

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

## REVISTA ELECTRONICA DE DERECHO PUBLICO MINIMO

### DOCTRINA DE DERECHO PÚBLICO

Por  
Libardo Orlando Riascos Gómez  
[Lriascos@udenar.edu.co](mailto:Lriascos@udenar.edu.co)  
2010

---

#### LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO Y TRATAMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO EN EL AMBITO COLOMBIANO. LOS JUECES DE EJECUCIÓN DE PENAS

#### ABSTRACT

Un ensayo jurídico constitucional, administrativo y penal del derecho y tratamiento penitenciario y carcelario colombianos, es el objetivo principal. A partir del análisis del sistema normativo vigente, se devela la naturaleza jurídica del derecho penitenciario el cual participa de normas de derecho público y normas de derecho privado. El derecho penitenciario es un derecho de *tertium genus*. Igualmente se hace un estudio de los sistemas penitenciarios existentes en el mundo y proponemos al final el sistema penitenciario ONU, y hacemos un análisis de los jueces de ejecución de penas existentes en Colombia.

**Palabras Claves:** Derecho, Penitenciaria, Cárcel, Naturaleza jurídica, sistemas penitenciarios, derechos y deberes del interno.

#### ABSTRACT

A constitutional, administrative and penal juridical rehearsal of the right and Colombian penitentiary and prison treatment, it is the main objective. Starting from the analysis of the effective normative system, you discovery the juridical nature of the penitentiary right which participates of norms of public right and norms of private right. The penitentiary right is a right of *tertium genus*. Equally a study of the existent penitentiary systems is made in the world and we propose at the end the system penitentiary UN, and we make an analysis of the judges of execution of existent hardships in Colombia.

**Key words:** Right, Penitentiary, Prison, juridical Nature, penitentiary systems, rights and the prisoner's duties.

---

#### CONTENIDO

##### PRELIMINARES

1. NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO PENITENCIARIO
- 1.1. EN EL DERECHO ESPAÑOL

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

- 1.2. [EN EL DERECHO COLOMBIANO](#)
2. [SISTEMAS PENITENCIARIOS, EN PARTICULAR "EL PROGRESIVO"](#).
- 2.1. [EL SISTEMA PENNSILVANICO](#)
- 2.2. [EL SISTEMA AUBURIANO](#)
- 2.3. [SISTEMAS PROGRESIVOS](#)
- 2.3.1. [El "sistema de Montesinos"](#)
- 2.3.2. [El "sistema de Crofton"](#)
- 2.3.2.1. **El sistema progresivo en las normas colombianas, en particular en el Código de Procedimiento Penal de 1971.**
- 2.3.3. [Subsistemas progresivos: rehabilitación, resocialización, cárceles, penitenciarias y establecimientos especiales.](#)
- 2.3.3.1. **Los subsistemas progresivos en la legislación colombiana, en particular el actual Código de Procedimiento Penal (decreto-ley 2700 de 1991 y ley 81 de 1993) y el estatuto penitenciario (ley 65 de 1993).**
- 2.3.3.1.1. **Sistema carcelario y penitenciario primario o preventivo: imputables e inimputables. Medidas de aseguramiento. Régimen exceptivo para menores de edad.**
- 2.3.3.1.2. **Tratamiento penitenciario y carcelario resocializador. penas privativas de la libertad. Función resocializadora de la pena.**
- 2.3.3.1.3. **Tratamiento "penitenciario" socio-terapéutico o rehabilitador para inimputables**
3. [EL JUEZ DE EJECUCION Y VIGILANCIA DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Y ASEGURAMIENTO.](#)

---

## DESARROLLO

### PRELIMINARES

El criminólogo colombiano Germán Gómez <sup>(1)</sup>, ubica al tratamiento penitenciario dentro del capítulo cuarto sobre la "Determinación de la pena", previamente a hacer una referencia a la individualización de la sanción; los criterios para tasar la pena (procedimientos); la nueva legislación carcelaria (análisis socio-político); y, posteriormente al tema sobre los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad (no incluye las medidas de aseguramiento). Considera que el tratamiento penitenciario deviene ineludiblemente como una extensión de la fase jurisdiccional de determinación e individualización de la pena por parte de un Juez de la República, pero no como resultado de *ultima ratio* punitiva estatal o de un silogismo penológico en donde la premisa mayor es la constitucionalidad y "legalidad" de la pena (que bien podríamos denominar fase legislativa de la pena); Una premisa menor que es la determinación, individualización y aplicación de la pena mediante una providencia judicial al trasgresor de la ley penal (fase jurisdiccional); y, como resultado, la ejecución, vigilancia, administración y evaluación de resultados de las penas, medidas de seguridad y aseguramiento (fase administrativa realizada por autoridades judiciales --Juez de Penas-- y principalmente administrativas: Autoridades Penitenciarias).

Por ello, entendemos que el tratamiento penitenciario, sin entrar a definirlo y más bien a describirlo y analizarlo, nace a partir de la existencia del mencionado silogismo en donde participan los tres ramas del poder público pero quien lo efectiviza, ejecuta, controla y evalúa es la rama ejecutiva. No se desconoce que es el Juez de la República quien hace realidad ese silogismo al condensarlo en una providencia judicial debidamente ejecutoriada (en un auto interlocutorio si se trata de medidas de aseguramiento o de sentencias si se trata de penas y medidas de seguridad), pero también no debe desconocerse que el Juez una vez ha proferido su providencia, notificado al Ministerio Público y comunicado a las autoridades estatales y penitenciarias deja en mano de éstas últimas la ejecución plena de las penas, medidas de seguridad y aseguramiento. La pérdida de competencia funcional y de conexión sobre la administración y ejecución de las penas por parte del Juez Penal inaugura una

**¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**

nueva e independiente fase de la pena: la administrativa que no puede confundirse con una simple extensión de la fase judicial muy a pesar de que en aquélla participa un funcionario judicial: El Juez de Penas y Medidas de Seguridad creado por la Ley 65 de 1993 y ratificada por la Ley 81 de 1993 reformativo del C.P.P. (Dec-Ley 2700 de 1991), siguiendo los pasos del derecho español.

Con aquél pensamiento de extensión ius-penalista, la importancia, aplicabilidad, finalidad y estudio multidisciplinario del tratamiento penitenciario (jurídico, sociológico, psicológico, antropológico, y sobre todo criminológico) se lo ha potenciado en la fase administrativa o ejecutiva de las penas pero sólo desde el punto de vista estrictamente jurídico-penal, como veremos. Por ello nuestra investigación en éste aspecto lo circunscribimos al análisis criminológico y al derecho público.

En efecto, nos interesa desvelar los siguientes aspectos: De un lado, el análisis de la naturaleza jurídica del derecho penitenciario como de derecho administrativo especial escindiéndola de la ubicación actual ius penalista, a fin de encuadrar el tratamiento penitenciario dentro de la fase administrativa de la pena con todas sus implicaciones: régimen jurídico, estatutos aplicables, autoridades que cumplen estas funciones (jurisdiccionales y administrativas) y efectos. Y de otro lado, el estudio de los sistemas penitenciarios vigentes en los Estados que siguen la clasificación dual del hecho punible (delitos y contravenciones), el ius puniendi y la consecucional aplicación de las sanciones ("penas, medidas de seguridad y aseguramiento", según nuestro ordenamiento penal) y ejecución de las mismas por parte de las autoridades jurisdiccionales y administrativas, respectivamente en fase exclusivamente administrativa.

## **1. NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO PENITENCIARIO.**

Parecería inocuo el análisis, cuando menos somero, sobre la naturaleza jurídica del derecho penitenciario, pero en verdad no lo es. Las razones de proponer la delimitación de la naturaleza jurídica de esta rama del saber humano especializado hunden sus raíces en la mejor ubicación de ésta área como en el tratamiento más coherente desde el punto de vista jurídico que debe darse a la misma, y por su puesto de cual debe ser el régimen jurídico aplicable a los funcionarios que cumplen funciones penitenciarias directivas, operativas o materiales e incluso de ejecución de penas; así como la determinación y análisis de las estructuras, organismos y dependencias que conforman los centros penitenciarios, carcelarios y especiales.

La delimitación de la naturaleza jurídica del derecho penitenciario (ius penalista o ius administrativista) es un tema que no ha sido abordado por los penalistas, puesto que ven en éste una extensión del derecho punitivo que debe escapar a sus sabios conocimientos. Pretendemos desde el derecho público ubicar al derecho penitenciario en ésta rama jurídica a fin de darle mayor elasticidad, un régimen jurídico autónomo y una visión ius-publicista que resuelva los conflictos que actualmente se presentan al ubicar al derecho penitenciario como un apéndice del derecho punitivo o entre el sustantivo y procesal penal.

Veamos como se presenta el asunto en el derecho español y el colombiano, a fin de plantear nuestra posición.

### **1.1. EN EL DERECHO ESPAÑOL.**

En el derecho ibérico no existe una posición definitiva sobre la naturaleza jurídica de este derecho penitenciario. BUSTOS RAMIREZ <sup>(2)</sup>, al abordar el tema y luego de reconocer que existe una "ciencia penitenciaria" que recibe influencias del derecho, la sicología, la pedagogía social y la sociología reduce la concepción de la ejecución penal a los solos efectos del cumplimiento de las sanciones privativas de la libertad y por excepción a cualquier sanción.

