en las remisiones, diligencias judiciales, hospitales y centros de salud, conservando en todo caso la vigilancia visual; d) Requisar cuidadosamente a los detenidos o condenados conforme al reglamento; (...) g) Mantener la disciplina con firmeza, pero sin más restricciones de las necesarias, para conservar el orden en el establecimiento penitenciario o carcelario.*"<sup>134</sup> Además se dice que deberán garantizar la no entrada de armas al penal, debiendo ser únicamente estos y los funcionarios de la fuerza pública los facultados a portarlas y utilizarlas sólo a efectos de disuadir y controlar cualquier intento de fuga, u otros supuestos excepcionales donde habrá de acudir a su uso racional, estricto y necesario de acuerdo a las complejidades del caso concreto.<sup>135</sup> Finalmente, establece enfáticamente la normativa en comento que: "*Los oficiales, suboficiales y guardianes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional serán responsables de los daños y perjuicios causados por los internos a los bienes e instalaciones de la institución, por fallas en el servicio de vigilancia atribuibles a culpa o dolo, declaradas judicialmente.*"<sup>136</sup>

Teniendo entonces mas o menos delimitado quien podría entenderse como el funcionario de prisión, y reconociendo que existe un estrecho vínculo entre la administración y el penado, que hace que el estado sea garante del cumplimiento de los derechos de este último, procederemos a analizar cada uno de los escenarios a partir de los cuales el estado como ente abstracto, podría entrar a responder administrativamente por los daños antijurídicos provocados al recluso; o el funcionario de prisión, como sujeto individualizable en materia penal, por su actuar negligente o doloso. A ello nos dedicaremos las siguientes líneas:

### **3. ACERCA DEL FENÓMENO DE PRISIONIZACIÓN.**

En este acápite se hace mención principalmente a la idea de la prisionización del recluso y lo que ella acarrea, que surge el siglo pasado de manos del investigador Clemmer, con su obra "*The Prison Community*". En dicho texto este autor explica como el condenado al momento de enfrentar la ejecución de su pena sufre un proceso de adaptación al medio carcelario,

---

<sup>134</sup>Código Penitenciario colombiano, art 44.

<sup>135</sup> Ibídem, arts. 48 y 49.

<sup>136</sup> Ibídem, art. 46.

mediante el cual asimila los usos y costumbres imperantes, del hasta ese momento, desconocido entorno que habrá de rodearlo. Evidentemente es algo que no se da de manera instantánea, si no a medida que va pasando el tiempo y el interno va asimilando su nueva vida.<sup>137</sup> Resulta bastante complejo, ya que supone para el individuo aprender nuevas reglas de conductas necesarias para desenvolverse, y correlativamente dejar en el olvido aquellas otras mediante las cuales solía identificarse en su vida en sociedad.<sup>138</sup>

De esta forma, Clemmer se atrevió a afirmar que con el paso del tiempo todo penado resultaba victimizado por el sistema, resultando para él una conclusión apenas obvia derivada de lo que describiría como los factores universales de prisionización. Dentro de estos destacaba el hecho de que el sujeto condenado pasara a conformar una nueva clase social compuesta por los dominados de la administración de justicia, dentro de la cual no ostentaba más que una figura anónima y del montón, al vestir todos los reclusos de manera idéntica, ser vigilados, controlados y castigados, e identificarse mediante un simple número que los hacía parte de todo este engranaje administrativo. Así, el penado poco a poco se iría dando cuenta de que todas las actividades de su día han sido ya preestablecidas, tales como: la hora para despertarse, para bañarse, comer, hacer un poco de actividad física, etc., entendiendo que son los guardias quienes mandan y de quienes depende efectivamente para asegurar su bienestar, por lo que busca una actividad que por más que no comparta en su integridad, le resulte cómoda y le sirva para descontar el término de su pena.<sup>139</sup> Como consecuencia, se van creando en el penado graves trastornos en su personalidad.<sup>140</sup>

Por su parte, y acercándonos a la época actual, el autor Manzanos Bilbao distingue lo que a su modo de ver serían las etapas de la prisionización, exponiendo como en un primer momento se genera una ruptura con el mundo exterior, en segundo lugar, la desadaptación

---

<sup>137</sup> CLEMMER, D. *"The Prison Community"*, Reinhardt and Co., New York, 1940, págs. 298-304, citado por CABALLERO ROMERO, J. *"El mundo de los presos"*, en JIMÉNEZ BURILLO, Florencio; CLEMENTE, Miguel (comps.). *"Psicología social y sistema penal"*, Alianza Editorial, Madrid, pág. 282 y por PIPERNO, A. *"La prisionizzazione: teoria e ricerca"*, en *"Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense: Carcere e trattamento"*, Giuffrè editore, Milano, 1989, pág. 57.

<sup>138</sup> SUTHERLAND, E.; CRESSEY, D. *"Principes de Criminologie"*, Cujas, Paris, 1966, págs. 521 y 522.

<sup>139</sup> LEMIRE, G. *"Anatomie de la prison"*, Economica, Paris, 1990, pág. 18.

<sup>140</sup> CLEMMER, D. *"The Prison ..."*, op. cit., pág. 300, citado por SUTHERLAND, Edwin H. y CRESSEY, Donald R. *Principes de Criminologie*, op. cit., pág. 523.

social y la desidentificación personal, siguiendo con la adaptación al medio carcelario, la posterior desvinculación familiar y finalmente el desarraigo social.<sup>141</sup> Resulta interesante estudiar como a partir de este postulado se han hecho un sin número de estudios que atienden a identificar si verdaderamente existe este fenómeno, máxime cuando se supone que las prisiones de las cuales hablaba Clemmer hoy en día no deberían existir. Al respecto señalan los doctrinantes Vacharet y Lemire que sí es algo que acontece, pero ocurre de manera transitoria y no permanente debido a los constantes avances que han llevado a la humanización de las cárceles y la búsqueda del fin resocializador.<sup>142</sup>

Por su parte, otros autores se refieren a la alteración de los sentidos que genera la vida intramural, al producirse daños lamentables como la pérdida de visión, derivada del escaso contraste de colores al interior de los penales; la pérdida de audición ocasionada por el hacinamiento y los espacios pequeños que suelen amplificar cualquier sonido; la afectación del sentido del gusto, que se ve sometido a dietas insípidas, regulares y constantes; incluso se considera la alteración del esquema corporal, donde el sujeto pierde hasta el sentido métrico sobre su cuerpo en relación con su entorno.<sup>143</sup>

Pues bien, con independencia de que la prisionización verdaderamente ocurra, siendo irreversible o no, el sólo riesgo de que se puedan predicar estas consecuencias negativas sobre la vida de un sujeto, hacen que replanteemos si efectivamente un gran número de las conductas que se castigan en nuestro ordenamiento jurídico merecen sanciones de este tipo, cuando es claro que su castigo a través de la prisión puede generar problemas más incisivos a futuro para la sociedad y posibles responsabilidades para el estado por el daño antijurídico causado.

Por otro lado, y no por ello menos importante, recuérdese que conforme consta en los artículos 61 y 71 del Código Penitenciario colombiano, al recluso deberá hacerse un

---

<sup>141</sup> MANZANOS BILBAO, C. “*Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar*”, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, págs. 106-124.

<sup>142</sup> VACHERET, M. y LEMIRE, G. “*Anatomie de la prison contemporaine.*” Nouvelle édition. Montréal: Les Presses de L’Université de Montréal, 2011, págs. 32 y 33.

<sup>143</sup> AYUSO VIVANCOS, A. “*Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*”, Guada Impresores S.L., Valencia, 2003, págs. 69-71

examen médico al momento de su ingreso a prisión, que luego habrá de ser cotejado con otro que se le practique al momento de su egreso del penal, por lo que resulta válido concluir que cualquier desmejoría sustancial en su calidad de vida será fácilmente perceptible, y por ende susceptible de costarle una condena adversa al estado mediante la cual se le ordene reparar al recluso.

#### **4. LA AUTOLESIÓN Y EL SUICIDIO. ¿EXISTE LIBRE DECISIÓN DE LOS PRESOS SOBRE SUS DERECHOS A LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL?**

Cuando en anteriores páginas de este trabajo se hacía mención a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional colombiana, según la cual existe un grupo de derechos que bajo ningún supuesto pueden llegar a limitarse en los establecimientos carcelarios por su ínfima conexión con la dignidad humana, como lo son la vida y la integridad personal<sup>144</sup>, lo que se está reconociendo implícitamente es que a pesar de la situación de reclusión del condenado, este grupo de derechos permanecen inanes, como si dicho individuo continuase desarrollando su vida en términos de libertad. Interpretación que paralelamente conlleva a afirmar que se debe garantizar su protección frente a hechos ajenos, pero también su libre disponibilidad por parte de su titular.

Razón le asiste a Ruíz Sáenz cuando establece que: *“El deber que la Administración Penitenciaria adquiere de velar por la vida, la integridad y la salud de los internos, debe traducirse en la adopción de las medidas pertinentes para salvaguardar estos derechos no afectados por la condena. Precisamente por ello, por no estar afectados por la condena, debe respetarse su ejercicio en igualdad de condiciones que si se trataran de ciudadanos en libertad, no pudiendo amparar un tratamiento distinto en la “relación especial de sujeción” que vincula al interno con la Administración.”*<sup>145</sup> Sin embargo ahora veremos como esa no

---

<sup>144</sup> Al respecto ver páginas 40 y 41 de este trabajo.

<sup>145</sup> RUÍZ SÁENZ, A. “¿Son los internos en instituciones penitenciarias titulares de derecho a la asistencia sanitaria pública? Reflexiones en torno a la sanidad penitenciaria” en revista vol. 24 extraordinario XXIII congreso 2014 / comunicaciones, pág. 9. Para fecha de consulta (1 de enero de 2019), disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6297202.pdf>

intervención del estado frente a la libre disponibilidad por parte de su titular, para el caso concreto sujeto recluso, de los derechos personalísimos, como la vida y la integridad, debe darse pero con elevadas precauciones que permitan evidenciar que la administración actuó siempre diligentemente, de lo contrario podrá haber lugar a su responsabilidad.

Obsérvese como en Sentencia del Consejo de Estado, del año 2014, con radicado 21779, que versa sobre una reparación directa incoada por la familia de un exconvicto que se suicidó en instalaciones de la cárcel donde se encontraba recluso; cuando al analizar la posibilidad de matización de la disponibilidad de estos derechos, tratándose de relaciones de sujeción especial como la de los presos, el alto tribunal acude a un concepto de vieja data en el ordenamiento jurídico colombiano y que al parecer prevalece a lo largo del tiempo, siendo que tal limitación sólo sería posible ante el escenario de un estado absolutista. Que en un estado social de derecho debe mediar el mayor esfuerzo por parte de las autoridades públicas para prevenir, evitar, incluso contrarrestar los efectos de situaciones autolesivas, pero que no se puede ejercer de manera coactiva o impositiva su regulación, salvo en aquellos casos por supuesto, de menores de edad y enfermos mentales, donde se considera su posibilidad de autodeterminación esta vedada.<sup>146</sup>

Así las cosas, se sobrentiende que aún en casos de relación de especial sujeción como la de los presos, donde a pesar de que el compromiso del estado frente a la protección del individuo es mayor, por el intenso vínculo de dependencia que existe entre estos, y tener la entidad administrativa a cargo de este un deber de resultado de devolver al ciudadano a la vida en sociedad como mínimo en las mismas condiciones que entró, dicha protección se pregona respecto a hechos ajenos o de terceros, no frente a su mismo titular. En este sentido se ha pronunciado la Corte cuando ha expresado: “(...) *el Estado no está habilitado para exigir a la persona una forma determinada de conducta para consigo mismo y por lo tanto, no puede obligarlo a que cuide de su salud, que se someta a un tratamiento médico ni por su puesto que prolongue su existencia si ésta considera que debe ponerle fin a la misma, pues sólo un Estado totalitario puede asumirse como dueño y señor de la vida de las personas.*”<sup>147</sup> Sin

---

<sup>146</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de diciembre de 2014. M.P.: Stella Conto Díaz. Rad.: (21779)

<sup>147</sup> Corte Constitucional colombiana, sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994.

embargo, y sobre esto debe hacerse un especial llamado de atención, nótese que en sentencia del año 2014 del Consejo de Estado, se establece lo que serían las obligaciones para las autoridades cuando frente a casos de este tipo de relación se encuentren, a saber: *“Las obligaciones del Estado frente a las personas sometidas a una situación especial de sujeción son de dos clases: 1) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se recluta o se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y 2) de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no estén limitados por su situación especial.”*<sup>148</sup>

De tal manera que, pese todo lo expuesto, en dicha sentencia se termina condenando al Estado colombiano por considerarse que la acción del recluso era previsible y en dicho sentido a pesar de que se ejecutaron acciones por parte de la administración para evitar el siniestro no fueron suficientes, situación que nos lleva a afirmar que el estándar que se exige para demostrar la diligencia del estado frente al suceso, es bastante alto, de tal manera que aboga por una manifestación mayormente pro vida del ordenamiento, pero sin interferir en la autonomía que se pregona sobre los derechos personalísimos vida e integridad. *“En este orden de ideas, para que surja el deber del Estado de reparar el daño causado por el suicidio de un recluso o un conscripto es necesario acreditar que por el trato que recibía en el establecimiento militar o carcelario fue inducido a tomar esa decisión, o bien que la persona sufría un trastorno síquico o emocional que hacía previsible el hecho y que a pesar de ser conocida esa circunstancia por las autoridades encargadas de su seguridad, no se le prestó ninguna atención médica especializada, ni se tomó ninguna determinación tendiente a alejarlo de las situaciones que le generaran un estado de mayor tensión o peligro.”*<sup>149</sup>

A modo de ejemplo se citan las disposiciones de los artículos 104 y 106 del Código Penitenciario actual donde se establece que *“se garantizarán la prevención, diagnóstico temprano y tratamiento adecuado de todas las patologías físicas o mentales”*<sup>150</sup>, y se señala

---

<sup>148</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de diciembre de 2014. M.P.: Stella Conto Díaz. Rad.: (21779)

<sup>149</sup> Ídem.

<sup>150</sup> Código Penitenciario colombiano, art. 104.

que cuando las autoridades penitenciarias evidencien que el interno se encuentra en estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida intramural, se le deberá comunicar al Juez de Ejecución de Penas para que conceda beneficio de libertad o sustitución de la pena.<sup>151</sup>

Por hacer simple alusión al ámbito internacional, se destaca el caso Keenan Vs. Reino Unido del año 2001, donde la Corte Europea de Derechos Humanos condena al Reino Unido con ocasión de que una persona con problemas de salud mental se suicidara en una cárcel, ahorcándose en su celda; de esta forma, se establece por parte de la Comisión una falla en el deber de protección de las autoridades penitenciarias, tras considerar que es un deber intrínseco a la relación de especial sujeción.<sup>152</sup>

En dicha medida, estando sumidos en un estado de cosas inconstitucionales donde escasea la disposición técnica para garantizar la vida digna del penado, pues será muy probable que no se logren alertar a tiempo este tipo de supuestos, por lo que habrá de terminar respondiendo el estado.