Con estas premisas, sostiene la existencia del "derecho ejecutivo penal" como un apartado

especializado del "derecho

penal procesal", teniendo en cuenta --sigue diciendo--

" que éste encierra aquellas reglas de procedimiento que determinan la forma de actuar en las distintas etapas de un proceso penal y que la ejecución de las sanciones privativas de la libertad --como derivación de una sentencia condenatoria emitida en el curso de un proceso-- constituyen un aspecto esencial de dicho proceso; sin embargo, algunos autores le otorgan un lugar autónomo junto al derecho penal material y el procesal, que parecería lo más adecuado, ya que junto a cuestiones procesal-penales, también en la ejecución hay que atender a los aspectos materiales de imposición de la sanción, pero todo ello dentro de un conjunto de reglas específicas referidas al sistema de ejecución. Por eso en el contenido de este derecho de ejecución hay que considerar: la posición jurídica de quienes cumplen una prisión preventiva, una sanción privativa de la libertad y quienes están internados en establecimientos especiales; la capacidad de intervención y los deberes de las autoridades penitenciarias, y los presupuestos organizatorios y de personal para la ejecución de la sanción".

A pesar de ello, se reconoce unos contenidos ciertos del "derecho de ejecución" sin profundizar sobre la naturaleza del mismo. Implícitamente se le quiere ubicar en una fase intermedia entre el derecho sustantivo y procesal penal, lo cual no resuelve el interrogante planteado. Lo que sí queda claro en términos del autor citado es que este derecho penitenciario no puede salir de la órbita del derecho penal.

Sin embargo, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, hace énfasis que la Ley Penitenciaria recogiendo los estudios de la doctrina y jurisprudencia ibéricas, no podía tener lugar ni en el Código Penal ni la "Ley de Enjuiciamiento Criminal" (para nuestro caso el Código de Procedimiento Penal), pues estos no pueden regular por su misma esencia las normas reglamentarias de la ejecución de las penas y medidas privativas de la libertad, ni tampoco consagrar los derechos y deberes fundamentales de los internos ni las autoridades penitenciarias que los vigilan, aplican o que se constituyen en garantes de estos y aquellos.

La legislación española al reconocer que el derecho penitenciario no puede estar en la órbita del derecho penal plantea inequívocamente un **tertium genus** jurídico donde podían estar ubicadas las normas penitenciarias sin decir expresamente como se llamaría esa tercera rama del derecho.

La Constitución Española de 1978, en el artículo 25-2, al manifestar que la finalidad de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la "reeduación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados...", sostiene que el condenado gozará de los mismos derechos fundamentales que cualquier ciudadano salvo los que sean incompatibles con la ejecución de la pena o se hallen limitados expresamente por la sentencia condenatoria, "el sentido de la pena y la ley penitenciaria". El texto constitucional reconoce así la independencia normativa de las normas penitenciarias y a la vez revela el rango de los derechos de que goza un condenado. Es quizá esta última parte comentada lo que comienza a fundamentar la naturaleza jurídica del derecho penitenciario en el derecho español aunque sólo fuere de forma implícita, pues los códigos sustantivo y procesal penal por sus contenidos de suyo excluyen cualquier referencia a la parte ejecutiva de la pena, los derechos y deberes de los internos penitenciarios o carcelarios, la limitación o suspensión de los mismos y todo el organigrama y estructura administrativa de las autoridades penitenciarias.

En principio entonces, *la naturaleza jurídica es de derecho público.*

## 1.2. EN EL DERECHO COLOMBIANO.

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

En el Derecho Colombiano, la indeterminación de la naturaleza jurídica del derecho penitenciario ha corrido igual suerte al derecho español, aunque con algunas peculiaridades que en seguida veremos:

Desde la misma expedición del antiguo Estatuto Penitenciario hasta la emisión de la Ley 65 de 1993, conocido como Código Penitenciario y Carcelario colombiano, lo único cierto y claro es la configuración de un cuerpo normativo bien estructurado muy diferente a los Códigos Penal y Procesal Penal, pues en cuanto a la naturaleza jurídica de ese Codex penitenciario ni éste ni la doctrina y jurisprudencia colombianas se han pronunciado expresamente a no ser para indicar que éste es una extensión del derecho punitivo casi de tan poca importancia que los tratadistas del derecho penal o procesal penal no le dedican un estudio concienzudo ni menos profundo.

El artículo 1 de la Ley 65, casi de idéntico tenor al artículo 1 de la Ley Orgánica Penitenciaria Española, sostiene que el "Código regula el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad y de las medidas de seguridad". Este marco competencial, de acción y de regulación indica que en el **proceso criminológico** después de la **fase legislativa** (identificación y tipificación del hecho punible); **la fase judicial** ( etapas de investigación, juzgamiento y sentencia del hecho punible), la última fase es la de ejecución de las penas ( es decir, la de cumplimiento, vigilancia, administración y de reeducación y reinserción social del interno a quien por sentencia se le impuso unas penas por el hecho punible cometido y comprobado) que algunos han llamado "**fase administrativa**" o indebidamente en nuestro parecer "punitiva".

El criminólogo RESTREPO FONTALVO <sup>(3)</sup>, al analizar el sistema de "la Reacción formal o institucional frente a la criminalidad", manifiesta que nuestro singular grupo social adopta unas características propias, lo cual hace que "nuestro sistema jurídico penal, formalizador de la reacción social ante la criminalidad en sentido estricto, podemos distinguir cuatro momentos o fases: la legislativa, la policiva, la judicial y la punitiva".

En la fase punitiva, el tratadista ubica la aplicación de la pena (que todavía es parte de la fase judicial), el cumplimiento y ejecución de la misma (que es la fase administrativa propiamente dicha) y deja de lado los estadios consecuenciales cuales son la vigilancia y comprobación de la ejecución y el estadio post-penitenciario, no sin poner en duda los predicamentos teleológicos de la pena previstos en el artículo 12 del Código Penal: la prevención, protección y resocialización.

El *ius-puniendi* Estatal no sólo se refiere a la fase administrativa del proceso criminológico, como pretende demostrarlo el profesor Restrepo, sino a todo el sistema o aparato jurídico penal, penitenciario e incluso el legislativo desde el momento mismo que el hecho social vulnera unos "bienes jurídicos" (o sociales como se pretende más amplia y contemporáneamente que se vean y analicen) que hace necesario que el Estado los identifique y tipifique como hechos punibles.

Queda claro entonces, que la fase administrativa comienza con la ejecución de las penas y se extiende hasta el tratamiento post-penitenciario. Ahora bien, ¿cuáles son las autoridades que cumplen las funciones en esta fase administrativa?. Veamos:

La Ley 65 de 1993, sostiene que es al Gobierno Nacional por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, a quien corresponde la ejecución de las sentencias penales y de la detención precautelativa, la aplicación de las medidas de seguridad y la reglamentación y control de las penas accesorias, fijadas en el Código Penal (artículo 14).

Por su parte, el Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, como establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho; por todos los Centros de Reclusión que funcionan en el país, por la Escuela Penitenciaria Nacional y por los demás organismos adscritos o vinculados al cumplimiento de estos fines (artículo

15).

No queda duda entonces que esta fase bien llamada administrativa es cumplida por autoridades ejecutivas o pertenecientes a la rama administrativa del poder público y como tal las normas aplicables a ellas son derecho público, principalmente administrativo.

El Derecho Penitenciario si bien existe a partir de la existencia del derecho penal (sustantivo y procesal) y sólo después de que exista una sentencia condenatoria o auto interlocutorio que imponga o aplique penas privativas de la libertad y de medidas de seguridad o del cumplimiento de medidas de aseguramiento, no se puede concluir con que sea una simple extensión del derecho punitivo, sino que es un derecho autónomo, con un régimen jurídico y Estatutos Propios que lo diferencia tajantemente del derecho penal.

En consecuencia, *el derecho penitenciario es una rama especializada del derecho administrativo* que tiene como objetivo primordial el estudio de las normas que regulan la ejecución de las penas privativas de la libertad, las medidas de seguridad y el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, así como los derechos y deberes del interno penitenciario o carcelario y los organismos y autoridades penitenciarias encargados de ejecutar, cumplir o hacer cumplir, vigilar, administrar y ser garantes de los derechos y deberes.

La Constitución de 1991, por su parte, en varias normas hace mención a las penas, a las fases legislativa, judicial y administrativa en el proceso criminológico ( Artículos 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36 y 41; 150-2, 152,b), 228 a 230; entre otras.) e incluso a la proscripción de ciertas penas en nuestro sistema jurídico-penal, tales como el destierro, prisión perpetua y confiscación (artículo34). Así mismo, hace mención a la función de nombrar a Directores de Establecimientos Públicos Nacional (Como el Penitenciario y Carcelario) por parte del Presidente de la República (artículo 189 No. 13); Corresponde al Gobierno (Presidente y Ministros), Prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a la ley, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias (artículo 201).

Esta última norma constitucional sintetiza la fase o etapa administrativa del proceso criminológico, pues aunque hace referencia a "los auxilios necesarios" que debe ofrecer el Gobierno Nacional (Incluido en éste todo el Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario) para efectivizar las sentencias o autos dictados por los funcionarios judiciales (Jueces y Magistrados, ya que los fiscales no fallan) dentro de los procesos jurisdiccionales penales, entendemos que estos auxilios sólo pueden estar dirigidos a la efectiva ejecución de las penas, las medidas de seguridad o cumplimiento de las medidas de aseguramiento con el personal y estructura administrativas requeridas. No debe entenderse estos auxilios como una función cojurisdiccionalizadora por parte del Gobierno ni una función jurisdiccional por excepción constitucional (artículo 116 inciso 3).

En estos auxilios necesarios prestados por el Gobierno a la rama jurisdiccional se hallan inmersas, entre otras, las funciones administrativas o penitenciarias tanto subjetivas como estructurales. Así mismo, es la Constitución en el cúmulo de normas citadas la que en forma expresa y tras la interpretación integral u holística de la misma, la que revela la naturaleza jurídica del derecho penitenciario como de derecho público. La reglamentación de la Constitución plasmada sobre estos menesteres en la Ley 65 de 1993, especifica como hemos analizado, que éste derecho penitenciario es de naturaleza ius-administrativista.

Como antes se dijo el Juez de Penas y Medidas de seguridad creado por el Estatuto Penitenciario y ratificado por el Código de Procedimiento Penal --C.P.P.-- muy a pesar de que es un funcionario judicial estamos convencidos que cumple funciones administrativas cuando administra, controla, vigila y ejecuta las penas, medidas de seguridad y de aseguramiento. Por esta razón aquél Juez que como rueda suelta del poder judicial cumple funciones administrativas le es aplicable el concepto genérico de autoridades penitenciarias y por su puesto el régimen jurídico, tal como lo puntualizaremos más

adelante.

## **2. SISTEMAS PENITENCIARIOS, EN PARTICULAR "EL PROGRESIVO".**

Colombia tras la expedición de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario), se ubica dentro de uno de los sistemas penitenciarios modernos, cual es el "progresivo" (artículo 12) teniendo muy claro que sólo es aplicable a las penas privativas de la libertad (pues se ha abandonado definitivamente las penas corporales desde hace un siglo. La Constitución del 91 lo ratifica en el artículo 12, 17 y 34 y la Ley 65 del 93 lo retoma en el artículo 6) aunque sólo sea en sus fases iniciales, pues no ha podido desligarse todavía de las características esenciales de los otros sistemas.

Veamos rápidamente algunos de ellos incluidos los denominados "progresivos" que es en lo que hoy en día se hace énfasis en el Estatuto Penitenciario Colombiano, no sin hacer glosas al margen.

### **2.1. EL SISTEMA PENNSILVANICO.**

El aislamiento celular del interno, el trabajo como recogimiento y arrepentimiento (principios de la doctrina católica) y la higiene severa son características propias del sistema "pensilvánico", o filadélfico y la "mejor forma de disciplinar y lograr la redención del sujeto" <sup>(4)</sup>.

El aislamiento celular e higiene del interno actualmente no es tan severo como en el régimen filadélfico, pero sí se mantiene en nuestras normas y en la práctica penitenciaria con algunas matizaciones. En efecto, el artículo 64 de la Ley 65 de 1993, al mencionar "las celdas y dormitorios" de los internos especifica que éstas deberán permanecer en un estado de limpieza y aireación acordes con la persona humana que alberga, pero se entiende también que el aseo no sólo es locativo sino personal y hoy con algún margen de voluntariedad a establecerse que el interno lo hará bajo su responsabilidad.

En cuanto a los dormitorios si bien éstos son "comunes" no es que en la práctica y en el fondo siga siendo un aislamiento, pues cada interno deberá bajo determinadas horas del reglamento interno penitenciario permanecer en su cama, "catre" o simplemente "estera" sin poder movilizarse, con lo cual se revive el aislamiento a pesar de que esté en un cuarto-dormitorio con un grupo de personas más. El aislamiento severo tal como en el sistema pensilvánico se presenta hoy en día como un castigo dentro del castigo que ya es la penitenciaria misma. En efecto, las llamadas "celdas de castigo" por mal comportamiento del interno constituye un aislamiento a lo pensilvánico con un agravante mayor al de la simple incomunicación, aireación o luz, el de la alimentación en base a agua y la degradación humana.

El artículo 10 del Estatuto Penitenciario comienza haciendo énfasis en que el tratamiento penitenciario debe alcanzar la "resocialización del infractor" con el "examen de su personalidad" y "a través la disciplina, el trabajo..." , destacando con ello que el trabajo engrandece al hombre y es la "oración que más agrada a Dios" como se pregonó por el *vox populi* que seguía las orientaciones cristianas. Pero no cualquier forma de trabajo sino el que bajo criterios y parámetros de disciplina exalten la labor de aprendizaje, creación y producción de bienes y servicios, y a la vez, ayuden a fortalecer y desarrollar la personalidad (artículo 16 de la Constitución). Obvio que estas últimas perspectivas sólo se dan en los actuales momentos, ya que en la época en que fue propuesto el trabajo como arrepentimiento sólo buscaba espiar las culpas y servir de "golpe de pecho" por el mal infringido. Sin embargo, con éste símbolo espítorio hoy en día se monta una teoría interiorizadora y fortalecedora de la personalidad a partir del trabajo manual o intelectual, con lo cual revive el origen del trabajo-obligación, el trabajo-reformativo, el trabajo-exculpación.

### **2.2. EL SISTEMA AUBURIANO.**

## ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

El aislamiento nocturno y la promiscuidad diurna, el trabajo comunitario diario en labores diversas y el silencio absoluto. Estas son las características más relevantes del sistema "Auburiano", que debe su nombre a la primera prisión donde se implantó: Auburn en 1823. Se considera una "simple variación" del sistema pensilvánico <sup>(5)</sup>.

El Aislamiento del interno comienza --cosa paradójica-- con la clasificación en categorías atendiendo a su "sexo, edad, naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y condiciones de salud física y mental" (artículo 63 Ley 65/93). Aunque este aislamiento resulte positivo y acorde a las exigencias actuales de la persona que ingresa a un centro carcelario y penitenciario puesto que atiende recomendaciones plasmadas en Pactos y Convenios Internacionales sobre tratamiento penitenciario, constituyen una modalidad moderna de aislamiento cualificado. Sin embargo, este aislamiento categorizado comienza a preocupar cuando en la práctica no es posible aplicar a raja tabla dichas divisiones: "detenidos de condenados", "primarios de reincidentes", "jóvenes de adultos", etc., por las imposibilidades locativas, económicas, sociales e incluso culturales de los centros de reclusión en el manejo de personal. Se impone en la práctica una promiscuidad desde la misma internación hasta en la vida diaria del interno en el centro y en general a toda hora. La categorización queda simplemente en el plano teórica.

El Trabajo Comunitario del interno no tiene ese cariz de obligatoriedad de aflicción y de reforma a través del dolor como se practicó en la cárcel de "sing sing" donde martillar y dar forma a la piedra y al mármol constituía base del tratamiento penitenciario. Hoy en día el trabajo en comunidad tiene otros parámetros y fines que si bien se hacen en el seno de una privación de la libertad, no constituyen **per se** una labor que tiene que cumplirse como opuesto al ocio, o como mecanismo de duro castigo de trabajar por trabajar, o de hacerlo por matar el tiempo o como medida de las autoridades penitenciarias para demostrar "quien manda", y a la vez para probar que el trabajo fuerte reforma al hombre, o en fin, para comprobar que el trabajo es una medida altamente coercitiva en tiempo y espacio. No, no. Hoy los móviles que mueven al trabajo comunitario bien en labores de índole pública (casi inaplicable, hoy por hoy) o de índole particular (la generalidad) han abandonado los predicamentos de "sing sing" para tenerlo, al menos, como una prerrogativa que hay que saberla ganar para que le reporte beneficios personales y de tratamiento penitenciario. Esto último es lo que se aplica en nuestro país, aunque por su puesto, el cambio teleológico de aquél trabajo con relación a éste no avanzado tanto y tan significativamente con la época y como lo quisiéramos.

En efecto, el trabajo en "grupos" actualmente, según lo previene la Ley 65 del 93, artículo 86, **los condenados** lo realizan bajo el "sistema progresivo" en la llamada "fase de mediana seguridad" en tareas agrícolas o industriales con "empresas o personas de reconocida honorabilidad, siempre que colaboren con la seguridad de los internos y con el espíritu de su resocialización". Por su parte, **los detenidos** pueden trabajar individualmente o en grupos en "labores públicas, agrícolas o industriales en las mismas condiciones que los condenados" (inciso in fine). Tanto condenados como detenidos podrán trabajar en éstas actividades y bajo las mencionadas condiciones cuando a juicio un tanto subjetivo del Director así se determine y previo estudio de la hoja de vida del interno que incluye, entre otros aspectos: la conducta personal, la calificación del delito y la de su seguridad. De esta forma el trabajo, la modalidad como la misma retribución constituyen un privilegio (o "Gracia" como lo denomina el Estatuto Penitenciario) y no un derecho constitucional fundamental, tal como lo pregona nuestra Constitución para toda persona sin distinción alguna (artículo 25 in fine).

En la Cárcel (que por su estructura y funcionamiento es más una penitenciaría) Judicial de Pasto, el trabajo en grupo se realiza a nivel de la microempresa en maderas y de "huerta casera" en labores agrícolas.

Los talleres pequeño artesanales en madera son coordinados por los internos condenados a penas largas y expertos en el tallado, manejo, modelación y pintura en maderas. Los internos ingresan a dichos talleres en calidad de aprendices inicialmente, y a medida que van siendo más visibles sus



¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

habilidades y sus obras cada vez mejor se reconocen por propios (inicialmente por el coordinador del taller y las autoridades penitenciarias y luego por sus compañeros de labor) y extraños (por regla general compradores de dichos productos), comienza un peculiar escalafón laboral del interno marcado por la experiencia, el tiempo, "los favores" y su obra. El oficial, El ayudante, el encargado de obras exclusivas, el emisario (o cuasivigilante) del Coordinador (o "Maestro") del taller, son algunos de calidades que deberán ganarse con dificultad ante sus iguales (término literalmente considerado, pues en la esencia, cualificación y derechos, la desigualdad es la regla) y por su puesto ante las autoridades penitenciarias.