## **5. DAÑOS ANTIJURÍDICOS PROVENIENTES DE TERCEROS.**

Hasta aquí hemos discutido acerca de la responsabilidad del estado frente aquellos supuestos donde la afectación a los derechos de la vida o integridad personal se dan con ocasión de la decisión de su titular, o derivados del simple paso por prisión, faltaría entonces remitirnos a aquellos supuestos donde la afectación proviene de terceros, como pueden ser otros reclusos o los guardianes de la prisión.

### **5.1 CASOS DEL ORDEN NACIONAL.**

A la hora de analizar los precedentes jurisprudenciales en la materia se puede apreciar como la postura actual del Consejo de Estado ha sido tendiente en establecer la responsabilidad

---

<sup>151</sup> Código Penitenciario colombiano, art. 106.

<sup>152</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, caso Keenan Vs. Reino Unido.



objetiva del estado, debiendo hacerse responsable a este de cualquier eventualidad que surja en contra del recluso. No obstante, en aquellos supuestos donde se pueda probar una falla en el servicio, este será el criterio preferente para condenar al estado, entre otras cosas porque permitirá tomar los correctivos necesarios para prevenir a futuro la comisión de circunstancias parecidas.

Al respecto se trae a colación la sentencia de radicado 19848 del 9 de junio de 2010, proferida por la Sala Contencioso-Administrativa del Consejo de Estado, figurando como Magistrado Ponente Enrique Gil Botero. En esta se discute el caso de un recluso que quedó cuadripléjico fruto de heridas provocadas por disparos de arma de fuego, ejecutados por un guardián de la prisión, durante un amotinamiento de los reclusos por una frustrada negociación ante las directivas. Se destaca que el individuo no participaba de este levantamiento. Se responsabilizó al estado a título de daño especial provocado al individuo, ya que a pesar de que el uso de la fuerza fue legítimo, el convicto no tenía porque soportar dicha consecuencia, mucho menos cuando no participaba del motín.<sup>153</sup>

Se presenta otro precedente, en el que un recluso muere por múltiples heridas provocadas por arma de fuego y cortapunzantes, para el magisterio es indiferente la causa de la muerte, ya que da lugar a responsabilidad del estado el sólo hecho de la pérdida de la vida, que revela un incumplimiento del deber de protección confiado a la entidad administrativa.<sup>154</sup>

Por último se expone el caso de un recluso que sufría de diabetes e hipertensión arterial, no era tratado adecuadamente en el penal, por lo que debió ser hospitalizado en reiteradas ocasiones. Tales descuidos médicos le ocasionan su muerte luego de que sufriera un coma diabético. En este caso se condena al estado a título de fallas en el servicio.<sup>155</sup>

## 5.2 CASOS RESUELTOS POR LA CIDH.

---

<sup>153</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, sentencia del 9 de junio de 2010. M.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 19848.

<sup>154</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010. M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 18271.

<sup>155</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2001. M.P.: Alier Eduardo Hernández. Rad.:12947.

En el ámbito internacional se reconocen dos importantes precedentes a tener en cuenta:

En primer lugar, se trae colación lo resuelto frente al caso Pachecho Teruel y Otros Vs. Honduras, decisión mediante la cual la CIDH declaró al Estado de Honduras responsable por la muerte de 107 personas privadas de la libertad en el Centro Penal de San Pedro Sula, al ser la causa de su fallecimiento un incendio en una de las celdas que se encontraba en condiciones deplorables, contrarias a la dignidad humana. A grandes rasgos se indica en la providencia que el servicio de agua era malo, no se presentaba la atención médica debida y la alimentación era deficiente. Existían a su vez condiciones de hacinamiento y sobrepoblación. Fue la sobrecarga del sistema eléctrico, propiciada por su mal estado, la que llevó a que se produjera el incendio. No existía en el centro de prisión una ruta de escape de emergencia. Se dice que el estado incumplió su deber de garantizarle a los presos sus derechos a la vida y la integridad personal, así como condiciones de vida compatibles con la dignidad humana.<sup>156</sup>

En segundo lugar se pone de presente el CASO VERA VERA Y OTRA VS. ECUADOR. En esta oportunidad la CIDH declaró al Estado de Ecuador responsable de la muerte del individuo Pedro Miguel Vera, luego de que se determinara que hubo por parte de agentes estatales de la policía un obrar negligente, cuando no le brindaron la atención médica necesaria al referido señor, tras haber sufrido un impacto de bala momentos antes de ser capturado supuestamente en flagrancia. Este caso es importante porque muestra como la relación de especial sujeción del estado frente al reo, hace que se vuelva garante de su bienestar, incluso si las causas que originan su potencial afectación son anteriores a la aprehensión del individuo.<sup>157</sup>

**6. ¿PUEDE EXISTIR RESPONSABILIDAD PENAL DEL FUNCIONARIO DE PRISIÓN DERIVADA DE LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS RECLUSOS DURANTE EL CUMPLIMIENTO DE SU CONDENA INTRAMURAL?**

---

<sup>156</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Pachecho Teruel y otros vs. Honduras.

<sup>157</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Vera Vera y Otra vs. Ecuador.

Siguiendo esta misma lógica, resulta concebible afirmar que sí se puede responsabilizar al Estado como ente que define la suerte de la relación de sujeción especial que se traba con el recluso, pues se debería poder también responsabilizar penalmente a sus funcionarios cuando por su actuar negligente o doloso causen afectación de los bienes jurídicos de este.

Pues como se pasará a demostrar a continuación no resulta tan fácil, por lo que para plantear las conclusiones atinentes a Colombia, antes que todo habrá de acudirse a las valoraciones que hace un tiempo advirtió Silva Sánchez sobre el tema.

#### 6.1 DIFICULTAD DE EFECTUAR EL REPROCHE PENAL EN LAS ESTRUCTURAS ORGANIZADAS JERÁRQUICAMENTE.

Ahora bien, cuando Silva Sánchez estudia la posibilidad de imponer sanciones penales derivadas de los daños antijurídicos sufridos por la población reclusa, en su obra *“Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?”* parte de la base de un sistema de prisiones ideal, por lo menos en lo que tiene que ver con su capacidad física; económica en cuanto a disposición de sus recursos; y técnica en cuanto a la disposición de funcionarios. En dicho sentido la mayoría de los problemas que se discuten, tienen como causa un tratamiento negligente o inoportuno por parte de los funcionarios de prisión, pero no una carencia arraigada a un mal manejo de políticas públicas, inversión social y deficiencias por más de 20 años del propio sistema penal penitenciario y carcelario.<sup>158</sup>

No obstante, fíjese que este importante autor parece no olvidar nada, trayendo a colación en la exposición de su postura doctrinal frente al tema, supuestos que en España resultan del siglo pasado, pero que sirven para ilustrar como la construcción teórica de su argumento principal varía en aquellos casos donde el entorno penitenciario y sus carencias han facilitado los daños objeto de un eventual reproche. Al respecto pone de ejemplo la S.T.S. (Sala 4) del 15 de julio

---

<sup>158</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. *“Muerte violenta...”* op. cit.

de 1988, con togado ponente, el Sr. Bruguera Manté, donde se analiza la muerte de un recluso como consecuencia de varias puñaladas recibidas por otros internos; en este caso se determinó que no podía predicarse responsabilidad penal de ningún funcionario por cuanto para el momento de los hechos no resultaba posible llegar a conocer con antelación los problemas de convivencia que se estaban presentando entre los penados, ello debido a los problemas mismos en que se encontraba el penal, al estar casi en ruinas, con celdas destrozadas, sin puertas, presentar altas tasas de sobrepoblación carcelaria, y la disposición de pocos funcionarios, se hablaba de una proporción de 3 guardias por cada 250 reclusos.<sup>159</sup> Sin duda pudo sostenerse sin ningún obstáculo la responsabilidad administrativa por parte del estado, pero destaca Silva Sánchez frente a los funcionarios de prisión inferiores, como los guardianes, que al no poderse predicar la posibilidad de exigir de estos una actuación para evitar el resultado, como elemento esencial de la omisión, por el ya citado mal estado del penal, no pudo endilgárseles ningún tipo de responsabilidad. Por el contrario, y esto a modo de conclusión propia, mucho hacían exponiéndose a trabajar en dichas condiciones, donde cualquier conflicto con los presos representaba un peligro inminente para su seguridad.<sup>160</sup>

Por su parte, en cuanto al director del centro, tampoco resultaba posible atribuirle algún tipo de cuestionamiento, ya que al igual que sus subordinados se encontraba en una misma situación de imposibilidad de actuar. En este punto Silva Sánchez hace énfasis en que no por detentar dicho cargo automáticamente se debía entender como el responsable, cuando es sabido que lo que se vislumbra es una cuestión de fungibilidad frente a quien asumía dicho rol en el establecimiento. El no haber asumido el cargo por las condiciones en que se encontraba el penal, o el haber dimitido durante el ejercicio de este, resulta un actuar que en nada hubiera contribuido a la evitación del resultado, simplemente hubiera conllevado al nombramiento de otro individuo como director, frente al cual hubiese podido ocurrir lo mismo. Se recuerda que la responsabilidad penal en casos de comisión por omisión imprudente, incluso en aquellos de comisión por omisión dolosa frente al delito consumado, requiere que ex ante la conducta que se alega omitida se mostraré como adecuada para proteger el bien jurídico, y que ex post pudiese evidenciarse que de haberse materializado la conducta omitida, se habría dado la

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, págs 575 a 578.

<sup>160</sup> *Ídem*.

evitación de la lesión del bien jurídico.<sup>161</sup> En todo caso podría llegar a hablarse de un reproche penal atribuible a los superiores de las personas hasta aquí nombradas, que objetivamente serían los responsables del estado de las prisiones, pero como lo cierto es que la suerte de estas obedece diferentes criterios e intervenciones de funcionarios del estado<sup>162</sup>, pues la remota idea de buscar un responsable penal se va desdibujando y haciendo cada vez más abstracta.<sup>163</sup>

Para Silva Sánchez es claro que existe una omisión jurídicamente relevante a título de imprudencia, incluso pudiendo encajar en un dolo eventual, por tenerse plena consciencia del estado de deterioro del penal y el peligro que representaba para la vida de los internos, pero dejar librado al azar la posibilidad de concurrencia del resultado lesivo del bien jurídico. No obstante lo anterior, es consciente de la problemática planteada respecto a la multiplicidad de sujetos que definen la suerte de las cárceles, por lo que establece una regla general, mediante la cual afirma que en casos como el de la STS del 15 de julio de 1988, responde a título de omisión por la muerte del recluso en manos de otros internos, todo aquel individuo que haya tenido la facultad de acuerdo a sus competencias, de adoptar medidas que ex ante hubiesen sido adecuadas para contrarrestar el peligro y evitar que se convirtiera en lesión.<sup>164</sup>

Ahora, en la práctica esto no ocurre, tras analizar la jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas, no se encuentra ninguna sentencia en materia de responsabilidad penal, ni siquiera de acción de repetición en casos en los que el estado haya sido condenado con ocasión de una reparación directa. Se considera que al final de todo, el ordenamiento es consciente de que mientras no supere el estado de cosas constitucionales, establecer reproches penales en contra de sus funcionarios, será un sin sentido, dado que todas las responsabilidades rebotarían finalmente sobre el mismo sistema, pues claro salvo que nos refiriéramos a imprudencias o actuas dolosas muy evidentes, de gravedad manifiesta.

---

<sup>161</sup> Ídem.

<sup>162</sup> Como es en el caso colombiano, el Director General del INPEC, que a su vez se encuentra supeditado al Ministerio de Justicia y del Derecho, que pende directamente del gobierno nacional; así como de disposiciones presupuestarias de los diferentes entes territoriales en caso de que las cárceles sean regionales; sin olvidar por supuesto los mandatos legislativos del congreso que buscan regular la materia.

<sup>163</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. *Muerte violenta del recluso ...* op. cit, págs 575 a 578.

<sup>164</sup> Ídem.

En este punto es importante señalar además, que una condena administrativa al estado bien sea a título de falla en el servicio o daño especial respecto a los daños sufridos por un reo, no supone una necesaria responsabilidad penal por imprudencia, recuérdese que la responsabilidad que se exige en este tipo de casos es objetiva, por lo que su prueba es mucho más laxa y flexible, a diferencia de la responsabilidad penal que es subjetiva y personal. De esta forma puede ocurrir que el sistema en su conjunto presentara fallas, a pesar del debido y diligente actuar de sus funcionarios.<sup>165</sup>

## 6.2 RESPONSABILIDAD PENAL: COMISIÓN POR OMISIÓN, O COMISIÓN POR ACCIÓN.

Dejando de lado lo expuesto en el acápite anterior, a partir del cual se concluye porque no existen antecedentes jurisprudenciales mediante los cuales se haya establecido responsabilidad penal individual a los funcionarios de prisión en el ámbito de daños sufridos por los presos durante el cumplimiento de sus condenas, y ahora suponiendo que el sistema penal penitenciario y carcelario colombiano funciona dentro de los lineamientos de su deber ser, es decir, lejos de la crisis provocada por el estado de cosas institucionales, hablaremos en este momento de los tres supuestos que han sido discutidos por la doctrina, piénsese en cuando: *“(...)3a.Un recluso fallece como consecuencia de la actuación imprudente de algún Funcionario penitenciario, como por ejemplo, el no suministrarle tempestivamente la insulina que requería. 4a.Un recluso fallece o resulta herido como consecuencia de la actuación dolosa de otro interno quien lo agrede con un cuchillo. Y, finalmente, 5a.un recluso fallece como consecuencia de su propio comportamiento suicida, habiendo presentado previamente síntomas psicológicos suicidas.”*<sup>166</sup>

Así, encontramos que los tres supuestos que se pretenden abordar suponen soluciones con matices muy diferentes, lo cierto es que no se puede establecer la omisión como único criterio para delimitar la responsabilidad del funcionario de prisión, recuérdese que tal y como lo ha descrito Gimbernat Ordeig, existen comportamientos con aspectos activos y omisivos<sup>167</sup>, es

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, pág. 569.

<sup>166</sup> MARTÍNEZ RUÍZ, J. *“La relación ...”* op. cit. págs. 17 y ss.

<sup>167</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E. *“Estudios sobre el delito...”*, op. cit. pág. 57.

decir comportamientos de compleja configuración, en los que mediaron acciones que sirvieron como causa del resultado, y omisiones que a su vez no impidieron que se llegara hasta el hecho lesivo. De hecho este tipo de conductas son más frecuentes respecto a la comisión de delitos imprudentes, que es lo que en mayor medida se pretende abordar en esta parte del trabajo.<sup>168</sup>

Es importante partir de esta base por cuanto para la doctrina dominante los requisitos para la imputación del resultado, son diferentes de si se trata de una conducta activa o una omisiva. Como regla general, en el caso de conductas activas, por supuesto limitados por los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva, bastará con que el hecho fenomenológico se pueda vincular a quien se pretende responsabilizar por una normal regla científica de causa y efecto, mientras que para el supuesto de la omisión deberá demostrarse que el omitente tenía posición de garante respecto al bien jurídico protegido, y que existe una probabilidad muy alta, casi que con grado de certeza absoluta, de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, o por lo menos disminuido el riesgo de lesión.<sup>169</sup>

#### 6.2.1 SUPUESTO DE IMPRUDENCIA DE UN FUNCIONARIO CON RESULTADO MUERTE.

Centrándonos ahora si en los supuestos fácticos que se traen a colación, hablamos por ejemplo en el primero de los casos, del hipotético escenario del no suministro por parte de un funcionario de prisión, de la insulina a un recluso con problemas de azúcar. Es quizás este acontecimiento de donde se puede desprender de manera mucho más obvia una eventual responsabilidad penal, estando ante una comisión por omisión imprudente de aquel quien era el directamente encargado de suministrar el medicamento del cual pendía el bien jurídico vida del reo.