El trabajo en grupo de maderas aunque difiere un tanto al realizado en las labores agrícolas por los internos que las desempeñan y los aires de aparente mayor libertad, los móviles jerarquización y grados de dificultad en el **sui generis** escalafón, son idénticos en una y otra labor comunitarias.

El trabajo agrícola se realiza en cultivos de huerta casera, casi igual a las pequeñas "eras" que utilizan los estudiantes de ingeniería agronómica para estudiar la adaptabilidad, desarrollo, rendimiento, permeabilidad, etc., de un producto agrícola a la tierra. Estos pequeños cultivos de clima frío (la papa o "patata", principalmente) se ubican en franjas de tierra anejas a los muros de la cárcel que más parecen jardines o cultivos experimentales que rodean los extramuros al centro penitenciario que lugares donde se desarrolla labores de siembra y cosecha. La poca producción obtenida en estas huertas caseras a no dudarlo sólo sirve para el autoabastecimiento del centro carcelario a diferencia de lo que ocurre con el trabajo en grupos en madera, que por regla general es para comercializarse fuera de la cárcel en el Almacén Artesanal Comunitario que se tiene por parte de los internos en un lugar céntrico de la ciudad de Pasto.

La "ley del silencio" al menos nocturna es regla penitenciaria en la actualidad en cualquier centro carcelario y penitenciario colombianos, pero no sólo con el carácter de ser ciego, sordo y mudo a todo lo que se ve en el interior de uno de estos centros, sino al silencio impuesto por las autoridades administrativas de dirección y vigilancia penitenciarias para todos los internos en ciertos sitios y a ciertas horas. Tales como la iglesia, aulas de educación, comedores y sobre todo dormitorios. En efecto, la Ley 65/93 esquemáticamente sobre el último aspecto expresa "...no se permitirán conductas y ruidos o voces que perturben el reposo" de los internos en las celdas y dormitorios (artículo 64 inciso 2).

### 2.3. SISTEMAS PROGRESIVOS.

La sola privación de la libertad y los diversos matices a la mejor y reformatoria vida del interno en un centro penitencia rio o carcelario plateados y desarrollados por los anteriores sistemas penitenciaros no fueron suficientes para hablar ni menos mantener o justificar un sistema de tratamiento penitenciaro. Nace entonces los estudios de expertos en cuestiones penitenciarias, que vienen a reeplantear los sistemas anteriores, y por ende, a proponer nuevos métodos, procedimientos y fines del tratamiento penitenciaro que en su conjunto se conocerían como "Sistemas Progresivos".

Dichos estudios que forjaron los sistemas progresivos surgieron en parte por quienes pasaron su vida laboral y profesional entre las llamadas "autoridades penitenciarias" en tareas de coordinación, dirección o consejería, o bien porque dedicaron gran parte de su vida a la investigación penitenciaro produciendo informes, conceptos, recomendaciones o en suma obras como "penólogos", tal como se conocería más recientemente a quienes estudian el fenómeno social, psicofisiológico y jurídico-administrativo del tratamiento penitenciaro dentro de una de las ciencias de la criminología: "*La Penología*" <sup>(6)</sup>.

El postulado central de los sistemas progresivos era la consecución por etapas, fases o condicionamientos de la libertad del interno privado de la misma por un hecho delictivo, procedimiento judicial y condenación previos.

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

Estos sistemas metodológicos y procedimentales relativamente nuevos en el tratamiento penitenciario han reportado grandes avances a la penología, pero a la vez han dado origen a contraargumentaciones de las que no han escapado ninguno de los sistemas anteriores, como quiera que estos sistemas progresivos recogen las que consideraron principales caracterizaciones de los aquellos (con sus bondades y defectos, sin profundizar en los efectos de unos y otros), a fin de plantear un especie de sistema mixto en el tratamiento penitenciario con el aditamento que caracteriza al "nuevo sistema": el de ser aplicado por períodos o fases para conseguir un fin de ultima ratio: "La libertad Condicional".

Los sistemas progresivos conjugan el Poder Punitivo del Estado, (**Ius-Puniendi**), la evolución de la pena, el tratamiento de los "delinquentes" y la consideración del ser humano como sujeto calificado de dicho poder y tratamiento.

De las varias posturas de tratadistas del tratamiento penitenciario ubicadas en los sistemas progresivos destacamos: La de Montesinos y de Crofton por ser prototípicas y representativas de aquellos sistemas.

### **2.3.1. EI "SISTEMA DE MONTESINOS".**

El nombre al sistema proviene de la teorización y aplicación en la práctica que le diera El Coronel Montesinos en el "correccional de Valencia" España en 1836.

El tratamiento penitenciario y consecencial ejecución o cumplimiento de las penas por parte de los internos penitenciarios se dividió en tres fases, pero siempre haciendo énfasis en que quienes lo realizaban debían alcanzar en una última fase la "libertad condicional". Las fases eran las siguientes: 1) La "de hierro", representada gráficamente por los grilletes o cadenas en los pies, recordándole de esta forma su indebida acción y su propia aflicción; 2) La de "trabajo" que pretendía mantenerlo ocupado, distraído y hasta cierto punto alejado de su propio dolor, a la vez que iniciarlo en el trabajo como una actividad de auto-capacitación y reforma; y, 3) La de "Libertad Intermedia", caracterizada por el trabajo extramuros de la cárcel por parte del interno y de vuelta al centro penitenciario en la noche para dormir donde se asumirá la condición de un interno como si estuviese en la fase segunda.

BUSTOS R., <sup>(7)</sup> resume éste sistema en forma menos trágica, así:

"...Se pasa por diferentes períodos, desde uno celular, destinado fundamentalmente a la clasificación del sujeto, posteriormente otro de vida en común, luego uno que se inicia la vida en libertad mediante salidas bajo palabra, para terminar con la libertad condicional".

### **2.3.2. EI "SISTEMA DE CROFTON".**

Como lo denota BUSTOS RAMIREZ <sup>(8)</sup>. El Irlandés Crofton logró "mayor matización de un sistema de ejecución (de penas) que pusiese su acento en el deseo de libertad del sujeto", al menos como fase última de un tratamiento penitenciario o como medida parcial en el cumplimiento de una pena, pero lo que caracteriza al sistema según VALLEJO CALDERON <sup>(9)</sup>, es el llamado período de la "libertad anticipada" en la cual "el penado (por interno) podía llegar a reducir hasta en una tercera parte de su pena, según su buena conducta y trabajo demostraran a juicio de las autoridades penitenciarias que el penado es acreedor a tal beneficio", lo cual significaba disciplina, evaluación, calificación y aplicación o no del beneficio por parte de un cuerpo colegiado disciplinante con altísimo grado de subjetividad.

Más recientemente, los principios o aspectos teleológicos de estos sistemas progresivos se aplicaron

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

por las diversas legislaciones del mundo en forma mixta o enfáticamente matizada.

### **2.3.2.1. EL SISTEMA PROGRESIVO EN LAS NORMAS COLOMBIANAS, EN PARTICULAR EN EL C.P.P., DE 1971.**

En Colombia, por ejemplo, nuestras normas penales y procedimentales penales (que no penitenciarias, como debería ser) habían acogido medidas o mecanismos propios del tratamiento penitenciario progresivo, para implantarlas en los Centros Penitenciarios y Carcelarios con algunas peculiaridades.

Veamos brevemente y a título de ejemplos, algunos:

Desde el C.P.P. (Decreto 409 de 1971 y los Decretos legislativos:1405 de 1934 y 1817 de 1964, componentes éstos últimos dos del fenecido Código Penitenciario), se imponía en sentencia como medidas de seguridad, subrogados penales y factores de reducción de penas al condenado por parte del Juez las siguientes:

**a) El trabajo "en obras públicas"**, la cual se comunicaba al "Director General de Prisiones" para que él señale las condiciones de tiempo, modo y lugar del trabajo a desarrollar.

En cuanto al tiempo es de destacar que el fijado inicialmente podía terminar, suspenderse o postergarse dependiendo del comportamiento y resultados obtenidos por el penado. La Dirección de prisiones tenía toda la capacidad para vigilar y administrar esta medida de seguridad sea principal o accesoria.

**b) La "Libertad vigilada"**, como medida de seguridad, la cual se imponía al penado a fin de que éste sea entregado al cuidado de la familia, o internado en casa de salud, hospital o manicomio común, bajo la vigilancia e inspección del "Consejo de Patronato". Este comunica al establecimiento carcelario y éste a su vez al Juez todo lo atinente a comportamiento y resultados del penado a fin de revocarse o continuar con la medida. Hoy por hoy se aplica a los menores pero no con la filosofía de pena sino de "medida" provisional o definitiva, según el Estatuto de Menores (Dec.2737 de 1989), como más adelante se precisará.

También en vigencia del derogado C.P.P., se aplicaban e imponían como "subrogados penales" que perseguían evitar la internación de personas en los establecimientos carcelarios, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos. Estos subrogados son los siguientes:

**a) "El Perdón Judicial"** que se aplicaba cuando en sentencia se había comprobado la existencia del delito y la responsabilidad y se daban los requisitos objetivos y subjetivos para poder considerarla según si el delito cometido así expresamente lo permitía. Esto desapareció posteriormente. Pero quedó como constancia de la filosofía que perseguía el sistema progresivo: la libertad del penado como extrema ratio.

**b) "La Condena Condicional"**, que consistía en suspender la ejecución de la pena por un período probatorio que fijaba el Juez, de dos (2) a cinco (5) años y se otorgaba en la sentencia cuando se cumplía los requisitos objetivos (El delito no tenga sanción de presidio, pero que siendo de arresto no sea mayor de tres años o si es de prisión no sea superior a dos) y subjetivos (El condenado no "sea peligroso": no tenga condenación anterior --"reincidencia"--, conducta buena y personalidad, naturaleza y modalidades del hecho delictuoso convengan al Juez de la no peligrosidad).

**c) "Libertad Condicional"**. Este subrogado no se otorga en sentencia sino en una providencia posterior, ya que como dice MARTINEZ RAVE <sup>(10)</sup>, "sólo se concede a quien ha demostrado buena conducta y señales de readaptación durante el tiempo de cumplimiento de la pena privativa de la

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

libertad". Se exigen también unos requisitos para su aplicación: a) Sea condenado a pena de arresto o prisión mayor de dos años y haya cumplido las dos terceras partes de la condena, o condenado a presidio, cualquiera sea el tiempo pero que haya cumplido las tres cuartas partes, o al reincidente por "primera vez" ( en la "segunda reincidencia no se concede"), cuando haya cumplido las cuatro quintas partes de la pena; b) Que la personalidad, conducta y antecedentes --"policivos y judiciales"-- de la persona convenzan al Juez de que no es peligroso y no va a volver a cometer hechos ilícitos. El Consejo de Disciplina del Centro Carcelario así como el concepto del Ministerio Público y el informe del Director del Establecimiento de reclusión son importantes conocerse previamente para imponer este subrogado.

**d) Reducción de Penas.** La Ley 32 de 1971 y su decreto reglamentario 1923 de 1973 estableció los requisitos para aplicar la denominada "Reducción de las penas por trabajo y estudio". Tenían derecho a este "beneficio": Los Condenados a penas privativas de la libertad (Presidio, Prisión o arresto). Tienen igualmente este factor de reducción de penas los que se les concedió libertad condicional y la operación se realizará sobre el tiempo cumplido de sanción. Se exceptúan de este factor: los "reincidentes", los declarados en sentencia de "alta peligrosidad", los fugados o que lo hayan intentado.

La reducción se hacía de un día de pena por cada día de trabajo y/o estudio, siempre que uno y otro se hayan cumplido después del 27 de enero de 1972.

Ocho (8) horas de trabajo continuas o discontinuas equivalen a un día de trabajo. En cambio, seis (6) horas de estudio continuas o discontinuas equivalen a un día de estudio. En el caso de los instructores o profesores condenados el tiempo de reducción será del doble de descuento.

El cumplimiento, vigilancia y calificación de estos factores de reducción de penas los adelantará la Dirección General de Prisiones.

### **2.3.3. SUBSISTEMAS PROGRESIVOS: REHABILITACION, RESOCIALIZACION, CARCELES, PENITENCIARIAS Y ESTABLECIMIENTOS ESPECIALES.**

El jurista español BUSTOS R <sup>(11)</sup>, denomina "Subsistemas muy disímiles" a aquellos que se derivan de los denominados progresivos, puesto que tienen connotaciones y peculiaridades que califican y determinan uno de otro. Estos son:

a) Los Establecimientos de "Máxima Seguridad" para delincuentes peligrosos dentro de los que se incluyen a los denominados "políticos" a pesar de que mucha teorización criminológica se ha realizado por la exaltación de los últimos y la estigmatización de los primeros.

b) La Prisión Abierta para delincuentes "jóvenes-adultos" caracterizada por el trabajo diurno y fines de semana extramuros de la cárcel y con reclusión nocturna. Estos jóvenes-adultos podrían ser hoy en día los denominados "delincuentes ocasionales" o los principiantes de la delincuencia, pues el término de juventud no sólo hace relación al tiempo cronológico como sería inicialmente obvio sino a la iniciación (temprana o tardía) del hecho delincencial.

c) Los Establecimientos "Socio-terapéuticos". Este sistema se aplicaba para los delincuentes altamente peligrosos contra los que fallaba cualquier método normal de tratamiento. Este sistema resultaba costoso por la inversión social y pecuniaria, dado que el Director de la Penitenciaría debía contar con excepcionales calidades humanas además de un personal cualificado (sicólogos, sociólogos, asistentes sociales y espirituales) para cada interno, ya que debía darse una atención "personalizada". Un gran renombre tuvo, la "Clínica Van der Hoeven" en Utrecht, Holanda, porque su directora la Dra. Rosenburg aplicó este sistema en toda su extensión pero al retirarse ésta de la dirección el sistema entró en crisis, tal como lo narra el jurista hispano antes citado.

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

Sin embargo, en éste punto el criminólogo español hace una recopilación de procedimientos penitenciarios que la verdad sea dicha, aún advirtiéndolo su disimilitud, no concuerdan con ningún patrón común de tratamiento penitenciario (ni siquiera el progresivo en su estado puro ni de mixtura) ni con las posturas sostenidas por la doctrina jurídico penal y penitenciaria universales y nativas (Rodríguez Devesa, Luis Carlos Pérez, Martínez Ravé; entre otros) sobre los sujetos objeto de dicho tratamiento ni con las figuras jurídico-penales y penitenciarias que le dan sustento en los al menos siguientes aspectos: a) Determinación y diferenciación de los llamados "Delitos Políticos" y "Delincuentes Políticos" por oposición a los delitos y delincuentes comunes; b) El concepto "peligrosidad" , "Responsabilidad Objetiva" , "culpabilidad" y "Responsabilidad Subjetiva"; c) Delincuente ocasional, habitual, reincidente; d) Imputables e Inimputables; e) Penas, Medidas de Seguridad y aseguramiento; y f) Centro de internación especial (Clínicas Psiquiátricas o de tratamiento excepcional privados o familiares, colonias agrícolas, etc) o común (Cárceles y Penitenciarias ordinarias, clasificadas o de Máxima seguridad).

Por estas razones estos subsistemas penitenciarios en el Derecho Penitenciario Colombiano bien pueden estudiarse si previamente distinguimos los puntos anotados y a la vez los clasificamos en nuestro parecer de la siguiente manera:

- a) Los Sujetos Imputables e Inimputables a quienes se le impone "MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO" (Tratamiento Carcelario y Penitenciario Primario o Preventivo);
- b) Los Sujetos Imputables a quienes se les impone PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD (Tratamiento Carcelario y Penitenciario Resocializador); y,
- c) Los Sujetos Inimputables a quienes se les impone MEDIDAS DE SEGURIDAD (Tratamiento "Penitenciario" Socio-terapéutico o rehabilitador).

Correlativamente cabe entonces, hacer claridad sobre los conceptos Carcelario y Penitenciario, Resocializador y Rehabilitador a fin de utilizarlos en lo sucesivo.

**Tratamiento Carcelario** es aquél aplicado a sujetos infractores de la ley penal que ingresan a las cárceles como establecimientos de detención preventiva, previstos exclusivamente para retención y vigilancia de los sindicados (artículo 21 de la Ley 65 de 1993). En las cárceles por su estructura, configuración y régimen de tratamiento especial se cumplen las medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

**Tratamiento Penitenciario** es aquél impuesto a los sujetos infractores de la ley penal que ingresan a penitenciarías como establecimientos destinados a recluir condenados ( o mejor a quienes se les ha impuesto sentencia judicial condenatoria) y en las cuales se ejecuta la pena de prisión a los internos, mediante un sistema gradual y progresivo (artículo 22 id.).

Intermedio entre la Cárcel y la Penitenciaría, están:

- a) las denominadas "**casa-cárcel**" donde ingresan quienes hayan cometido delito en accidente de tránsito, es decir, quienes se ubiquen en hechos punibles culposos. Estas casa-cárceles sirven para ejecutar medidas de aseguramiento y penas privativas de la libertad (parágrafo 1 artículo 21, conc. 23)
- b) Cuando se trate de pena de arresto o detención preventiva administrativa (artículo 28, constitucional), se cumplirán en "*Pabellones especiales adoptados o contruidos en las cárceles*".
- c) En los casos de entregas voluntarias de personas que abandonen los grupos subversivos, podrán tener como sitio de reclusión las instalaciones de la fuerza pública.

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

- d) Los celadores de compañías de vigilancia privados que infrinjan la ley penal, cumplirán la detención preventiva en Centros de reclusión especiales o establecidos para éstos.
- e) Los Establecimientos de rehabilitación y pabellones psiquiátricos, destinados a alojar y rehabilitar personas que tengan calidad de inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica.
- f) Cárceles y penitenciarías de alta seguridad, como establecimientos para sindicados y condenados, cuya detención y tratamiento requieran mayor seguridad, "sin perjuicio de la finalidad resocializadora de la pena" (artículo 25 id.)
- g) Reclusiones de Mujeres, destinadas a internar a quienes deben cumplir detención y descuento de la pena impuesta a mujeres infractores, salvo que se trate de delitos culposos en accidente de tránsito, ya que en estos casos la cumplirán en "casa-cárcel" de mujeres.
- h) Cárceles para miembros de la fuerza pública. Las medidas de aseguramiento las cumplirá en cárceles especiales o en las instalaciones de la unidad a que pertenezca. En caso de penas condenatorias pasarán a penitenciarias en donde habrá pabellones especiales destinados a estas personas.
- i) Colonias Agrícolas, como establecimientos destinados a purgar la pena, para condenados de extracción campesina o para propiciar la enseñanza agropecuaria.
- j) Reclusión en casos especiales. Cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del INPEC (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario), funcionarios y empleados de Justicia penal, Cuerpo de Policía Judicial y del Ministerio Público, Servidores Públicos de elección popular, por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, como "ex-servidores públicos". Las medidas de aseguramiento como las penas privativas de la libertad se cumplirán en establecimientos especiales proporcionados por el Estado.
- k) Los menores de 18 años "no podrán detenerse ni descontar penas en los establecimientos de reclusión dependientes del INPEC". En casos especialísimos podrá existir "anexos o pabellones" que tengan "un régimen especial, ajustado a las normas internacionales sobre menores " (artículo 44, constitucional y el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989).