#### 6.2.2 ACTUACIÓN DOLOSA DE OTRO INTERNO.

---

<sup>168</sup> *Ibidem*, pág. 58.

<sup>169</sup> *Ibidem*, pág. 61.

Aquí la cuestión ya se vuelve un poco complicada, para explicarlo el doctrinante Silva Sánchez acude a la S.T.S. (sala 2) del 24 de febrero de 1989, con togado ponente, el Sr. Cotta y Márquez de Prado, mediante la cual se condena al estado por considerar imprudente el actuar de sus funcionarios. En concreto, esta decisión judicial versa sobre el caso de un recluso que habría sido de manera previa a que diera muerte a su compañero de celda, calificado como peligroso por las autoridades médicas de la prisión, pero que no obstante dicha advertencia nunca habría sido aislado de los demás penados para los cuáles suponía un riesgo latente, conllevando al fatal resultado que podría haberse evitado. Pues nótese bien que la cuestión es interesante, por cuanto a pesar de que se llegó a considerar como imprudente el actuar de los funcionarios encargados de la asignación de celdas, e incluso sus superiores, nunca se ejecutó ningún tipo de reproche penal al respecto.

A efectos de favorecer el ejercicio académico, en este último escenario se concentra Silva Sánchez, quien se pregunta que hubiese podido pasar si el tema penal hubiese sido debatido por el órgano judicial. Es así como después de efectuar un comedido análisis, concluye que a su criterio no es correcto que el actuar de la administración se analice únicamente bajo el lente de una omisión, ya que de los hechos expuestos se podría predicar la existencia de una comisión activa, tras haber ubicado al recluso víctima del homicidio en la misma celda en la que ya estaba el recluso tachado de peligroso.<sup>170</sup> Tiene claro este autor que a su argumento podrían intentar atacarlo a través de teorías como la de la prohibición de regreso; la tesis relativa a la impunidad de la participación en aquellos casos que es imprudente; y el principio de autoresponsabilidad, el cual excluye la responsabilidad por hechos dolosos ajenos. Sin embargo, establece que la eficacia de estas posturas dogmáticas se da siempre y cuando no encajen dentro de determinadas excepciones, como es el caso concreto de situaciones de responsabilidad especial; competencia incrementada; o deberes de cuidado que cubren aún supuestos de comportamientos de terceros, sobretodo cuando se está ante supuestos donde el sujeto activo de la conducta cuestionada es un semiimputable, como el caso de la sentencia que se expone.<sup>171</sup> De hecho esto es determinante para que Silva Sánchez considere más allá de una participación imprudente, una autoría imprudente activa por parte del Director del

---

<sup>170</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. "Muerte violenta..." op. cit., pág. 566.

<sup>171</sup> *Ibidem*, pág. 567.



penal<sup>172</sup>, llegando a plantear de esta forma que de no tener acogida su postura, podría haberse acudido a la vía más fácil, siendo la de reputar una comisión por omisión imprudente, en el entendido de que no se tomaron por parte del referido funcionario las medidas adecuadas para prevenir el punible.<sup>173</sup> Así las cosas, y abriendo el campo de posibilidades, llega incluso a afirmar este doctrinante, que habrá supuestos como estos, en los que resultará más acertado atribuir responsabilidad penal a título de dolo eventual, en vez de imprudencia.<sup>174</sup>

## 6.2.2 SUICIDIO.

Finalmente en cuanto al último de los supuestos, se considera que su penalización depende en gran medida de la protección que establezca cada uno de los ordenamientos jurídicos respecto a la protección de los bienes jurídicos vida e integridad, para ilustrar lo que ocurre en Colombia deberá traerse a colación lo ya expuesto acerca de la Sentencia del Consejo de Estado, del año 2014, con radicado 21779: *“(...) el Estado no está habilitado para exigir a la persona una forma determinada de conducta para consigo mismo y por lo tanto, no puede obligarlo a que cuide de su salud, que se someta a un tratamiento médico ni por su puesto que prolongue su existencia si ésta considera que debe ponerle fin a la misma, pues sólo un Estado totalitario puede asumirse como dueño y señor de la vida de las personas.”*<sup>175</sup> De esta manera se sobrentiende que aún en casos de relación de especial sujeción como el de los presos, donde a pesar de que el compromiso del estado frente a la protección del individuo es mayor, por el intenso vínculo de dependencia que existe entre estos, y tener la entidad administrativa a cargo de este un deber de resultado de devolver al ciudadano a la vida en sociedad como mínimo en las mismas condiciones que entró, dicha protección se pregona respecto a hechos ajenos o de terceros, no frente a su mismo titular.

## 7. RECAPITULACIÓN

---

<sup>172</sup> *Ibíd*em, págs. 567 y 568.

<sup>173</sup> *Ibíd*em, pág. 568.

<sup>174</sup> *Ibíd*em.

<sup>175</sup> Corte Constitucional, sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994.

De acuerdo con todo lo expuesto hasta ahora en este capítulo, resulta viable afirmar que el proceder del Consejo de Estado en los últimos años de indiferencia frente el título mediante el cual se responsabiliza al Estado por los daños antijurídicos sufridos por la población reclusa, al haber establecido como criterio a seguir la responsabilidad objetiva, se debe en gran medida al prolongado tiempo que lleva el sistema penitenciario y carcelario colombiano sumido en un estado de cosas inconstitucionales. Tal situación es sin duda, facilitadora y promotora de cualquier deficiencia que se pueda presentar al interior de las prisiones. Lo preocupante está en que no hemos asimilado el problema que enfrentamos y seguimos creyendo que los presos no le importan a nadie, cuando el Estado, en consecuencia, cada uno de los ciudadanos colombianos que tributa, lleva años pagando los efectos de legislar de manera incorrecta.

Sobre este punto se trae a colación respuesta brindada por la entidad estatal “Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado”<sup>176</sup>, cuando en virtud de la elaboración de este trabajo de investigación, se le preguntó mediante derecho de petición la cifra correspondiente al gasto patrimonial efectuado por el Estado colombiano, desde el año 2015, hasta la fecha actual, por concepto de sentencias judiciales dictadas en su contra, con ocasión de daños antijurídicos sufridos por la población reclusa de centros penitenciarios y carcelarios durante el cumplimiento de su condena, o medida de aseguramiento privativa de la libertad; así como el gasto patrimonial efectuado por el estado con ocasión del pago de condenas judiciales en su contra por privaciones injustas de la libertad. A lo cual respondieron de la siguiente manera:

---

<sup>176</sup> Entidad adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, que se creó en el año 2011 con el propósito de desarrollar la *“estructuración, formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación en las actuaciones judiciales de las entidades públicas, en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa (...)”*, tal y como consta en su página web oficial, conforme a fecha de consulta, 24 de junio de 2019.

Sin embargo, desde el año 2015 se identificó un total de 601 procesos judiciales terminados con sentencia ejecutoriada y sentido de fallo desfavorable para los intereses de la Nación, instaurados con ocasión de daños antijurídicos sufridos por la población reclusa de centros penitenciarios y carcelarios durante el cumplimiento de su condena, o medida de aseguramiento privativa de la libertad, cuyo valor de las pretensiones ascienden por valor de \$317.321.126.737 indexados a la fecha de corte.

En la Tabla 1 se presentan las principales causas identificadas para los procesos mencionados, se debe anotar que la suma de procesos y pretensiones por causas no corresponde al total de procesos, debido a que un proceso puede tener una o más causas.

Tabla 1. Principales causas de procesos judiciales con sentencia ejecutoriada sentido de fallo desfavorable

CAUSA	PROCESOS	PRETENSIONES
LESIÓN A RECLUSO	410	\$124.992.722.926
MUERTE DE RECLUSO	97	\$130.583.610.562
LESION A RECLUSO CAUSADA POR OTRO RECLUSO	48	\$20.165.837.646
MUERTE DE RECLUSO CAUSADA POR OTRO RECLUSO	19	\$23.355.499.409
LESIÓN ACCIDENTAL O FORTUITA A RECLUSO	10	\$4.206.130.857
MUERTE DE RECLUSO DERIVADA DE LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD	10	\$10.547.697.771
LESION A RECLUSO CAUSADA PDERIVADA POR LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD	8	\$3.254.385.444
LESION A RECLUSO CAUSADA POR AGENTES DEL ESTADO	5	\$4.289.391.535
MUERTE ACCIDENTAL O FORTUITA A RECLUSO	5	\$5.303.852.509
MUERTE DE RECLUSO CAUSADA POR TERCEROS	3	\$5.147.519.887
MUERTE AUTOINFLIGIDA DE RECLUSO	2	\$1.140.204.390
MUERTE DE RECLUSO CAUSADA POR AGENTES DEL ESTADO	1	\$199.537.892

Luego de realizar la consulta en el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado – eKOGUI con corte al 31 de marzo de 2019, desde el año 2015 se identificó un total de 1.543 procesos judiciales terminados mediante sentencia ejecutoriada y con sentido de fallo desfavorable para los intereses de la Nación, por hechos asociados a la privación injusta de la libertad, cuyas pretensiones ascienden por valor de \$3.628.525.468.347 indexados a la fecha de corte.

Tal y como se puede apreciar, las cifras son exorbitantes, estamos hablando de casi 4 billones de pesos (1.092.237.600.00 EU), y eso por qué se decidió limitar el cálculo a los últimos 3 años y medio; lo cierto es que tal despilfarro de dinero se viene generando desde hace mucho tiempo, como mínimo desde 1998, cuando se declaró el primer estado de cosas inconstitucionales en Colombia. A esto súmesele el costo ordinario de mantener a un recluso en prisión, que de acuerdo con respuesta a derecho de petición que se le presentó al Inpec, para el año 2018 se constituyó en la cifra de \$18.267.408 millones de pesos anuales (5,037 EU). por cada privado de libertad, en un país donde vale la pena recalcar, contamos con un total de 119.125 reclusos.<sup>177</sup>

<sup>177</sup> Dentro de dicho valor se tienen en cuenta gastos propios del funcionamiento del sistema penitenciario y su misión institucional, así como todos aquellos servicios que requiere la población reclusa, como lo son: la infraestructura carcelaria, seguridad, atención y tratamiento, salud, alimentación, etc.

Piénsese entonces cuánto no se podría hacer con esta cantidad, cuántos mega colegios, becas para estudios superiores, o simplemente cualquier tipo de inversión social que contribuyera a mejorar los estándares de desarrollo de la comunidad, a disminuir las brechas sociales que generan la imposibilidad de vivir un proceso de socialización normal por muchos individuos que resultan día a día marginados en la sociedad; en otros términos podríamos resocializar la sociedad que actualmente se erige como excluyente y hace las veces de madre que abandona a sus hijos, ya que le da vida a los delincuentes, y luego los deja tirados a su suerte.<sup>178</sup> U otra alternativa, hablábamos de que la resocialización tiene como gran problema el hecho de ser costosa, pues sin duda aquí podría estar la solución para costearla. Recuérdese además que un individuo resocializado en debida forma es un reincidente menos, que se vuelve útil para la sociedad, en términos de que le aporta y no le resta.

Por su parte, en cuanto a la posibilidad de predicar responsabilidades penales en contra de los funcionarios del estado encargados de la población reclusa, debe concluirse que a pesar de que se está de acuerdo en gran parte con Silva Sánchez de que el escenario ideal sería el de poder diferenciar en las estructuras jerárquicamente organizadas quiénes son los responsables del desborde de la política criminal y su errónea implementación. Ya que es innegable que tal situación ha llevado a que sistemas penitenciarios y carcelarios como el colombiano fracasen en su ejecución, y terminen respondiendo por cifras millonarias relativas a reparaciones directas como consecuencia del daño causado a sus reclusos. Se estima que, luego de demostrar la gran cantidad de actores estatales que intervienen en la estructuración del andamiaje del sistema y de sus consecuentes fallas, resulta una tarea bastante compleja, de hecho un tanto idílica para sociedades como la colombiana, donde su persecución penal podría tardar muchos años, en los que sin duda florecería aún más el problema que aquí presentamos. Ahora bien diferente es el caso de aquellos funcionarios frente a los cuales es posible establecer un vínculo mucha más directo, hablese de guardias,

---

<sup>178</sup> Al respecto se trae a colación otra cifra que sirve como punto de comparación para medir el impacto de lo hasta ahora planteado, se trata del costo de sufragar la educación a un estudiante en Colombia, de acuerdo con lo que responde el Ministerio de Educación a partir de derecho de petición que se le presentó sobre el tema, para el año 2019 el Estado determinó en términos generales la destinación de \$78.672.675 millones de pesos. Analícese entonces como se podría ver mejorada esta cifra con el rubro que actualmente se destina al pago de daños antijurídicos de la población reclusa.

sus supervisores, o incluso el director de la cárcel como jefe de gobierno interno, claro que será válida la persecución penal, siempre y cuando, como se expuso, no devenga de las fallas genéricas del sistema provenientes del estado de cosas inconstitucionales.

### **III. CAPÍTULO: PROPUESTAS PARA ALCANZAR UNA VERDADERA RESOCIALIZACIÓN DEL SUJETO CONDENADO.**

Hasta el momento hemos discutido y desarrollado a profundidad dos de los tres objetivos que se trazaban en la parte introductoria de este trabajo.<sup>179</sup> Estos primeros satisfechos de una forma mucho más descriptiva que propositiva, por hacer estricta alusión a la realidad que conforma el panorama nacional colombiano, pero que muchos individuos desconocen debido al olvido, descuido o manipulación en que han incurrido algunos dirigentes del Estado al tratar el tema concerniente a la población reclusa, sus derechos y garantías; pues bien, en este nuevo capítulo ha llegado el momento de proponer aquello que se considera debería constituirse como el horizonte o metas a alcanzar por parte del sistema penitenciario de este país, destacando como idea principal, la de lograr un perfecto balance entre la postura consensualista del tratamiento penitenciario y la de democratización de las cárceles, partiendo de una innegable premisa que reconocen en su inmensa mayoría los doctrinantes expertos en esta materia, como lo es la dificultad que supone resocializar desde la privación absoluta de libertad.<sup>180</sup>

Sin duda para alcanzar este último objetivo se debe partir del cuestionamiento de la forma como actualmente se adelanta el tratamiento penitenciario en Colombia, siendo mediante la fórmula de lo que se conoce como sistema progresivo, que conforme a una visión mucho más realista que ambiciosa, deberá ser a corto y mediano plazo flexibilizado y corregido, pero bajo la certera promesa de una inevitable sustitución futura. Así mismo, antes que intentar cualquier tratamiento resocializador, el sistema penitenciario deberá buscar sobremanera la forma de evitar y en lo posible erradicar los efectos de desocialización provocados por la subcultura

---

<sup>179</sup> Ver páginas 7 y 8 de este trabajo.

<sup>180</sup> A modo de ejemplo ver: Muñoz Conde, F. “*La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*”, CPC, No. 7, 1979.

García Pablos de Molina, A. “*La supuesta función resocializadora en el derecho penal: utopía, mito y eufemismo*”, ADPCP, 1979.

SANZ MULAS, N. “*Alternativas ...*” op. cit.

carcelaria, para lo cual será necesario readaptar, o en mejor medida, reenfocar el énfasis de los programas de estudios de los funcionarios de prisión

A continuación, se desarrollan inextenso los fundamentos de esta afirmación, para luego si proceder a delimitar a que aluden separadamente los conceptos de consensualismo del tratamiento penitenciario y democratización de las cárceles, y como su amalgama, mediante la implementación de lo que se conoce en el sistema español como módulos de respeto, puede elevar el pronóstico de resocialización del individuo condenado.

## **1. EL SISTEMA PROGRESIVO COMO PARADIGMA DE SISTEMA PENITENCIARIO IDEAL QUE MERECE SER SUPERADO.**

Cuando se analiza la normativa que regula el tema relacionado al tratamiento del penado en Colombia y se leen de manera descontextualizada los diferentes artículos del código penitenciario<sup>181</sup>, la primera impresión que queda al respecto es que la legislación ha procurado ser absolutamente humanista y garantista con los derechos del recluso, máxime cuando el sistema progresivo se ha presentado como una herramienta válida, que aparentemente ha logrado durante sus tantos años de vigencia<sup>182</sup>, compensar el componente netamente represivo que lleva inmersa la privación de la libertad, con un propósito mayor, el de la búsqueda de la resocialización del penado. Pues bien, tras revisar minuciosamente el tema, se plantean en este momento los grandes problemas de dicho sistema, que en la práctica se quedó corto en sus aspiraciones.

Lo primero es que conforme lo preceptúa el artículo 144 del Código Penitenciario, en este proceso se deben agotar por cada uno de los reclusos, con independencia de sus condiciones

---

<sup>181</sup> Ley 65 de 1993, arts. 10, 12, 142, 143, 144, 145 y ss.

<sup>182</sup> BARACALDO MÉNDEZ, S. Artículo de investigación: “*El sistema penitenciario y carcelario en Colombia: El concepto de alta seguridad en la justicia especializada*” en Revista Policía y seguridad pública de la Secretaría de Gobierno de Bogotá.

Hernández Jiménez, N. Artículo de investigación: “*El fracaso de la resocialización en Colombia*” en revista de derecho, Universidad del Norte, 49: 1-41, 2018.

MARTÍNEZ S., M. “La crisis ...” op. cit., pág. 152. En este último texto, se señala que la postura base defendida por el sistema progresivo ha estado vigente en el ordenamiento jurídico colombiano desde el código carcelario de 1934, por lo que no representa ninguna novedad. su positivización formal se da en 1964, y su puesta en práctica realmente con el surgimiento de la Constitución Política de 1991.

específicas unas determinadas fases, que han de seguir un orden preestablecido que va siempre de mayor represión del derecho a la libertad, a una menor, donde con el paso del tiempo de la condena y básicamente lo que se denominaría el buen comportamiento del penado, este último podría ir accediendo a una serie de beneficios administrativos, como lo son los permisos hasta de setenta y dos horas, la libertad y franquicia preparatorias y el trabajo extramuros.<sup>183</sup>

(Gráfico de elaboración propia, conforme a lo consagrado en el artículo 144 del Código Penitenciario Colombiano)



Es decir, si bien cada fase tiene su específico contenido de tratamiento, determinado por la observación, diagnóstico y clasificación del interno, efectuada al momento del recibimiento de este en el penal, lo cierto es que en términos estructurales de como esta diseñado el sistema, todos los internos deben superar los mismos estadios de represión, siendo siempre el primero el de alta seguridad para el penado. Se destaca al respecto que así como el interno podría avanzar en fases, podría también retroceder a partir de las valoraciones negativas que se puedan hacer de este, queriendo decir lo anterior, que sólo mediante un debido cumplimiento de las normas intramurales y acatamiento del tratamiento podría alcanzarse en menor tiempo el goce por lo menos parcial de su libertad.<sup>184</sup>

Cobra especial atención el análisis del tenor literal del artículo 144 que consagra dentro de sus líneas lo siguiente: *“Los programas de educación penitenciaria serán obligatorios en las tres primeras fases para todos los internos, sin que esto excluya el trabajo. La sección educativa del INPEC suministrará las pautas para estos programas, teniendo en cuenta que su contenido debe abarcar todas las disciplinas orientadas a la resocialización del interno.*

<sup>183</sup> Código penitenciario, Ley 65 de 1993, arts. 144 y 146.

<sup>184</sup> GUILLAMONDEGUI, L. *“Resocialización y semilibertad”*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2010.

**PARÁGRAFO.** *La ejecución del sistema progresivo se hará gradualmente, según las disponibilidades del personal y de la infraestructura de los centros de reclusión.*”<sup>185</sup>

Es de este razonamiento de donde deriva el principal problema del sistema progresivo en Colombia, cuando olvida uno de los pilares fundamentales de la resocialización, como lo es el hecho de que el tratamiento del penado es absolutamente voluntario, sólo se puede materializar si este lo quiere recibir, porque de lo contrario sería incurrir en técnicas de la criticada prevención especial negativa.

Por situaciones como estas, incluso menos gravosas, al hacer referencia exclusiva a la predeterminación de las fases a agotarse por parte del recluso, doctrinantes como la catedrática Miranda Rodríguez han afirmado que el sistema progresivo es “*intrínsecamente coactivo*”<sup>186</sup>, de tal forma que se ha optado en varios países por la introducción de sistemas de planificación individualizada, consistentes en un primer estadio relacionado con la “*observación sobre la personalidad y sobre el medio social, económico y familiar del recluso*”<sup>187</sup> para luego si ejecutar la planificación en términos formales, es decir la determinación del “*tipo de establecimiento en que el recluso debe ser internado o los programas formativos o terapéuticos a que debe asistir*”.<sup>188</sup> Como se puede apreciar el tratamiento no es una camisa de fuerza que se le impone al penado, fabricada de manera previa, antes de que existiera tan siquiera un sujeto condenado, sino que verdaderamente atiende la individualidad de cada caso concreto. A lo que va esta crítica es que si bien en el ordenamiento colombiano se tienen en cuenta las particularidades de cada recluso para la estructuración de su programa de resocialización, lo cierto es que dicho tratamiento ya se encuentra compelido a darse dentro de un sistema genérico que no admite variables, por lo que su margen de adaptabilidad a cada caso concreto queda en entredicho. Peor aún, no se entiende como existe en el código una norma que es evidentemente inconstitucional, el hecho de que el artículo 144 señale la obligatoriedad de los programas de educación penitenciaria en las tres primeras etapas del sistema, sin duda es un desacierto jurídico que desconoce el

---

<sup>185</sup> Código penitenciario, Ley 65 de 1993, art. 144.

<sup>186</sup> MIRANDA RODRÍGUES, A. “*Consensualismo...*” op. cit., pág. 386.

<sup>187</sup> *Ibidem*, pág. 387

<sup>188</sup> *Ídem*.



punto de partida de cualquier discusión en derecho penitenciario, siendo la humanidad de los presos.

Adicionalmente, y no por ello menos importante, resalta esta autora que aunque se obtuviera el consentimiento del recluso para ejecutar los mandatos del sistema progresivo, concurre otro problema de gravedad suficiente para considerar su sustitución en el ordenamiento, como lo es el caso que se concedan beneficios administrativos a cambio del paso del tiempo y el buen comportamiento del penado, lo que a su parecer, posición con la que se está de acuerdo en este trabajo, irrumpe con la espontaneidad que debe caracterizar la cooperación del penado con el tratamiento, como ejemplo de búsqueda de su socialización. Es decir, de acuerdo con este argumento, se estarían confundiendo beneficios con lo que realmente han de entenderse como derechos del penado, resultando de todo este ejercicio el encubrimiento de la coactividad detrás de lo que se aduce como un supuesto tratamiento voluntario.<sup>189</sup>

Así, la conclusión es que el criterio a seguir a la hora de otorgar los “beneficios administrativos” no debe ser el buen comportamiento, sino el verdadero índice de evolución en su tratamiento socializador. Todo esto lo profundizaremos más adelante, cuando dediquemos un epígrafe en su integridad, a desarrollar como planteamiento la necesidad de reforzar la idea de voluntariedad del tratamiento resocializador. De esta forma, estaremos en capacidad de solucionar interrogantes, tales como, lo que ha de ocurrir con la pena cuando el interno en virtud de dicha voluntariedad decide no tratarse, o por su caso especial de individuo realmente más que socializado, como suele ocurrir con los delincuentes de cuello blanco, no se requiere del tratamiento.<sup>190</sup>

## **2. EL RECONOCIMIENTO DE LA PRISIONIZACIÓN COMO FÉNO MENO REAL QUE DEBE SER EVITADO Y EN LO POSIBLE ERRADICADO.**

---

<sup>189</sup> MIRANDA RODRÍGUES, A. “*Consensualismo...*” op. cit., págs. 387 y 388.

<sup>190</sup> *Ibidem*, pág. 386.

Ya habíamos hablado en el capítulo anterior acerca de la prisionización y sus efectos para la vida intramural del recluso<sup>191</sup>, no obstante, quedaba la duda de si era un fenómeno que realmente permanecía a lo largo del tiempo, y se extendía más allá de los muros de la prisión, es decir cuando el penado recobrara su libertad. Dejando de lado dicho debate que suscitábamos con ocasión de determinar si podía predicarse alguna responsabilidad del estado derivada del simple paso por prisión del penado, recobra importancia el tema cuando vemos que la discusión doctrinal no ha sido acerca de si el fenómeno realmente ocurre, sino de si permanece a lo largo del tiempo. Pues bien, partiendo de dicha premisa de su reconocimiento, que ha sido corroborada por la doctrina, criminólogos, psicólogos, médicos psiquiatras, sociólogos, los mismos centros penitenciarios y las diferentes jurisdicciones estatales, entre otros<sup>192</sup>, resulta válido afirmar conforme acertadamente lo hace Miranda Rodríguez, que el primer supuesto para lograr una verdadera resocialización, ha de ser evitar y erradicar de las prisiones el fenómeno desocializador.<sup>193</sup>

Suficiente estigmatización social se genera con el desarrollo del juicio y la imposición de la pena, y pues bien, en cierta forma ello es aceptable, o por lo menos asimilable por comprender que en cualquier caso la pena no deja de comportar en el plano fáctico un mal, el punto es que dicho mal deja de ser tolerable cuando al final no reconduce la vida del sujeto condenado a nada positivo, sino por el contrario, lo hace enfrentarse al peor de los mundos y cohabitar en un entorno donde todo es delincuencia. Debe optarse entonces por una normalización de la vida penitenciaria, donde se intente hacer coincidir en la mayor medida de lo posible la vida intramural con la vida en absoluta libertad.<sup>194</sup>

La gran cantidad de sistemas penitenciarios, sobretodo los latinoamericanos, y entre ellos el colombiano se han preocupado por hacer efectivo el propósito resocializador, lo cual es totalmente plausible, pero imposible en su materialización hasta que no desaparezca la subcultura carcelaria. Por eso, *“la socialización no debe ser enfocada exclusivamente como*

---

<sup>191</sup> Ver páginas 46 a 48 de este trabajo.

<sup>192</sup> Al respecto se puede ver: CLEMMER, D. “The Prison ...”, op. cit.  
GOFFMAN, E. “*Essay on the social situation of mental patients and other inmates*”, New York, 1961.  
FOUCAULT, M. “*Vigilar y castigar*”, Edit. Círculo de Lectores, España, 1999.  
SYKES, M. “*The society of captives*”, Princetown, 1958.

<sup>193</sup> MIRANDA RODRÍGUES, A. “*Consensualismo...*” op. cit., pág. 378.

<sup>194</sup> *Ibidem*, pág. 380.

*preparación del recluso para volver a ser socio. El estímulo para que se adquiriera una actitud social que respete los valores jurídico-criminales no puede hacer olvidar que el recluso ya es, en cuanto tal, socio, aunque lo sea sujeto a un estatuto especial, que, ni siquiera, excluye la titularidad de derechos fundamentales.*"<sup>195</sup> En consecuencia, evitar y sobretodo erradicar la desocialización significa hacer desaparecer esa diferencia que al día de hoy se reconoce existe en todas las cárceles, entre su organización formal y su organización informal, llevando el entorno penitenciario a convertirse en un escenario normalizado de vida en sociedad.<sup>196</sup>

### **3. REPLANTEAMIENTO DE LA FORMACIÓN ACADÉMICA DE LOS GUARDIAS DE PRISIÓN.**

Si como ya se había expresado precedentemente, el acento de la pena en un estado social de derecho debe estar en obtener su efecto resocializador, y para ello se debe propender por la normalización de la vida intramural, resulta apenas lógico afirmar que lo guardias de prisión<sup>197</sup> como individuos que comparten la mayor parte del tiempo con los reclusos, de hecho siendo muchas veces su único contacto con el mundo exterior, deben estar sumamente capacitados para colaborar en la consecución de un efectivo tratamiento al penado, porque de nada sirven plurales e intensas horas de trabajo con expertos en tratamiento resocializador, si al final el recluso al volver a su celda es desesperanzado con un trato tendiente a la cosificación de todos y cada uno de los aspectos de su vida. Es decir, el énfasis de las labores de los guardias no debe estar dado por la idea de vigilar y castigar<sup>198</sup>, sino por la de prestar el trato más humano posible a los internos, sin denotar una supremacía o jerarquización que ponga siempre por debajo al recluso, sino por el contrario, que el recluso entienda que es importante para el sistema y que nos preocupa a todos, que en sus esperanzas, están puestas las esperanzas de toda una sociedad.

---

<sup>195</sup> Ídem.

<sup>196</sup> MARCONDES, P. Tesis Doctoral: "*La función...*" op. cit., pág. 178.

<sup>197</sup> También conocidos en el ordenamiento jurídico colombiano bajo la denominación de dragoneantes.

<sup>198</sup> Es decir, se admite que la disciplina juega un papel fundamental en el desarrollo de cualquier sociedad o comunidad, pero su búsqueda no puede estar supeditada al desconocimiento de la humanidad de quien no ostenta el control, por ello se superan ideas como la del panóptico de Jeremy Bentham, que también serían tratadas por autores, tales como, el reconocido filósofo francés Michael Foucault. Al respecto ver: BENTHAM, J., MIRANDA M.J., FOUCAULT, M. "El panóptico", La Piqueta D.L., Madrid, 1979. Así como también: FOUCAULT, M. "*Vigilar ...*" op. cit.