Por otra parte, el fin resocializador de la pena encuentra sustento normativo en el artículo 10 del Estatuto Penitenciario, cuando expresa que el "tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario". En consecuencia, es sujeto objeto de la resocialización el infractor de la ley penal imputable, es decir, a quien se le puede imponer medidas de aseguramiento y penas.

Aspiramos no inaugurar con esto último la discusión con quienes sostienen que el tratamiento penitenciario no tiene una finalidad resocializadora, pues antes que abrir discusiones queremos demostrar con la presente investigación que se puede demostrar la resocialización por fases y no simplemente teorizarla en forma negativa (como Bergalli, Goffmann, Baratta, etc.)

La Rehabilitación, se predica de los inimputables a quienes se les impone medidas de aseguramiento o medidas de seguridad previstas en las leyes penales y penitenciarias.

### **2.3.3.1. LOS SUBSISTEMAS PROGRESIVOS EN LA LEGISLACION COLOMBIANA, EN PARTICULAR EL ACTUAL C.P.P. (Decreto-Ley 2700 de 1991 y Ley 81 de 1993) Y EL ESTATUTO PENITENCIARIO (Ley 65 de 1993).**

### 2.3.3.1.1. Sistema Carcelario y Penitenciario Primario o Preventivo: Imputables e Inimputables. Medidas de Aseguramiento. Régimen exceptivo para menores de edad.

Lo calificamos así porque su fin primordial es precautelativo, tal como lo son las medidas que se imponen mediante providencia judicial (o "resolución interlocutoria") a los sujetos que se vinculan a un proceso penal y contra quienes existe "por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso" (artículo 388 C.P.P.), bien sean imputables o inimputables y en éste último caso "cuando estén demostrados los presupuestos probatorios y formales para dictar medida de aseguramiento" (artículo 424 ibid.).

Aquí conviene hacerse y responder los siguientes interrogantes:

a) ¿Cuáles son las medidas de aseguramiento para imputables e inimputables?; b) ¿En qué momento del proceso se imponen dichas medidas?; c) ¿Por qué se duda en la existencia de un sistema penitenciario preventivo?; y, d) ¿Cuáles son las características relevantes de éste sistema penitenciario?.

#### Interrogantes Uno y dos.

Los dos primeros interrogantes se resuelven así: Las Medidas de aseguramiento para imputables como inimputables son cautelares personales y patrimoniales que se arbitran en única y exclusivamente dentro de un proceso penal y aseguran la terminación del mismo mediante sentencia en tanto se halle vinculado un sujeto investigado. Estas medidas precautelativas de naturaleza jurídico-penal tienen una vigencia temporal y son impuestas por el funcionario jurisdiccional mediante una providencia o resolución que puede ser impugnada mediante los recursos ordinarios (artículo 195 C.P.P.) por el sujeto objeto de la medida cautelar.

Las medidas cautelares personales son aquellas que imponen deberes y obligaciones a personas involucradas en un proceso penal por un término judicial prefijado. Estas son: La detención preventiva, la conminación, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria (para imputables). La Internación Preventiva y la conminación (para inimputables).

En el derecho italiano la denominan medida cautelar "coercitiva" <sup>(12)</sup>, por referirse "a la privación de la libertad personal".

Las medidas cautelares patrimoniales son aquellas que imponen una carga económica o crematística al encartado en un proceso penal. La caución prendaria es la típica cautela penal patrimonial. En el Derecho italiano incluye a la caución prendaria como juratoria, la detención domiciliaria, la conminación y la prohibición de salir de país como cautelares "interdictivas", por cuanto tienden a limitar "el ejercicio de alguna facultad o derecho" <sup>(13)</sup>.

Estas cautelares penales son taxativas ya que el C.P.P., (artículos 388 y 424) hacen una enunciación puntual donde no admite ni interpretación ni analogía. No existen cautelares innominadas.

Con respecto a las medidas cautelares aplicables a los inimputables se ha sostenido que si "no procede la aplicación de una pena no se justifica la imposición de una medida de aseguramiento" <sup>(14)</sup>. Esto es válido si reflexionamos sobre la punibilidad, pues se dice que al inimputable no le es aplicable la punibilidad, "...porque no puede haber pena sin culpabilidad...para que una conducta típica y antijurídica se **punible** debe realizarse con culpabilidad (:)...dolo, culpa y preterintención, de ninguna de las cuales es capaz el inimputable. O sea que, como el inimputable no es culpable, mal puede llegar a ser punible; quiere decir, que es impunible" <sup>(15)</sup>.

## ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

Sin embargo, no es válido, si analizamos la finalidad de la medida cautelar penal, cual es el aseguramiento de la terminación de un proceso en forma temporal e individualizadamente a un sujeto involucrado sea imputable o inimputable. Con ello no se cambia el sentido de la punibilidad sino de la cautela a imponer según se trate de imputables o inimputables, pues el proceso penal seguirá su curso hasta su terminación y de éste penderá una cautela penal. Otra cosa muy diferente es, que a los inimputables algún día en nuestro derecho punitivo no se les adelante proceso penal alguno ni en éste se tomen medidas cautelares como las mentadas y se piense más bien en la "despenalización de las conductas cometidas por inimputables" <sup>(16)</sup> para pasarlas al ámbito netamente de las ciencias de la salud, pero hoy por hoy debemos asumir que hay un proceso y que se toman medidas precautelativas.

"... Cabe anotar sin embargo, que todas las medidas de aseguramiento constituyen una disminución del goce pleno y absoluto del derecho a la libertad personal, pues aunque pueden no suponer la detención obligan si a permanecer dentro de un territorio concreto o a cumplir con presentaciones periódicas, o a comprometer una suma de dinero que garantice estas obligaciones. Es decir, que frente a quien puede ejercer su derecho a la libertad sin restricción alguna, aquel contra quien se dicte una medida de aseguramiento, ve recortado su derecho a la libertad, bien sea completa o parcialmente" <sup>(17)</sup>

**El tercer interrogante** hace referencia a la negación sobre la existencia de un tratamiento penitenciario primario o preventivo cuando se aplican medidas de aseguramiento tanto para imputables como inimputables. En este sentido quienes esto sostienen <sup>(18)</sup> fundamentan su negativa al tratamiento penitenciario (sólo de los imputables) en el argumento de que las personas vinculadas a un procedimiento penal y contra quienes se les ha dictado una detención preventiva, por ejemplo y al finalizar éste el Estado no les ha podido comprobar su culpabilidad no sólo debe dejarles libres sino que es innecesario aplicarles un tratamiento penitenciario que no lo necesitan.

Los opositores al tratamiento desconocen el fin de la medida cautelar en el proceso penal y creen que el funcionario judicial prejuzga sobre la culpabilidad del investigado cuando impone la detención preventiva si al final resulta que no hay pruebas para inculparlo y tiene que dejarlo en libertad. La medida cautelar penal no garantiza que en el proceso se demuestre la culpabilidad del investigado o encausado, sino la terminación del proceso mediante sentencia, por ello no prejuzga el Juez o Fiscal, antes por el contrario se prueba que la cautela cumplió su finalidad preventiva y garantizadora durante el tiempo que estuvo vigente y que durante él el sujeto que la vivió y estuvo privado de la libertad (o restringido una facultad o derecho, si se trata de otra cautela penal) se sometió a los deberes, obligaciones y derechos que aquélla generaba, incluidos los de la resocialización mediante la educación y el trabajo. Es aquí donde halla razón de ser el tratamiento penitenciario preventivo, puesto que procesalmente hablando desde el momento en que se decide sobre la cautela hasta que existe una causal para suspenderla, revocarla o terminarla o cuando termina el proceso penal mismo mediante sentencia ejecutoriada el lapso de tiempo en que se permanece vigente la medida cautelar es un tiempo real que vive el investigado o involucrado que no se puede desconocer ni fútilmente decir que el sujeto cautelado no necesitaba tratamiento penitenciario preventivo. "No se puede desandar lo andado". Situaciones diferentes serían que el Estado "se equivoque" al abrir, proseguir, cautelar y sentenciar a un sujeto inocente o haya sido privado de la libertad injustamente, pues en éste último caso el perjudicado podrá demandar al Estado con la consecuente indemnización de perjuicios (artículo 414 C.P.P.).