Pues bien, revisando la descripción de las funciones del guardia que hace el mismo INPEC cuando ofrece una vacante para ejecutar dicha labor dentro del sistema penitenciario y el pensum académico de la formación que debe recibir el candidato a desempeñar el empleo, se encuentra lo siguiente: *“Técnico Laboral en Servicios Penitenciarios. El Dragoneante es capaz de prestar los servicios de seguridad penitenciaria y carcelaria y de las medidas alternativas a la detención y prisión en el desarrollo de los procesos y procedimientos vigentes, revisando el orden, la seguridad, la disciplina, la custodia y vigilancia de las personas privadas de la libertad, el cumplimiento de los programas de resocialización y tratamiento integral, y la protección de sus derechos fundamentales cumpliendo las órdenes e instrucciones de los oficiales y suboficiales.”*<sup>199</sup> Información que resulta bastante curiosa, ya que aunque muchos pensarán que son cuestiones insignificantes, la forma en que se presenta la vacante para el empleo deja en clara evidencia que antes que los derechos e intereses del penado, están el orden, la seguridad, la disciplina, la custodia y vigilancia, lo que se vislumbra como lastimoso desacierto que enfrenta todo lo que hemos planteado hasta ahora en pro del humanismo de la sanción penal. Tal sensación se puede corroborar cuando se estudia el programa académico que constituye la formación del dragoneante, donde de un total de 1728 horas, que se reparten en alrededor de 8 meses de formación, por lo menos 536 horas están directamente relacionadas con temas de seguridad, disciplina y gestión de riesgo penitenciario, mientras que tan sólo 144 horas son dedicadas a un componente exclusivo de psicología aplicada al penitenciarismo, ética y atención al ciudadano y derechos humanos.<sup>200</sup>

Nótese como el autor Cesano, en este mismo sentido sugiere que el funcionario de prisión debe readaptar su metodología de trabajo a nuevas técnicas, que propendan en mayor medida por articular de manera simultánea y coordinada los distintos territorios existentes en el entorno penitenciario, logrando así consolidar *“una mejor relación cognoscitiva entre el asistido y la sociedad.”*<sup>201</sup> Esta postura la deriva del pensamiento del tratadista italiano

---

<sup>199</sup> Información disponible en el link de consulta web de la Escuela Penitenciaria Nacional de Colombia, conforme a fecha de consulta 3 de junio de 2019: <http://epn.inpec.gov.co/formacion-profesional/formacion>

<sup>200</sup> Información disponible en la página web de la Escuela Penitenciaria Nacional de Colombia, conforme a fecha de consulta, 3 de junio de 2019, en: <http://epn.inpec.gov.co/formacion-profesional/programas-academicos1>

<sup>201</sup> CESANO, J. “Ejecución de la pena privativa de libertad y voluntariedad del tratamiento” en ZAFFARONI (Dir.), Raúl y TERRAGNI, Marco (Coord.): El derecho penal del siglo XXI - Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2005, pág. 170.

Tonino Barberio, quien tras realizar un trabajo enfocado en la observación científica de la personalidad del sujeto detenido, destaca como el funcionario penitenciario debe ser capaz de desenvolverse en debida forma a partir del manejo de información pluridimensional obtenida de la misma institución carcelaria, que habrá de entenderse dividida en tres diferentes territorios, estos son: el individual, el institucional y el social.<sup>202</sup> El territorio individual es aquel en que se examinan los valores que posee el recluso en comparación con la regla axiológica fijada por la sociedad como el deber ser. Aquí se tienen en cuenta criterios como “*su historia familiar; sus características físicas y psíquicas; su léxico, sus valores de identificación; y todos aquellos factores que pueden condicionar o regular sus procesos de interacción social.*”<sup>203</sup> En cuanto al territorio institucional, la doctrina lo refiere como todo aquello vinculado a las condiciones de vida intramural del recluso, es decir sus relaciones interpersonales con los otros internos; con los funcionarios; las características que definen la organización de la institución; así como también, otros criterios normalmente desatendidos, como lo es el trato brindado por la administración a los familiares del recluso, que al fin y al cabo resulta siendo comunicado a este.<sup>204</sup> Finalmente, el territorio social hace alusión al entorno penitenciario, compuesto por su estructura física, pero también por los valores propios de la cultura carcelaria predominante en cada centro.<sup>205</sup>

Se considera le asiste razón a estos autores, que particularmente están reconociendo la importancia para el cumplimiento de la pena, de mejorar la relación de los reclusos con terceros que intervienen en su día a día. Sin duda para favorecer un adecuado tratamiento al penado no basta con su acercamiento a especialistas, quizás lo más importante será su relación con los guardias, por lo que se hace sumamente necesario cuanto antes modificar el sistema de educación impartido por la Escuela Penitenciaria Nacional de Colombia, de tal manera que pueda adaptarse a los postulados de el consensualismo penitenciario y la democratización de las cárceles que trataremos a continuación.

---

<sup>202</sup> *Ibidem*, págs. 169 y 170.

<sup>203</sup> *Ídem*.

<sup>204</sup> *Ídem*.

<sup>205</sup> *Ibidem*, pág. 170.

#### 4. UN NUEVO OBJETIVO: EL REFORZAMIENTO DE LA IDEA DE CONSENSUALIDAD EN EL TRATAMIENTO DEL PENADO.

Desarrollando el argumento que hasta ahora había sido apenas planteado cuando se destacaba lo contradictorio e incluso inconstitucional que resultaba el hecho de que el Código Penitenciario señalara la obligación del tratamiento resocializador en las tres primeras fases del sistema progresivo, se explican en este momento más a fondo los motivos que justifican la necesidad de reforzar una idea que en lo teórico está más que debatida y admitida, pero que en la práctica parece olvidarse.

Lo primero que habremos de decir, es que la idea de consensualismo en el tratamiento penitenciario no es nueva, sino que se ha venido fraguando desde hace mucho tiempo, mas o menos desde aquel mismísimo momento en que dejó de concebirse a la población reclusa como una masa carente de derechos, y se reconoció la individualidad del sujeto penitenciario.<sup>206</sup> En dicha medida hablar de la consensualidad de la resocialización implica necesariamente aceptar los avances que lenta y progresivamente se han materializado en pro de la defensa de los derechos fundamentales y garantías constitucionales que hoy en día existen en los diferentes instrumentos normativos como límites al poder punitivo del estado y sobretodo salvaguarda de los intereses del penado.<sup>207</sup> Es por ello que más allá de su reconocimiento como un imperativo del orden constitucional, que deviene de la evolución del concepto de relación de especial sujeción que se configura entre el estado y el penado, tal y como lo habíamos expuesto en el segundo capítulo de este trabajo, en este momento nos remitiremos a su incidencia práctica y la importancia de su acertada aplicación.

Es así como se expone, como para la doctrina no pueden obtenerse verdaderos resultados satisfactorios de resocialización, donde el supuesto tratamiento haya sido impuesto a la fuerza, bien sea de manera evidentemente coactiva, o bajo el disfraz de una voluntariedad simulada, motivada realmente por la consecución de los beneficios administrativos que ya habíamos

---

<sup>206</sup> MIRANDA RODRÍGUES, A. “*Consensualismo...*” op. cit., pág. 381.

<sup>207</sup> Ídem.

anotado.<sup>208</sup> De esta forma una adecuada aplicación del consensualismo en el tratamiento penitenciario sería aquella que propugna por alcanzar un consentimiento del recluso otorgado de manera absolutamente consciente y racional, mediante la construcción de un contrato entre el penado, el centro penitenciario y el juez de ejecución de penas, donde las partes sepan con anticipación a que se comprometen en un determinado plazo. Es el punto de equilibrio entre evitar la reincidencia y el abuso del poder punitivo del estado.<sup>209</sup> Acudir a una herramienta tan sencilla como la del contrato le transmite al penado la sensación de tener criterio en la determinación de su futuro y por ende lo incita a participar activamente en el tratamiento resocializador. Al final se trata de aflorar su sentido de responsabilidad para que a futuro en su vida en sociedad sepa comprometerse y cumplir con sus compromisos.<sup>210</sup>

Actualmente tal interpretación del deber ser del tratamiento penitenciario se ha relacionado con una corriente que se denomina constructivista y que suele compaginar con postulados como los del modelo de gestión de riesgo del sistema canadiense. Lo que se busca principalmente es que todas las partes que intervienen en el sistema carcelario resulten implicadas en el tratamiento resocializador, readaptando sus funciones y aptitudes a la construcción de mejores relaciones interpersonales con los penados, y es aquí donde recobra importancia la necesidad de modificar la formación impartida por la escuela penitenciaria colombiana a los dragoneantes, tal y como se había expuesto en el epígrafe anterior.<sup>211</sup>

En resumen, aceptar el tratamiento resocializador como una obligación o imposición coactiva, significaría permitir la manipulación de la personalidad del reo, su consciencia y escala de valores. A la hora de la verdad, el real objetivo del tratamiento debe ser “*promover un proceso*” mediante el cual el recluso pueda extraer e interiorizar en plena libertad las ventajas que le

---

<sup>208</sup> *Ibidem*, pág. 389.

Sobre este punto también ver: RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M. “*Función y aplicación de la pena*”, Ed. Depalma, 1993, pág. 146. Este autor consideraba que las legislaciones que establecían normas en este sentido profesaban una “*hipocresía verdaderamente exquisita*”, al predicar una cosa y aplicar otra. También ver: MORRIS, N. “*El futuro de las prisiones*”, 5ta edición, Siglo XXI Editores, Mézico, 1998, pág. 38. Así como: CESANO, J. “*Ejecución ...*” op. cit., págs. 106 y 107.

<sup>209</sup> Sobre este punto ver: MIRANDA RODRÍGUES, A. “*Consensualismo...*” op. cit., pág. 374 y OLIVEIRA, Edmundo. O futuro alternativo das prisões. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 91 conforme lo cita MARCONDES, P. Tesis Doctoral: “*La función...*” op. cit., pág 223.

<sup>210</sup> MIRANDA RODRÍGUES, A. “*Consensualismo...*” op. cit., pág. 378.

<sup>211</sup> *Ibidem*, pág. 377.

ofrece la resocialización y considerarlas adaptables a su vida.<sup>212</sup> En consecuencia el estado tendrá que realizar una óptima labor para causar ese impacto de adhesión y seguimiento en el penado.

Pues bien, tratando de no desconocer los alcances del planteamiento que hasta aquí se expone, se resalta que habrá de concurrir en la práctica como consecuencia apenas lógica y esperable, que un porcentaje de reclusos decidan a partir de su manifestación libre y espontánea, no ser tratados. La gran pregunta que surge entonces es cómo debe actuar el estado frente a estos individuos, al respecto autores como Cesano han afirmado en concordancia con lo ya expuesto en páginas anteriores, que en estos supuestos la pena a toda costa debe optar por eliminar la desocialización provocada por la subcultura carcelaria, y ha de estar orientada entonces a satisfacer fines de prevención general.<sup>213</sup> Lo mismo ocurriría en aquellos casos de sujetos condenados, frente a los cuáles se evidencia una situación especial que escapa la regla general de los reclusos, al encontrarse plenamente socializados al momento de la comisión de la conducta delictiva. Así, nos referimos en este momento a aquellas personas que toda la vida desempeñaron un rol activo en la sociedad, tuvieron acceso a la educación, mejores escuelas, universidades y posibilidades de formación, de tal forma que su desempeño laboral nunca se vio truncado por ningún obstáculo, pero que no conforme con ello decidieron entregarse al mundo delictual buscando obtener mayores beneficios, generalmente desplegando un menor esfuerzo, en un tiempo reducido. Afirmación que tiene pleno sentido cuando ya se ha dejado claro en plurales oportunidades, que en ordenamientos jurídicos como el colombiano la retribución sólo puede existir si se encuentra al servicio de la prevención, tal y como lo afirmarían Silva Sánchez<sup>214</sup>, en dicha forma no pudiendo la pena satisfacer su fin esencial deberá conformarse con cumplir su función intimidatoria, pero respetando por supuesto los límites del Ius puniendi, garantizados por el cumplimiento de una pena justa, que avanzando en su descripción ha de obedecer los principios de culpabilidad, proporcionalidad y racionalidad, pero también ofrecer un ambiente propicio al penado para responder la comisión de su conducta delictiva.

---

<sup>212</sup> *Ibidem*, pág. 385.

<sup>213</sup> CESANO, J. “Ejecución ...” op. cit., pág. 167 y ss.

<sup>214</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. “Aproximación...” op. cit., pág. 204.



En este punto se recuerda lo preceptuado por Cesano acerca de las nuevas metodologías a aplicarse por los guardias de prisión, señalando que frente al caso de los penados que no acepten el tratamiento voluntario, será de gran utilidad trabajar alrededor del denominado territorio institucional, para suprimir en mayor medida cualquier efecto desocializador del penal.<sup>215</sup>

En cuanto a la consecución de beneficios administrativos, para nada podrían ser limitados en estos casos, por el contrario, resultan herramientas indispensables para alcanzar la no desocialización, así lo defiende Ruíz Vadillo<sup>216</sup> al sostener la tesis de lo que el denomina el principio de no marginación del recluso, y Mapelli Caffarena<sup>217</sup> al trabajarlo como el principio de atenuación o ejecución penitenciaria mínima.<sup>218</sup>

## **5. EL AUTO GOBIERNO (SELF GOVERNMENT) O DEMOCRATIZACIÓN DE LAS CÁRCELES.**

Básicamente la idea general que persigue la democratización de las cárceles es la de eliminar la brecha de incomunicabilidad existente en la relación reclusos - funcionarios, se destaca en este orden, y no al inverso, ya que es sabido que en la mayoría de casos la voluntad de la administración siempre ha sido expresada e impuesta de manera unilateral, de lo que podría decirse que propendiendo por el respeto de los derechos de los penados, pero no necesariamente de la mejor forma, tal y como se ha reiterado en diversas oportunidades a lo largo de este trabajo. Contrario sensu, poco o nada ha sido tenida en cuenta la experiencia de los penados para modular la vida intramural, cuando son ellos quienes realmente enfrentan las vicisitudes del día a día en prisión. No se pretende en este momento desconocer el actuar de aquellas ONGS que trabajan incansablemente por obtener un mejor sistema y corregir sus deficiencias a partir de la importante labor de resaltar la individualidad y humanidad de cada penado, sin

---

<sup>215</sup> CESANO, J. “Ejecución ...” op. cit., págs. 169 y 170.

<sup>216</sup> RUÍZ VADILLO, E. “Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. El sistema penitenciario”, en AA.VV., “Estudios penales II. La reforma penitenciaria.” Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pág. 188.

<sup>217</sup> MAPELLI CAFARENA, B. “Presupuestos de una política penitenciaria progresista” en AA.VV. “Francesco Carrara: homenaje en el centenario de su muerte.”, Ed. Temis, Bogotá, 1988, pág. 251.

<sup>218</sup> En este mismo sentido ver: MORRIS, N. “El futuro ...” op. cit., pág. 41.

embargo, si se pone de presente que este esfuerzo no parece ser suficiente y merece el apoyo de todos los sectores.

El legislador realiza su actividad desde la comodidad del congreso, muchas veces sin haber visitado una cárcel en su vida y aún, así como agente exógeno se atreve a establecer normas de conducta que pasaron por alto la opinión de los presos. Sobre este punto, Pedro Marcondes, estudioso de las prisiones brasileñas, citando a los autores Brydensholt, Goorbergh, Almeida y Shapland, señala que el hecho de que los reclusos se sientan en un estado de absoluta dependencia y subordinación genera el debilitamiento exacerbado de su personalidad, los hace aislarse, ser apáticos y agresivos.<sup>219</sup>

Sírvase aclarar con base a la doctrina expuesta por estos mismos autores, que hablar de democratización no significa implementar el régimen democrático en las cárceles; su correcta interpretación esta orientada a apropiarse de la esencia básica de dicho sistema de gobierno, siendo la posibilidad de que todos seamos escuchados de tal manera que se logre consolidar una sociedad cada vez más incluyente. Pues bien, aquí lo que varía es su aplicación, pero tales criterios son absolutamente trasladables al ámbito penitenciario, donde los presos deben de dejar de sentirse oprimidos y por el contrario comenzar a sentirse valorados. En resumen lo definen como un equilibrio entre la autocracia y la democracia en sentido estricto<sup>220</sup>, sin embargo, como ya veremos, tal balanza puede verse inclinada en mayor medida hacia uno de los extremos, y es de allá de donde deriva el peligro de esta posición, que como toda construcción teórica no esta exenta de críticas.

## 5.1 ANTECEDENTES DE LA DEMOCRATIZACIÓN DE LAS CÁRCELES

Acerca de los antecedentes que pueden ubicarse a nivel internacional sobre democratización de las cárceles, sería bueno traer a colación lo expuesto por los especialistas en tratamiento

---

<sup>219</sup> MARCONDES, P. Tesis Doctoral: *“La función...”* op. cit., pág. 179.

<sup>220</sup> BRYDENSCHOLT, H.H.; GOORBERGH, B. van der; ALMEIDA, M. R.; SHAPLAND, P. *“La gestión des établissements pénitentiaires”*, Strasbourg: Comité Européen pour les Problèmes Criminels del Consejo de Europa, págs. 22 y 23.

penitenciario Thomas Mott Osborne y J. E. Baker, quienes participaron de manera activa en este tema y defendieron su aplicación a lo largo de su carrera profesional, dejando constancia de ello en textos de importante significación para la doctrina americana como el *“Journal of criminal law and criminology”*: Mott Osborne lo haría mediante un artículo que denominó *“Common sense in prison management”* donde establecería importantes conclusiones de su pensamiento a partir de su experiencia personal como director de prisiones, ciudadano del común, pero sobretodo privado de la libertad, luego de que decidiera voluntariamente hacerse pasar como recluso a modo de experimentar lo que era el tránsito por prisión. Allí pudo darse cuenta como la opinión de los reclusos era absolutamente desvalorada, es más ni siquiera escuchada, por ello señalaba: *“We can do nothing effectively, therefore, to solve the prison problem without understanding the man who is most concerned and gaining his cooperation.”*<sup>221</sup> Este experto en penología defendería la idea de que todo ser humano es un potencial delincuente, por lo que el condenado merece nuestra total compasión.<sup>222</sup> De hecho expresaba que los únicos delincuentes que de verdad le habían dado la imagen de ser incorregibles eran aquellos egocéntricos que disponían de títulos profesionales y grandes habilidades, pero carentes de todo límite ético, lo que Sutherland denominaría delincuencia de cuello blanco.<sup>223</sup>

Mucho tiempo después vendría el artículo de J. E. Baker, quien haría una importante labor reconstruyendo los más significativos antecedentes en Estados Unidos sobre la idea de democratización de las cárceles, dentro de los que destacarían los de las prisiones de Auburn y Sing Sing bajo la administración de Mott Osborne. Además, pondría de presente 44 resultados de una encuesta que a efectos de investigación habría enviado a diferentes centros penitenciarios de su país, indagando acerca del manejo del tratamiento al penado y si involucraban técnicas de democratización. Tales criterios le servirían como fundamento para afirmar que el concepto de democratización o auto gobierno en Estados Unidos habría pasado

---

<sup>221</sup> MOTT OSBORNE, T. *“Common sense in prison management”* en *“Journal of criminal law and criminology 806 (May 1917 to March 1918)”*, volumen 8, pág. 807. Disponible para consulta en internet en la página web: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1576&context=jclc>

Traducción no oficial: *“No podemos hacer nada efectivo para solucionar el problema de prisiones, sin entender el hombre que está en mayor medida preocupado, y prescindiendo de su cooperación”*.

<sup>222</sup> *Ibidem*, pág. 815.

<sup>223</sup> *Ibidem*, pág. 822.

por un momento crítico en sus inicios, hasta que comenzara a implementarse lo que se conocería como “*inmanate advisory council*”<sup>224</sup>, capaz de hacer surgir en el recluso un pensamiento constructivo acerca del adecuado ambiente institucional de las prisiones, de tal forma que la administración tuviese un apoyo a tener en cuenta para hacer de estos centros de tratamiento un mejor lugar.<sup>225</sup>

De acuerdo con este autor, dicho órgano de consejería funcionaba como una agencia de comunicación encargada de advertir las responsabilidades que la administración esperaba fueran satisfechas por los reclusos respecto aquellos temas que estos mismos habían propuesto dentro de su agenda de preocupaciones. Para dicho objetivo se les ponía de presente el presupuesto con el que contaba la institución para resolver lo planteado y se les solicitaba sus recomendaciones al respecto de la mejor forma de abordar el problema. Al final el tratamiento se resumía en lograr la participación del penado, en hacerlo sentir involucrado y valorado en su individualidad.<sup>226</sup>

Tiempo después, en los años 90 para ser más preciso, Lemire volvería a abordar el tema de la democratización de las cárceles, tomando como principales antecedentes los dos casos de centros penitenciarios dirigidos por Mott Osborne, citados por J.E. Baker, junto con el de la prisión de Walla Walla también desarrollado en Estados Unidos, en el Estado de Washington.<sup>227</sup> De esta forma, Lemire destaca en el caso de la prisión de Auburn como a partir de la formación de un comité de condenados, al cual le fue conferido pleno poder para administrar la cárcel, incluso respecto a temas disciplinarios, se lograron apreciar resultados muy positivos como lo fueron: la disminución de la violencia, el aumento de productividad en los talleres de formación del penal y en general un ambiente más tranquilo y menos hostil.<sup>228</sup>

---

<sup>224</sup> Traducción no oficial: Consejo asesor del privado de libertad.

<sup>225</sup> BAKER E., J. “Inmate Self-Government” en “*Journal of criminal law and criminology* (1964)”, volumen 55, págs. 39 – 47. Disponible para consulta en internet en la página web: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol55/iss1/4/>

<sup>226</sup> *Ibidem*, pág. 47.

<sup>227</sup> LEMIRE, G. “*Anatomie de la prison*”, op. cit., págs. 174, 175 y 176 conforme lo cita MARCONDES, P. Tesis Doctoral: “*La función...*” op. cit., págs. 181 y ss.

<sup>228</sup> LEMIRE, G. “*Anatomie de la prison*”, op. cit., pág. 174 conforme lo cita MARCONDES, P. Tesis Doctoral: “*La función...*” op. cit., págs. 181 y ss.

Frente al caso de la prisión de Sing Sing, expone como fueron ampliados los poderes a la comisión de condenados, a tal punto que se llegó a elaborar una carta de derechos y responsabilidades y el comité fue elegido mediante sufragio de todos los penados del penal.<sup>229</sup> A pesar de los grandes esfuerzos de Mott Osborne y los resultados positivos que había venido mostrando, un sólo error del comité de disciplina de los presos bastó para que la crítica opositora se adueñara nuevamente del discurso de tratamiento penitenciario desechando por completo la idea de democratización.<sup>230</sup> Finalmente, el caso más reciente que destaca el autor Lemire es el de la prisión de Walla Walla, ocurrido en los años 70, es importante precisar que esta era una prisión de máxima seguridad donde el orden solía verse afectado constantemente por motines de los presos. Aquí ocurrió algo muy parecido al caso de Sing Sing, se elaboró una carta de derechos y deberes de los reclusos, y se escogió un Consejo de Representación, no obstante las facultades conferidas a este no fueron tan amplias, al no permitirse la intromisión en temas disciplinarios, aunque sí en lo atinente a la formación y método de evaluación de los condenados, así como la construcción de canales de comunicación, la elaboración de un periódico y la administración de finanzas disponibles para actividades recreacionales varias.

Los resultados fueron bastante optimistas al comienzo, de hecho, se redujo la constante amenaza de nuevos motines. Sin embargo esta iniciativa tuvo un gran problema que hizo ver truncado su ideal, fue que nunca contó con el parecer del director del centro penitenciario, ya que le había sido una imposición a este por parte de sus autoridades superiores, ello significó que poco tiempo después de desarrollarse el director decidiera no ceder respecto a algunos temas que le solicitaban los penados, causando nuevos graves enfrentamientos que llevaron a la crisis de la propuesta democratizadora.<sup>231</sup>

## 5.2 FORMAS DE DEMOCRATIZACIÓN DE LAS CÁRCELES

---

<sup>229</sup> LEMIRE, G. "*Anatomie de la prison*", op. cit., págs. 174 y 175 conforme lo cita MARCONDES, P. Tesis Doctoral: "*La función...*" op. cit., págs. 181 y ss.

<sup>230</sup> LEMIRE, Guy. *Anatomie de la prison*, op. cit., pág. 175 conforme lo cita MARCONDES, P. Tesis Doctoral: "*La función...*" op. cit., págs. 181 y ss.

<sup>231</sup> LEMIRE, G. "*Anatomie de la prison*", op. cit., págs. 174 conforme lo cita MARCONDES, P. Tesis Doctoral: "*La función...*" op. cit., págs. 182 y ss.

Pues bien, al día de hoy según la doctrina se considera existen tres formas de concebir la democratización, que habrán de variar dependiendo del grado de intensidad con que se implementen en el sistema penitenciario y en tal medida se les otorgué no sólo voz a los presos sino también una opinión vinculante. El más intenso sería mediante el otorgamiento de autoridad y poder a los presos para administrar los intereses de la prisión, siendo la hipótesis más cercana a una verdadera democracia, pero que de acuerdo con los doctrinantes nunca se ha dado en un sentido puro. Una fórmula media, satisfecha mediante la concesión de derecho a voto de los presos en comité, donde su opinión tendría efectos vinculantes, pero sólo estaría habilitada normalmente para situaciones de orden social, deportivo y educativo, excepcionalmente temas relacionados a la prevención de accidentes, organización laboral y remuneración por servicios, conforme lo ha afirmado el Consejo de Europa. Mientras que la última forma sería la más laxa, mediante el establecimiento de responsabilidades limitadas de los presos, es decir un ejercicio basado en el compromiso de la administración de favorecer el intercambio de opiniones con los presos para ciertos temas, debiendo tener en cuenta sus valoraciones, no habría en dicha forma un poder de decisión formal o vinculante, sino que los presos desplegarían una labor consultiva.<sup>232</sup>

Se considera el ideal a perseguir sería el de la concesión de derecho a voto en comité, en el entendido de que el sistema penitenciario no puede olvidar aquella noción de tratamiento, en la que los funcionarios sirven como guías para orientar la toma de correctas decisiones de los presos. Abogar por la democratización más radical del sistema penitenciario sería abrumar a los presos con competencias que tal vez sobrepasarían la condición propia del momento que se encuentran enfrentando en su vida, lo que se traduce no en falta de habilidades o capacidades, sino en la necesidad de concentrarse en la superación de lo que supone un evento duro para cualquier ser humano, como lo es la privación de libertad.

Como argumento adicional deberá decirse que el hecho de que los reclusos puedan ejercer en cierta forma un derecho al sufragio al interior de la prisión, aunque sea para temas limitados, permite acercarse al concepto de ciudadano que readquirirán estos cuando recobren su libertad y que al fin al cabo los facultará para ejercer derechos de naturaleza

---

<sup>232</sup> MARCONDES, P. Tesis Doctoral: *“La función...”* op. cit., págs. 184 y s.s.

política. Es decir, partiendo de la base de que en Colombia de conformidad con los artículos 98 y 99 de la Constitución Política la ciudadanía se suspende en virtud del cumplimiento de una condena penal, significando ello que los internos no pueden desplegar derechos como el de elegir y ser elegidos, pues esta iniciativa prepara al penado para el correcto ejercicio de dicho derecho cuando vuelva a vivir en comunidad.<sup>233</sup> De esta forma lo que pareciera ser intrascendente adquiere un matiz bastante relevante, al significar que se está preparando al penado para que sepa desarrollar a futuro un ejercicio político que le permita entenderse representado en la sociedad mediante los dirigentes que vote y apoye en las diferentes contiendas electorales, incluso, porque no, en participar de manera activa en la política. Teniendo esto claro, sería bueno advertir que llegar a la aplicación de lo que se plantea como la fórmula media no podría darse de la noche a la mañana, sería mediante un lento y paulatino cambio que permitiera ir asimilando los beneficios de lo que se pretende, por lo que se sugiere desde ya la implementación de módulos de respeto, tal y como se tratara en el epígrafe siguiente.

## **6. IMPLEMENTACIÓN PAULATINA DE MÓDULOS DE RESPETO EN EL SISTEMA PENITENCIARIO COLOMBIANO.**

### **6.1 ¿QUÉ SON LOS MÓDULOS DE RESPETO?**

En dicha medida han de presentarse los módulos de respeto, lo que tras su análisis podría considerarse una propuesta que actualmente propende por mezclar la idea consensualista del tratamiento penitenciario con la de democratización de las cárceles, por lo menos en un sentido laxo. Su origen se remonta al año 2001, cuando por primera vez en el Centro Penitenciario de Mansilla de las Mulas (León, España) decidió abrirse campo a la aplicación de este concepto, que actualmente se predica en todos los centros penitenciarios de España.<sup>234</sup>

---

<sup>233</sup> Al respecto ver Constitución Política de Colombia, arts. 98 y 99.

<sup>234</sup> CENDÓN SILVAN, J., BELINCHÓN CALLEJA, E., y GARCÍA CASADO, H. Manual de Aplicación de Módulos de Respeto elaborado por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, del Ministerio del Interior de España, págs. 11 - 15. Disponible para fecha de consulta en: <http://publicacionesoficiales.boe.es>

De acuerdo con el Manual de Aplicación elaborado por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, del Ministerio del Interior de España, los módulos de respeto son un sistema de organización para la vida intramural que buscan alcanzar las condiciones físicas y técnicas necesarias para satisfacer principalmente el fin resocializador de la pena. De esta forma se constituyen como unidades especiales que existen al interior de las prisiones como subconjunto del conjunto carcelario.<sup>235</sup> La idea básica radica en que los penados que formen parte de este concepto decidan hacerlo de forma voluntaria, teniendo plena claridad de las normas de convivencia y obediencia a las que se someten a cambio del principal beneficio que ofrecen estos módulos, que tal y como lo señalan en dicho manual al establecer su objetivo principal coincide con la eliminación de aquellos supuestos que favorecen el fenómeno de prisionización y desocialización del penado, es decir la subcultura carcelaria u organización informal. En resumen: *“El objetivo de los MdR es conseguir un clima de convivencia homologable en cuanto a normas, valores, hábitos y formas de interacción al de cualquier colectivo social normalizado.”*<sup>236</sup> De aquello que acepta el penado voluntariamente se deja constancia en un contrato conductual donde se regulan temas tales como los cuidados personales que debe seguir el interno, los cuidados del entorno y espacios comunes, el manejo de relaciones interpersonales y el cumplimiento de labores planificadas por los agentes de tratamiento del módulo.<sup>237</sup>

Para lograr un óptimo desenvolvimiento del módulo de respeto se prevé que este debe funcionar a partir de la conformación de diferentes grupos de tareas, responsables del mantenimiento y funcionamiento de zonas específicas del referido módulo. Estos grupos se encuentran sometidos a constantes evaluaciones, y tienen como principal objetivo incentivar la participación del penado, son organizados conforme a criterios de tratamiento, estableciéndose un interno responsable que tiene funciones de representación ante la administración, de organización, distribución, determinación de tareas, aculturación y mediación entre sus miembros. Muchos profesionales expertos en penología coinciden en denominar estos conglomerados como grupos de presión positiva<sup>238</sup>; *“los grupos son*

---

<sup>235</sup> Ídem.