Otras situaciones que si bien cuestionan e inciden en las finalidades del tratamiento penitenciario tras la admisión y aplicación de una medida cautelar penal específica, el replanteamiento jurídico-constitucional está por encima de aquéllas. Citemos tres casos:



**¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**

a) *La inconstitucionalidad de la medida cautelar de detención preventiva por ser violatoria*; entre otros, de los derechos constitucionales o fundamentales del "debido proceso" (artículo 29), "igualdad ante la ley" (artículo 13) y del "principio universal de inocencia" (artículo 29 inciso 4) de que goza toda persona. Sin embargo en este caso recordemos que la naturaleza jurídica de la cautela penal, su temporalidad, la pendency a un proceso penal vigente, su individualización y su existencia tras una providencia judicial desvanecen la inconstitucionalidad precisamente por no ser una presentencia, un pre-juzgamiento ni una medida en donde están presentes todas las garantías y formalidades procesales así como los recursos para el que soporta su carga jurídico-penal.

b) *La inconstitucionalidad de la medida cautelar de la "detención preventiva administrativa"* (artículo 28 Inciso 2 de la Constitución), realizada por autoridades con funciones de policía administrativa, sin "orden judicial", puesto que la Corte Constitucional ha declarado su constitucionalidad mediante Sentencia de Enero 27 de 1994, siempre que no se extralimiten en la aplicación, sea ésta proporcional, se cumpla con el lleno de los requisitos formales, no viole derechos constitucionales, no sea arbitraria o caprichosa y que esté controlada; entre otros, por el Procurador, el Defensor del Pueblo, el Personero y por los órganos de control interno de la propia policía, y

c) *La indeterminación de los máximos en las medidas de aseguramiento* (internamiento en establecimientos especiales o clínicas psiquiátricas, principalmente) para inimputables, es igual a la indeterminación de los máximos de las medidas de seguridad (nos referimos a las planteadas en el artículo 93 del C.P.), por cuanto el artículo 426 en su contenido nos remite al Código Penal. Esta indeterminación cuestionada ante la Corte Constitucional, fue entendida por esta alta Corporación como una medida de seguridad imprescriptible (artículo 28, constitucional) y a la vez como una especie de perpetuidad (artículo 34 id) que está proscrita por la Carta Política. En consecuencia, se estima que toda medida de seguridad impuesta a los inimputables incurables, abandonados durante varios lustros de su existencia en un anexo penitenciario aplicándoles de alguna manera medidas de seguridad indeterminadas constituyesen en degradantes y crueles y desvirtúan la dignidad humana (artículo 12 C.P.), por ello se consideran inconstitucionales (Sentencia Junio 3 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

#### **Cuarto Interrogante.**

El cuarto interrogante, sobre las *características del sistema penitenciario primario* se resumen así:

a) Las medidas de aseguramiento personales privativas o restrictivas de la libertad para los imputables en nuestro derecho si bien tienden en un sentido negativo a privar, limitar o restringir la libertad o una facultad o derecho gozado por un sujeto previamente antes de infringir la ley penal, por el lado positivo las medidas de aseguramiento como cautelas jurídico-penales tienden a asegurar la terminación de un proceso mediante sentencia e iniciado contra un sujeto tras la puesta en conocimiento de una autoridad judicial de la trasgresión de la ley penal. La privación de la libertad es temporal, con lleno de los requisitos de forma y de fondo constitucionales y legales y se aplica en casos taxativamente señalados en la ley, en forma exceptiva y en establecimientos carcelarios o penitenciarios públicos y/o especiales según fuere un particular, un funcionario o servidor del Estado, un clérigo, un miembro de las fuerzas armadas o se trate de delitos dolosos o culposos (artículos 397 a 414A C.P.P.).

b) Las Medidas de Aseguramiento personales privativas y restrictivas de la libertad para inimputables (Internamiento en clínicas psiquiátricas o establecimientos públicos y especiales artículos 424 a 428 C.P.P. y 94 y 95 del C.P.), impuestas están "demostrados los presupuestos probatorios y formales" en una providencia motivada, previo los informes periciales, evaluación y calificación profesionales, si bien constituyen una limitante al derecho constitucional de locomoción y libertad, no debe olvidarse que estas cautelas están instituidas en favor del sujeto a quien se le impone la "internación preventiva" en razón de su "trastorno mental permanente" o "trastorno mental transitorio sin secuelas".

Pero en uno y otro caso con miras a un tratamiento médico, profesional y rehabilitatorio y jurídico-penal preventivo.

c) En las medidas de aseguramiento patrimoniales para imputables: la caución prendaria (artículo 393), persigue tras el depósito de dinero o constitución de una póliza y la suscripción de una acta contentiva de unas obligaciones de no hacer, por regla general, el que no se atenta contra la convivencia pacífica individual y societaria de los ciudadanos con los que tiene que convivir. Una de esas obligaciones pueden ser el cumplimiento de un horario de estudio y el trabajo resocializadores.

d) En las medidas de aseguramiento de conminación tanto para imputables como inimputables (sólo aquellos que sufren "trastorno mental transitorio sin secuelas", artículo 429 C.P.P.), una de las obligaciones de hacer contentivas en el acta por éste, por excepción, el funcionario judicial (Juez o Fiscal) puede imponer el trabajo y estudio resocializador.

e) En las medidas de aseguramiento personal para imputables sustitutivas o alternativas a la detención privativa, como la detención domiciliaria (artículo 396 C.P.P.) e incluso la prohibición de salir del país (artículo 395 id.), en el acta de obligaciones adicionalmente "al trabajo social durante el término de detención..." o durante el tiempo que tiene que residir en el país donde se transgredió la ley penal, podrá el funcionario judicial imponerles también una jornada de estudio resocializador en un establecimiento público o privado o la vigilancia y control del que venía desempeñando antes de transgredir la ley penal.

No olvidemos que la cautela de detención domiciliaria

"...no se encontraba en el proyecto inicial del Gobierno y fue introducido posteriormente para su aprobación por la Comisión Especial. Ante los problemas de hacinamiento en los establecimientos carcelarios y las deficiencias de nuestro sistema penitenciario en cuanto a rehabilitación, la privación de la libertad debe limitarse al máximo. Se pretende que la detención preventiva sea como en otras partes del mundo, una medida verdaderamente excepcional para aquellos casos que representan serio peligro para los intereses de la comunidad y no regla general cuando se comete cualquier hecho punible".<sup>(19)</sup>

Por su parte, la prohibición de salir del país siendo una medida accesoria a la detención preventiva, perfectamente puede considerarse una extensión de la detención domiciliaria, pues ya se sabe que el domicilio es mucho más amplio que la simple residencia y puede equipararse al territorio Distrital o Municipal donde el sujeto cautelado tiene el ánimo de permanecer a fin de ejercer su actividad, profesión o negocio, según lo dispone el Código Civil Colombiano.

f) Este sistema penitenciario preventivo persigue en una evaluación intelectual, gradual y taxativamente legislada, por parte del funcionario judicial (Juez o Fiscal) que la Libertad, o al menos la restricción, limitación a la misma impuesta al infractor de la ley penal sea la regla, y por excepción sea la privación, siempre y cuando previamente se analicen los siguientes aspectos: La evaluación y calificación de la personalidad del inculpado; sus nexos con la comunidad en las actividades laborales, familiares, sociales, culturales; el cumplimiento de unas obligaciones de no hacer (como regla) o de hacer (como excepción); la demostración de que su comportamiento no engendra peligro para la comunidad; que esta pendiente del desenvolvimiento de un proceso penal y la modalidad del hecho punible. Estos fines son perfectamente viables para imputables como inimputables, pero en éste caso sólo aquellos que sufran un trastorno mental transitorio sin secuelas (Artículo 429 C.P.P., concordante con el artículo 33 inciso 2 C.P.).

g) En el caso de los menores de 16 años que por disposición del artículo 34 del C.P., están sometidos a una jurisdicción y tratamientos especiales, consideramos que el tratamiento preventivo por estas

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

mismas razones es **sui generis**. En efecto, el denominado Código de Menores ( Decreto 2737 de 1989, Noviembre 27) en el artículo 187, menciona que se podrán aplicar "medidas" especiales a los menores que se hallen involucrados en un proceso por la infracción de la ley penal, siempre y cuando, se "cumplan en el medio familiar o dentro de la jurisdicción a la cual pertenece el menor y *con carácter eminentemente pedagógico y de protección*" (artículo 204) --cursivas nuestras--.

Las mencionadas "medidas provisionales" son:

- 1) Amonestación al menor, y a las personas de quienes dependa;
- 2) Imposición de reglas de conducta;
- 3) Libertad asistida;
- 4) Ubicación institucional; y,
- 5) "cualquiera otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor".

Las cuatro primeras son medidas cautelares personales, nominadas y dirigidas a seres humanos "normales" (Es decir, los suficientes físicos, sensoriales y mentales por oposición a los que padecen insuficiencia psíquica o mental) porque inciden directamente en la persona o el menor y se hallan taxativamente relacionadas. La quinta, la conforman un grupo de medidas cautelares innominadas, no taxativas y dirigidas a personas que sufren "deficiencias físicas, sensoriales y mentales" y que están relacionados en el artículo 222 y siguientes del Estatuto del Menor, puesto que la "rehabilitación" sólo se infiere de éstas personas, en tanto que la "resocialización" de quienes se consideran suficientes físicos, sensoriales y mentales.

Ninguna otra explicación tendrían estas medidas cautelares innominadas que buscan la "rehabilitación" del Menor pero en las condiciones especialísimas mencionadas. El artículo 211, por su parte no hace distinción alguna sobre las medidas resocializadoras y rehabilitadoras, puesto que expresa que cuando sean menores con deficiencias físicas, sensoriales o mentales, o sean adictos a sustancias que produzcan dependencia, el Juez procurará que la "medida se cumpla en establecimiento que disponga de servicio especializado para brindar al menor la asistencia que le sea necesaria en estos casos". Estas medidas serán las mismas previstas para todo menor en el artículo 204. Sin embargo, esta no distinción genera una falta de coherencia normativa (o falta de técnica legislativa) por parte del legislador, puesto que no se justifica que, por un lado, haya la distinción entre menores suficientes y "deficientes físicos, sensoriales y mentales", y por otro, se diga que las medidas cautelativas a imponer son las mismas para unos y otros. Esta incoherencia, cuando menos genera una incertidumbre jurídica que perfectamente podría alcanzar a postularse como inconstitucionalidad, por violentar el derecho de igualdad de las personas ante la ley, el debido procedimiento, la dignidad humana y el principio del **ius puniendi** y/o el derecho correctivo y preventivo del estado a inimputables que es lo que podría extenderse a menores que infringen el Ordenamiento Jurídico Vigente.