<sup>236</sup> Ídem.

<sup>237</sup> Ibídem, pág. 26.

<sup>238</sup> Ibídem, págs. 37 - 50.



*básicamente grupos de tareas y el trabajo que tienen que desempeñar sus miembros cada semana está determinado por la evaluación obtenida por todos y cada uno de ellos, lo que sirve para provocar y justificar la presión por parte del grupo sobre cada uno de sus integrantes para que evite las anotaciones de negativos.*"<sup>239</sup>

## 6.2 FORMAS DE EVALUACIÓN DE LOS INTERNOS.

Algo importantísimo a tener en cuenta es la forma como son constantemente evaluados los internos dentro de cada módulo, ello se hace de dos maneras: diaria y semanal.

En la evaluación diaria el funcionario de prisión debe realizar una valoración que tenga en cuenta el cumplimiento de los compromisos del recluso dentro de su grupo de tareas, así como aquellas otras obligaciones que se esperan sean cumplidas en virtud de lo pactado en el contrato conductual. El funcionario efectúa dicha valoración otorgando al penado una calificación de normal, positiva, o negativa.<sup>240</sup>

Dentro del manual se establece que sólo se podrá asignar una calificación positiva al día, mientras que negativas podrán haber tantas como altercados ocurran. Importante tener en cuenta que la positiva sólo podrá asignarla el respectivo funcionario del módulo, por su parte, las negativas si podrán ser asignadas por todo aquel funcionario que tenga algún tipo de contacto con el interno, como terapeutas, educadores, entre otros. Téngase claro que los internos con independencia de rol que cumplan dentro del módulo, nunca podrán asignar calificaciones a sus compañeros.<sup>241</sup>

De acuerdo con las experiencias que se han vivido desde el surgimiento del primer módulo de respeto en España, se ha llegado a la necesaria conclusión de que no puede existir un trato benevolente por parte de los funcionarios de prisión hacia los reclusos, ya que ello generaría en estos la idea de flexibilización de las reglas a la cuáles se han comprometido. Sobre este punto vale la pena destacar lo que se sostiene en dicho manual, siendo que las diferentes tareas que desarrollan los penados no deben visualizarse como una meta a satisfacer, sino

---

<sup>239</sup> *Ibidem*, pág. 69.

<sup>240</sup> *Ibidem*, págs. 67 - 79.

<sup>241</sup> *Ídem*.

como un punto de partida, en el entendido de que se exigen desde primer momento siempre con la misma rigidez, por ser lo apenas esperable en un ambiente social normalizado, donde no se requiere de ningún especial tratamiento o aptitud del individuo para cumplir lo que serían reglas de convivencia básicas.<sup>242</sup> “*Las conductas socialmente normalizadas que se exigen en los módulos de respeto no son una meta a conseguir, son un punto de partida. No se utiliza una técnica de moldeamiento ni de ensayo-error, las conductas se exigen desde el primer momento.*”<sup>243</sup> Cada vez que se vaya a imponer una calificación negativa es importante que se le transmita inmediatamente al penado para que sepa los motivos y pueda corregir a futuro su comportamiento. Esta calificación una vez impuesta no admite discusión, salvo que se pueda comprobar que hubo un error que llevó a que el funcionario tomara una mala determinación, de lo contrario la insistencia en su eliminación deberá significar una nueva calificación negativa.<sup>244</sup>

Todos y cada uno de los puntos negativos conseguidos por el penado repercuten sobre los demás miembros del grupo al cual pertenece al significar la imposición de las tareas más duras a satisfacer durante la siguiente semana. Lo que se busca es que el actuar del interno se enmarque dentro un correcto desempeño dentro del módulo, de tal manera que evite la obtención de puntos negativos.<sup>245</sup>

Los puntos positivos sólo se tienen en cuenta para definir un desempate cuando coincida el número de negativos en dos o más grupos y se quiera determinar que tareas les corresponde desempeñar en la semana a cada grupo. No puede existir canje entre puntos negativos y positivos, porque ello podría suponer para el recluso el estar ante un sistema permisivo de malas conductas. Es decir el penado no puede desempeñarse bajo la premisa de que si actúa mal no importa porque luego lo podrá remediar.<sup>246</sup>

Al momento de establecer los puntos no existe un catálogo o lista cerrada de las materias que se evalúan, a pesar de que muchos expertos han intentado que así sea a través de la limitación

---

<sup>242</sup> Ídem.

<sup>243</sup> Ídem, pág. 73.

<sup>244</sup> Ídem, págs. 67 - 79.

<sup>245</sup> Ídem.

<sup>246</sup> Ídem.

de lo que considerarían la indefensión e indeterminabilidad por parte del interno de sus reglas de juego, lo cierto es que se ha llegado a la conclusión de que como el objetivo central de los módulos es otorgar puntos positivos, pues como en cualquier entorno de sociedad normalizada, nunca podrá existir una lista que agote todas las opciones posibles de acciones positivas que se puedan desarrollar por el ser humano.<sup>247</sup> Y pues en todo caso de lo que se extrae del mismo espíritu de los módulos de respeto, la administración no podrá ir en contra de lo pactado en el contrato conductual al momento de imponer calificaciones negativas.

Finalmente debe decirse respecto a esta forma de evaluación que se caracteriza por ser objetiva, al no tener como propósito medir la evolución del tratamiento del penado, sino el simple cumplimiento de las normas de convivencia.<sup>248</sup>

En cuanto a la evaluación semanal debe decirse que se parte de una base diferente, ya que tiene una connotación de carácter global y subjetivo, donde lo determinante es establecer aquellos parámetros que permitan evidenciar la evolución del condenado respecto a su puntual tratamiento resocializador.<sup>249</sup> Aquí las calificaciones que se pueden otorgar son las de favorable, normal o desfavorable. No podrá considerarse favorable un tratamiento donde el penado en su calificación diaria e individualizada haya obtenido puntos negativos.<sup>250</sup>

Para esta evaluación si tienen gran incidencia los puntos positivos, ello podrá repercutir en la calificación de favorable de la evolución del penado.<sup>251</sup> En caso de que un interno haya obtenido tres calificaciones desfavorables durante un trimestre habrá lugar a su expulsión del módulo de respeto. Se establece que no es nunca el escenario ideal, por lo que para llegar a esta consideración generalmente han mediado bastantes advertencias al penado infractor.<sup>252</sup>

### 6.3 EN BÚSQUEDA DE INCENTIVAR LA PARTICIPACIÓN DE LOS INTERNOS.

Ahora, como formas de asegurar la participación positiva de los internos se prevén como mínimo la celebración de reuniones diarias o asamblea general de internos con algún

---

<sup>247</sup> Ídem.

<sup>248</sup> Ídem.

<sup>249</sup> Ídem.

<sup>250</sup> Ídem.

<sup>251</sup> Ídem.

<sup>252</sup> Ídem.

miembro del equipo técnico de tratamiento, que generalmente coincide con un educador; la asamblea de responsables de grupos que debe darse semanalmente; la comisión de acogida para los nuevos integrantes del módulo; y la comisión de convivencia para discutir los posibles conflictos al interior del módulo.<sup>253</sup> En esencia, cuanto menos deban intervenir los funcionarios de prisión quiere decir que los penados han sido capaces de autoregularse y establecer una sana convivencia donde prevalece el orden.<sup>254</sup>

#### 6.4 TOMA DE POSTURA RESPECTO A LOS MÓDULOS DE RESPETO.

Pues bien, habiendo puesto de presente las reglas bajo las cuáles suelen funcionar los módulos de respeto en España, debe ahora comprenderse, que conforme a todo ejercicio de derecho comparado que busca implementarse en otra legislación, los instrumentos o herramientas jurídicas a importarse deben sufrir su propio proceso de valoración y readaptación al nuevo ordenamiento, no puede esto darse de manera automática, por lo que los expertos en el funcionamiento de estos centros al interior de las prisiones destacan la flexibilidad del sistema, que debe ir acoplándose a las exigencias del día a día, tal y como se ha dado lenta y paulatinamente en su país de origen.<sup>255</sup>

Lo importante es encontrar en este modelo como se han ido materializando y fomentando las ideas que aisladamente habían sido tratadas con anterioridad en este trabajo concernientes al reforzamiento de la voluntariedad del tratamiento penitenciario, a partir de la noción de contrato conductual; la democratización de la vida en prisión, tal y como lo evidencia la elección en cada grupo de un interno responsable que cumple la función de representación de estos ante la administración, o las diferentes reuniones, asambleas o comisiones que constantemente se están celebrando; y la evitación, y en mayor medida eliminación del fenómeno de desocialización provocado por la cárcel, como principal objetivo de los módulos de respeto, donde las condiciones de vida se buscan sean lo más parecidas a un ambiente social normalizado.

---

<sup>253</sup> *Ibidem*, págs. 51 - 65.

<sup>254</sup> *Ibidem*, págs. 67 - 79.

<sup>255</sup> *Ibidem*, pág. 47.

## CONCLUSIONES DEL TRABAJO.

- La pena en su esencia y razón de ser en Colombia se encuentra concebida para satisfacer un fin social, por lo que no se puede legislar en materia penal sobre la base de una idea de venganza contra el sujeto delincuente.
- De acuerdo con el análisis de las diversas providencias que constituyen la jurisprudencia sobre los fines de la pena en Colombia, en dicho ordenamiento podría entenderse se sigue la teoría unificadora dialéctica de Roxin. Si bien dicha teoría excluye el ánimo retribucionista como fin de la pena, no lo hace con la prevención; ahora apoyándonos en Silva Sánchez sería válido decir que en Colombia lo que hay es una retribución al servicio de la prevención, donde tal criterio sólo se mantiene si es interpretado positivamente, es decir, no como idea de venganza, sino como herramienta moduladora de la pena justa al momento de la individualización de la pena.
- No necesariamente privar de la libertad resulta el mejor remedio para combatir el delito y su reincidencia, tal y cómo se encuentra el sistema penitenciario y carcelario colombiano en estos momentos, cualquier propósito resocializador es casi imposible de materializar, así, las prisiones más que un centro de corrección parecen ser verdaderas universidades del delito (término acuñado por la misma Corte en la Sentencia T762 de 2015). Aún en un sistema ideal, donde no se esté enfrentando un estado de cosas inconstitucionales, debe comprenderse la dificultad de resocializar desde la privación de la libertad. Además, deberá comprenderse que el término resocialización necesita de una readaptación que sea capaz de abarcar el tratamiento a aquellos delincuentes que nunca han seguido un proceso de socialización en su vida, o que a pesar de estar absolutamente socializados delinquen.
- De acuerdo con estadísticas oficiales del Inpec, para septiembre de 2018 podía establecerse que, del total de 119.125 internos, el 5%, es decir 5.926 reos eran iletrados, el 34.3%, correspondiente a 40.907 individuos, apenas habían cursado o terminado la educación primaria, y el 57.1%, grupo bastante grande, de 68.004 personas, habían terminado o adelantado estudios de secundaria. De lo que se obtiene que sólo el 3.6% del total de los internos tenían estudios superiores como técnicos, tecnólogos, universitarios,

o de especializaciones.<sup>256</sup> Así las cosas, es evidente que en Colombia están haciendo falta oportunidades de estudio, políticas que permitan atacar la deserción escolar.

- Cuando se priva de la libertad, el Estado asume un rol de garante sobre el penado, en la medida que debe velar por su protección, manutención, cuidado y tratamiento. Normalmente ello constituiría el costo ordinario y previsible, conforme a las bases presupuestales del Inpec, de mantener a un recluso. Sin embargo, hemos logrado establecer que debido a la profunda crisis del sistema penitenciario colombiano, dicha cifra se ha visto absurdamente desbordada, cuando el Estado ha tenido que desembolsar millonarias cantidades por concepto de daños antijurídicos provocados a la población reclusa durante su permanencia en prisión.
- Mientras no se corrijan las deficiencias del sistema dicha cifra irá en aumento, ya que tal y como lo hemos podido evidenciar, la postura del Consejo de Estado como suprema autoridad administrativa, es la de establecer como baremo para determinar la posible responsabilidad del Estado por estos sucesos, el criterio de un responsabilidad objetiva. Diferente ocurre con la responsabilidad individual de los funcionarios de prisiones, al no existir en el ordenamiento jurídico colombiano ninguna decisión judicial que ordene al trabajador responder económicamente por los daños causados a los reclusos, cuando es claro que cualquier tipo de situación ha sido favorecida por el estado de cosas inconstitucionales.
- En materia penal, a pesar de que sería lo deseable poder responsabilizar a los encargados de la desastrosa política criminal que actualmente impera en Colombia y contribuye sobremanera a la crisis, hemos dejado claro que dicha tarea resulta bastante difícil, por no decir imposible, al encontrarnos frente a estructuras jerárquicamente organizadas, donde difentes agentes intervienen en la determinación de la suerte de los reclusos, muchas veces amparados en su escaño o posición alcanzada democráticamente. Por lo que el mejor remedio estaría en concientizar al pueblo colombiano de la necesidad de realizar un ejercicio democrático racional, donde el populismo punitivo fuere superado

---

<sup>256</sup> INPEC, Informe estadístico de fecha septiembre 2018, disponible para fecha de consulta, 5 de octubre de 2018, en: [http://www.inpec.gov.co/estadisticas/informes-y-boletines/-/document\\_library/6SjHVVBGrIPOM/view/436245](http://www.inpec.gov.co/estadisticas/informes-y-boletines/-/document_library/6SjHVVBGrIPOM/view/436245)

por aquellas propuestas capaces de medir las verdaderas consecuencias de legislar de manera incorrecta.

- La gran propuesta de este trabajo radica en intentar corregir el sistema, de tal forma que se puedan alcanzar en mayor medida los beneficios del tratamiento resocializador. Para ello será necesario asimilar la vida en prisión, a la vida en un ambiente social normalizado, por lo que será mandato imprescindible evitar, y en lo posible eliminar, cualquier situación que favorezca dentro del penal el florecimiento de la subcultura carcelaria, como fuente u origen del fenómeno de desocialización que suele concurrir sobre el penado.
- Ha quedado claro que esto es una tarea bastante dura, para lo cual se necesitará corregir o en mejor medida, sustituir el sistema progresivo de prisiones, que más allá de sus supuestos méritos, ha demostrado ser un mecanismo que desconoce la individualidad del sujeto condenado y sus concretas necesidades de cara a su tratamiento. Se hará necesario correlativamente replantear la formación de los funcionarios de prisiones, de tal forma que el desempeño de sus labores sea afín al espíritu humanizador de las cárceles.
- La apuesta está en reforzar la idea de voluntariedad del tratamiento resocializador, de tal manera que el penado participe de este con la mejor disposición, presto a mejorar cada día, y no por simplemente alcanzar la consecución de beneficios administrativos a su favor. Habrá muchos penados que no querrán tratarse, a estos sólo se les podrá intentar convencer con datos empíricos, pruebas fehacientes que muestren como la vida de sus otros compañeros ha cambiado favorablemente a partir de su tratamiento. La idea es generar un efecto voz a voz entre los penados, es decir, que transmitan los beneficios de ser tratados a sus otros compañeros, de tal manera que haya siempre un mayor índice de aceptación y adhesión entre estos. Para quienes finalmente decidan no tratarse, o se considere no hace falta un tratamiento por ser personas socializadas, la pena cumplirá un papel únicamente de prevención general.
- Paralelamente deberá darse entrada en el sistema penitenciario al postulado de democratización de las cárceles, mediante el cual se busca que el penado sea escuchado y sienta que su opinión cuenta, pudiendo ayudar a mejorar el entorno en el cual se desenvuelve. Tal propósito lo hará sentirse integrado y querer contribuir positivamente, así como lo preparará para afrontar en debida forma su vida cuando recobre la libertad,

al dotarlo de un sentido de responsabilidad. Se propone una fórmula media de democratización, es decir aquella en que los penados tengan voz y voto respecto a aquellos aspectos que nada tienen que ver con el orden o disciplina de las instituciones, por considerar estas últimas se encuentran reservadas a las autoridades legales.

- Pues bien, todos estos puntos se cumplen en los módulos de respeto, que se establecen como un subconjunto carcelario, del cual deciden formar parte voluntariamente los penados por comprender que allí se vive mejor, siendo un ambiente mucho menos hostil, y más parecido a la vida en libertad. De hecho, se recalca que en estos espacios, cuanto menos se requiera que intervengan las autoridades, mejores índices de tratamiento existirán, por cuanto quiere decir que los reclusos han sido capaces de establecer una convivencia sana y pacífica, en la que su autoregulación ha sabido sobreponerse a cualquier eventualidad.
- Evidentemente los módulos de respeto coexisten con el sistema progresivo de prisiones. No obstante, el ideal sería que, de lograr demostrar la efectividad de estos espacios, la idea democratizadora de las cárceles sirviera para avanzar a la construcción de un nuevo sistema general de tratamiento.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- ANTÓN ONECA, J. *“La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena”*, discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945, Cervantes, Salamanca, 1944.
- AYUSO VIVANCOS, A. *“Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España”*, Guada Impresores S.L., Valencia, 2003.
- BAKER E., J. “Inmate Self-Government” en *“Journal of criminal law and criminology (1964)”*, volumen 55. Disponible para consulta en internet en la página web: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol55/iss1/4/>
- Baracaldo Méndez, S. Artículo de investigación: *“El sistema penitenciario y carcelario en Colombia: El concepto de alta seguridad en la justicia especializada”* en Revista Policía y seguridad pública de la Secretaría de Gobierno de Bogotá.
- BENTHAM, J., MIRANDA M.J., FOUCAULT, M. “El panóptico”, La Piqueta D.L., Madrid, 1979.



- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “*Lecciones de derecho penal*”, Praxis, Barcelona, 1996.
- BOIX REIG, J. “*Significación jurídico penal del art. 25.2 de la Constitución (La reeducación y reinserción social del condenado)*”, en Escritos penales, Valencia, 1979.
- BOIX REIG, J.: “*Significación jurídico penal del art. 25.2 de la Constitución (La reeducación y reinserción social del condenado)*”, en Escritos penales, Valencia, 1979.
- BRAGE, J. “*Limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción*” en Panóptico. Observatorio Penitenciario. Para fecha de consulta (1 de enero de 2019), disponible en: <https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/brage.pdf>
- BRYDENSCHOLT, H.H.; GOORBERGH, B. van der; ALMEIDA, M. R.; SHAPLAND, P. “*La gestión des établissements pénitentiaires*”, Strasbourg: Comité Européen pour les Problèmes Criminels del Consejo de Europa.
- CABALLERO ROMERO, J. “*El mundo de los presos*”, en JIMÉNEZ BURILLO, Florencio; CLEMENTE, Miguel (comps.). “*Psicología social y sistema penal*”, Alianza Editorial, Madrid.
- CENDÓN SILVAN, J., BELINCHÓN CALLEJA, E., y GARCÍA CASADO, H. Manual de Aplicación de Módulos de Respeto elaborado por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, del Ministerio del Interior de España.
- CEREZO MIR, J. “*Curso de derecho penal español. Parte general I, Introducción*”, 6.a edic., Tecnos, Madrid, 2007.
- CESANO, J. “*Ejecución de la pena privativa de libertad y voluntariedad del tratamiento*” en ZAFFARONI (Dir.), Raúl y TERRAGNI, Marco (Coord.): El derecho penal del siglo XXI - Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2005.
- CLEMMER, D. “*The Prison Community*”, Reinehart and Co., New York, 1940.

- DE LEÓN VELASCO – DE MATA VELA. *“Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial”*, 8.a edic., Edit. Lerena, Guatemala, 1996.
- FERRAJOLI, L. *“Derecho y razón (teoría del garantismo penal)”*, Trotta, Madrid, 1997.
- FERRAJOLI, L. *“El derecho penal mínimo”*, en PC, n. 0, 1986.
- FOUCALT, M. *“Vigilar y castigar”*, Edit. Círculo de Lectores, España, 1999.
- FEUERBACH. *“Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts”*, 14. A ed., GieBen, 1847.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. *“La supuesta función resocializadora en el derecho penal: utopía, mito y eufemismo”*, ADPCP, 1979.
- GARLAND, D. *“La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea”*, traducción por Máximo Sozzo, Gedisa editorial, España.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *“¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”*, en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *“Estudios sobre el delito de omisión”*, Editorial B de F Ltda., Buenos Aires, Argentina, 2013.
- GOFFMAN, E. *“Essay on the social situation of mental patients and other inmanates”*, New York, 1961.
- GUILLAMONDEGUI, L. *“Resocialización y semilibertad.”*Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.
- HASSEMER, W. *“Fundamentos del derecho penal”*, traducción y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984.
- HEGEL. *“Grundlinien der Philosophie des Rechts”*, 4ª ed., por J. Hofmeister, Verlag Von F. Meiner, Hamburgo, 1955.
- HERNÁNDEZ JÍMENEZ, N. Artículo de investigación: *“El fracaso de la resocialización en Colombia”* en revista de derecho, Universidad del Norte, 49: 1-41, 2018
- KANT. *“Metaphysik der sitten”*, ed. Vorländer, Verlag F. Meiner, Hamburgo, 1959, Erster Teil, Anfangsgründe der Rechtslehre.
- LEMIRE, G. *“Anatomie de la prison”*, Económica, Paris, 1990,

- LÓPEZ BENÍTEZ, M. “*La relación de especial sujeción del recluso con la administración penitenciaria*”, conferencia pronunciada en Melilla el día 22 de julio de 2013 dentro del Curso “Alternativas a la prisión”. Para fecha de consulta (1 de enero de 2019), disponible en: <http://amep.org.es/wp-content/uploads/2012/files/relacion.pdf>
- LÓPEZ BENÍTEZ, M. “*Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*”, Civitas/Universidad de Córdoba, Madrid, 1994.
- LUZÓN PEÑA, D. “*Antinomias penales y medición de la pena*”, DP, año 2, 1979.
- MANZANOS BILBAO, C. “*Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar*”, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991.
- MAPELLI CAFARENA, B. “*Presupuestos de una política penitenciaria progresista*” en AA.VV. “*Francesco Carrara: homenaje en el centenario de su muerte.*”, Ed. Temis, Bogotá, 1988.
- MAPELLI CAFARENA, B. “*Principios Fundamentales del Derecho Penal Español*”, Barcelona: Bosch.
- MARCONDES, Pedro. Tesis Doctoral: “*La función resocializadora en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad en el derecho brasileño: una relectura a partir del paradigma de la ciudadanía*”, programa de Estado de Derecho y Gobernanza Global, Universidad de Salamanca, Directores; Laura Zúñiga Rodríguez y José Aróstegui Moreno.
- MARÍA TAMARIT, J., GARCÍA ALBERO, R. RODRÍGUEZ PUERTA, M. SOPENA GRAU, F. *Curso de derecho penitenciario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2005. Martínez Ruíz, J. “*La relación jurídico penitenciaria*” en revista electrónica de ciencia penal y criminología, No. 19, 2017.
- MARTÍNEZ RUÍZ, J. “*La relación jurídico penitenciaria*” en revista electrónica de ciencia penal y criminología, No. 19, 2017.
- MARTÍNEZ S., M. “*La crisis de la justicia penal en Colombia*”, Editorial Temis, 1999, Bogotá,
- MIR PUIG, S. “*Derecho penal del siglo XXI, cuadernos de derecho judicial VIII*”, Lerko Print, S.A., 2008, Madrid.
- MIR PUIG, S. “*Derecho penal. Parte general*”, 6a. edición. 2002; Editorial Repertor.

- MIR PUIG, S. “*Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*”, Bosch, Barcelona, 1976.
- MIR PUIG, S. “*Manual de derecho penal, parte general*”, PPU, Barcelona.
- MIRANDA RODRÍGUES, A. “*Consensualismo y prisión: nuevos desafíos*” en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (Dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.
- MOCCIA, S. “*El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica.*” Editorial B de F., Buenos Aires – Montevideo, 2003.
- MORRIS, N. “*El futuro de las prisiones*”, 5ta edición, Siglo XXI Editores, Mézico, 1998.
- PIPERNO, A. “*La prisionizzazione: teoria e ricerca*”, , en “Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense: Carcere e trattamento”, Giuffrè editore, Milano,1989.
- MOTT OSBORNE, T. “*Common sense in prison management*” en “*Journal of criminal law and criminology* 806 (May 1917 to March 1918)”, volumen 8. Disponible para consulta en internet en la página web: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1576&context=jclc>
- MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho penal y control social*”, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F. “*Introducción al derecho penal*”, Bosch, Barcelona, 1975.
- MUÑOZ CONDE, F. “*La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*”, CPC, No. 7, 1979.
- MUÑOZ CONDE, F.: “*Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera*”, en VI Jornadas penitenciarias andaluzas, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1989.
- NIETZSCHE, F. “*Aurora*”, M.E. Editores. S. L., Madrid, 1994.
- OLIVEIRA, Edmundo. “*O futuro alternativo das prisões*”, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- RIVACOBAS Y RIVACOBAS, M. *“Función y aplicación de la pena”*; Ed. Depalma, 1993.
- ROUSSEAU, J.J. “Del contrato social; discurso sobre las ciencias y las artes; discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres”, Editorial Alianza, España, 1998.
- ROXIN, C. *“Derecho penal, parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito”*, Tomo I, traducción y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, C. *“Iniciación al derecho penal de hoy, traducción, introducción y notas de Muñoz Conde y Luzón Peña”*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981.
- ROXIN, C. *“Sentido y límites de la pena estatal”*, en problemas básicos de derecho penal, traducción y notas de Luzón Peña, Reus, S.A., 1976.

RUÍZ SÁENZ, A. “¿Son los internos en instituciones *penitenciarias titulares de derecho a la asistencia sanitaria pública?* Reflexiones en torno a la sanidad penitenciaria” en revista vol. 24 extraordinario XXIII congreso 2014 / comunicaciones. Para fecha de consulta (1 de enero de 2019), disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6297202.pdf>

- RUÍZ VADILLO, E. *“Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. El sistema penitenciario”*; en AA.VV., *“Estudios penales II. La reforma penitenciaria.”* Universidad de Santiago de Compostela, 1978.
- SANZ MULAS, N. *“Alternativas a la pena privativa de la libertad”*, Editorial Colex, Madrid, 2000.
- SANZ MULAS, N. *“Evolución histórica de la pena de prisión”*, 1ª Lección de la obra colectiva *Manual de Derecho Penitenciario*, del Portal Jurídico de Internet com, Portal Derecho S.A., Madrid, España, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, J. *“Aproximación al derecho penal contemporáneo”*, José María Bosch Editor S.A., 1992, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, J. *“Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿sólo responsabilidad patrimonial de la administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?”* en revista jurídica de Catalunya, Vol. 9, No.2, 1992.

- SILVA SÁNCHEZ, J. *Aspectos de la comisión por omisión fundamento y formas de intervención: el ejemplo del funcionario penitenciario*, en C.P.C., 1989.
- SUTHERLAND, E.; CRESSEY, D. “*Principes de Criminologie*”, Cujas, Paris, 1966.
- SYKES, M. “*The society of captives*”, Princetown, 1958.
- UPRIMMY YEPES, R., ESTHER GUZMÁN, D. “*Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia*”, disponible para fecha de consulta, 17 de junio de 2019, en: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_188.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_188.pdf)
- URBANO, J.J. “*El control de la acusación*”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- VACHERET, M. y LEMIRE, G. “*Anatomie de la prison contemporaine.*” Nouvelle édition. Montréal: Les Presses de L’Université de Montréal, 2011.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “*El derecho penal colombiano y la ley importada.*”, conferencia pronunciada en la Biblioteca Luis Ángel Arango de Bogotá, el día 26 de junio de 1987, con ocasión de la conmemoración del primer sesquicentenario del Código Penal de 1837. Al momento de consultarse (15 de octubre de 2018), disponible en: [publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/.../3476/](http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/.../3476/)
- ZIPF, H. “*Introducción a la política criminal*”, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. “*Política criminal*”, Editorial Colex, Madrid, 2001.

#### FUENTES NORMATIVAS:

- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia.
- Código de Procedimiento Penal de Colombia.
- Código Penal de Colombia.
- Código Penitenciario y Carcelario de Colombia.
- Constitución Política de Colombia.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Americana de Derechos Humanos.

## DECISIONES JUDICIALES:

- Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, sentencia del 9 de junio de 2010. M.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 19848.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010. M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 18271.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2001. M.P.: Alier Eduardo Hernández. Rad.: 12947.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de diciembre de 2014. M.P.: Stella Conto Díaz. Rad.: (21779)
- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-181 de 2016.
- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994.
- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-430 de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-265 de 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencias: C-144 de 1997, C-806 de 2002, C-061 de 2008, T-267 de 2015, T-718 de 2015, C-328 de 2016, etc.
- Corte constitucional, sentencias: C 261 de 1996, la C 012 de 2011, *C 430 de 1996*, *C144 de 1997*, *C 806 de 2002*, *C 061 de 2008*, C 227 de 2014, *T 267 de 2015*, *T 718 de 2015* y C 328 DE 2016.
- Corte Constitucional, sentencia C-193/05.
- Corte Constitucional, sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994.
- Corte Constitucional, sentencia T-265 de 2017.
- Corte Constitucional, sentencia T-265 de 2017.
- Corte Constitucional, sentencia T-762 de 2015.
- Corte Europea de Derechos Humanos, caso Keenan Vs. Reino Unido.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Pachecho Teruel y otros vs. Honduras.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Vera Vera y Otra vs. Ecuador.

## INFORMES:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, disponible para fecha de consulta, 17 de junio de 2019, en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>
- INPEC, Informe estadístico de fecha septiembre 2018, disponible para fecha de consulta, 5 de octubre de 2018, en: [http://www.inpec.gov.co/estadisticas/informes-y-boletines/-/document\\_library/6SjHVVBGriPOM/view/436245](http://www.inpec.gov.co/estadisticas/informes-y-boletines/-/document_library/6SjHVVBGriPOM/view/436245)
- Consejo Superior de Política Criminal, Informe acerca de los avances para superar el ECI, disponible para fecha de consulta, 20 de octubre de 2018, en: <http://www.politicacriminal.gov.co/Instancias/Consejo-Superior-de-Pol%C3%ADtica-Criminal/Qu%C3%A9-es-el-CSPC>