Veamos brevemente cada una de estas medidas cautelares personales que también pueden ser medidas definitivas (que no sólo cautelares) imponibles a todo menor infractor. Recuérdese en materia de "derecho penal de menores" que no podemos hablar de "Penas", ni medidas de aseguramiento, por tener régimen especial, y por tanto, sólo debemos hacer mención a medidas cautelares y definitivas personales para menores. Estas son:

#### **LA AMONESTACION.**

Es la llamada de atención realizada por el Juez al menor, a sus padres o personas de quienes

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

dependa, sobre la falta cometida, advirtiéndole que en lo sucesivo deben acatar y respetar las normas familiares y de convivencia social.

#### **LA IMPOSICION DE REGLAS DE CONDUCTA.**

Consiste en las obligaciones y prohibiciones específicamente determinadas en la providencia judicial. Estas reglas tendrán prioritariamente un carácter pedagógico y podemos resumirlas así:

a) Asistir a Centros Educativos o de Trabajo; b) Realizar tareas de interés comunitario; c) Participar en organizaciones creativas para el manejo o uso del tiempo libre (actividades recreativas constructivas, terapias o dinámicas de grupo, etc); d) No acudir a determinados lugares o tratar con determinadas personas; y, e) Asistencia a programas coordinados por el Defensor de Familia en orientación familiar y de tratamiento de alcohólicas o adictos a sustancias que produzcan dependencia, de tratamiento psicológico o psiquiátrico, o "cualquiera otra actividad que contribuya a garantizar un ambiente adecuado para el desarrollo del menor" (artículo 206 y 58 íbidem).

Este último grupo de programas innominados abren un compás amplio en el camino de la resocialización del menor en campos diversos a los taxativamente relacionados. Si bien en el campo social y pedagógico esto es beneficioso quizá desde el punto de vista jurídico e incluso científico estos programas innominados resulten contrarios al fin principal resocializador pues quedan en la órbita muy subjetivísima del juzgador como del coordinador y el vigilante de la ejecución de la medidas que puede ser el Juez o por Conducto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con intervención de la Familia.

Afortunadamente el catalizador de esa subjetividad lo encontramos en los parámetros y directrices sobre el cumplimiento de las medidas para menores previstos en el Estatuto del Menor (artículo 203 id.) que van desde la información precisa sobre los derechos, deberes y obligaciones del menor infractor, los mecanismos de reeducación y reintegro al medio familiar hasta la comunicación con el defensor de Familiar, su apoderado, el Juez de Menores o de Familia.

#### **LIBERTAD ASISTIDA.**

Consiste en la entrega del menor a sus representantes legales, parientes o personas de quienes dependa, con la obligación de aceptar programas, la orientación o el seguimiento del Juzgado o del Instituto del Bienestar Familiar y con el compromiso de presentarse ante el Juez (artículo 207 id.). Esta medida cautelar, en el régimen colombiano se aplicaba a los imputables en el C.P.P. del 71, como mecanismo alternativo a la pena.

#### **UBICACION INSTITUCIONAL.**

La decreta el Juez cuando a su juicio no sea procedente aplicar cualquiera otra de las mencionadas medidas, por las características de la personalidad del menor y su medio familiar, la naturaleza de la infracción y las circunstancias especiales en que se cometió. La medida se cumplirá en una institución pública y privada, con régimen abierto, semicerrado o cerrado, según fuere el caso (artículo 208)

#### **2.3.3.1.2. TRATAMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO RESOCIALIZADOR. PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. FUNCION RESOCIALIZADORA DE LA PENA.**

El Código Penal Colombiano en el Título IV, Capítulo Primero del Libro Primero, hace mención a las "penas" principales (Prisión Arresto y Multa) y accesorias (Restricción domiciliaria, Pérdida del empleo público u oficial, Interdicción de derechos y funciones públicas, Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, suspensión de la patria potestad, expulsión del territorio nacional para los

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

extranjeros y prohibición de consumir bebidas alcohólicas) imponibles a los imputables única y exclusivamente por la infracción al Ordenamiento Jurídico vigente o a la ley penal, previo un procedimiento penal pleno y mediante una sentencia judicial por un funcionario estatal y contra la cual se han agotado todos los recursos jurisdiccionales, a posteriori.

En nuestra normatividad las únicas penas privativas de la libertad personal son la prisión y el arresto. Se eliminó la de presidio porque sólo fundaba su diferencia con las actualmente existentes en la duración y la clase de delitos a los que era aplicable. Hoy por hoy, la corriente universal es ir eliminando las penas privativas de la libertad para entrar en un capítulo que se ha dado en llamar "*Alternativas modernas a las penas privativas de la libertad*" <sup>(20)</sup>. Las demás son penas restrictivas o limitativas o suspensivas de derechos, libertades o facultades que una persona tiene o goza previamente a la imposición mediante sentencia judicial.

El concepto de la pena se adscribe por regla general de conformidad con la escuela jurídico-penal con la cual se matricule el doctrinante o la óptica jurídica, social o política con que se mire o finalmente la concepción y clase de Estado que impone penas. Nosotros a los efectos de esta investigación conceptuaremos dentro de éste último aspecto, no sin antes ver cuál es la concepción en España.

Por ejemplo, para el ibérico BUSTOS R., la pena es

"...históricamente la pena no es sino autoconstatación ideológica del Estado, no es pues neutral como es neutral el Estado. Mediante la pena el Estado demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos, señala que el sistema por él elegido sigue vigente.... Ahora bien, de lo que es la pena no pueden surgir fines (ya que como tal se basta a sí misma), sino sólo funciones, que vienen a ser a su vez la fuente de su legitimación (su génesis). Así en otras épocas, del Estado absoluto, la autoconstatación cumplía la función de la justicia divina en la tierra, en cuanto el soberano era el representante de Dios, ésta era su legitimación y además su fuente de origen. Pero en un estado social y democrático de derecho, que se sienta sobre la realidad social (y no sobre una metafísica), la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social, que en el campo penal implica la protección de los bienes jurídicos, que ha fijado en definitiva de las relaciones sociales concretas que ha determinado. El Estado democrático se autoconstata en su propio sistema, luego en el conjunto de bienes jurídicos que lo integran, la protección de los bienes es la fuente de su legitimación (y además génesis de la constatación)...

Pero hay un segundo nivel en la pena, tanto o más importante que el primero (el autor se refiere a lo que es la pena), el de su imposición. Las penas están para imponerse y ello sólo es posible mediante un proceso de concretización en un individuo. La pena implica pues siempre un proceso de imposición en un individuo. Ahora bien, a diferencia de lo que es, por ser una cuestión práctica, de manejo instrumental, requiere necesariamente de un fin, de otro modo no tendría sentido. Pero en un estado social y democrático, en que todos los hombres han de ser iguales en su consideración y dignidad, ningún hombre puede ser medio en relación a otros hombres o a un objeto (bien social, utilidad pública, orden social, que por los demás siempre implica considerar a otros individuos --grupo, mayoría, minoría, fuhrer, etc--, en definitiva nuevamente medio en relación a otros hombres). Luego la finalidad de la pena no puede ir más allá del propio individuo dentro de una sociedad democrática, esto es, aumentar su capacidad de liberación, de participación, resolución de sus conflictos sociales. Así supera el utilitarismo de las posiciones preventivas. Luego la pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición una actividad positiva, ofrecer alternativas al sujeto para superar los conflictos sociales, dentro de lo cual es delito sólo es un conflicto agudo; alternativas en que todos han de tener la posibilidad de participar, tampoco pueden tener, por tanto, un carácter absoluto, han de profundizarse democráticamente. *El problema del delito y del sujeto responsable (delincuente) surge así como esencialmente político*, en que todo el Estado, en

## ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

su conjunto, es corresponsable, ya que de partida él fija el delito (al fijar los bienes jurídicos) y, por tanto, ha de establecer las condiciones necesarias para que ello no sea un conflicto insuperable para el sujeto. Todo delito en ese sentido implica también un fallo en dichas condiciones. De ahí que la pena en su imposición implique siempre una actividad positiva del Estado en su conjunto, lo que implica necesariamente una progresiva y mayor democratización del Estado..." <sup>(21)</sup>.

El concepto de pena en el derecho ibérico hunde sus raíces en la consideración del ser humano y su comportamiento individual en sociedad, en los conflictos sociales (incluido dentro de ellos el delito) y sus probabilidades de solución en el seno de la comunidad, no como únicas y excluyentes sino teniendo en cuenta la concretización, individualización y legalización de las mismas y en la capacidad del Estado para asimilar esos conflictos e imponer penas a un trasgresor de las leyes penales que está contextualizado en la comunidad y que altera la convivencia de la misma.

Las penas privativas de la libertad en el derecho hispano son:

*"La reclusión, prisión y arresto"* subdivididas en mayores y menores (Antes de la reforma penal de 1983, existía además el presidio). La diferencia entre ellas reside en la duración y en las penas accesorias que llevan aparejadas. Sin embargo, hoy en día se propugna por una pena privativa de la libertad única: la de prisión, y el arresto de fin de semana. Se estima que no hay fundamento suficiente para mantener la división de aquellas penas, pues la sola idea retributiva de la pena no se compadece cuando la misma constitución española sostiene que la pena debe cada día ir en el camino de la humanización y orientada a la reeducación y reinserción social (artículo 25-2 Constitución de España), como base de la resocialización y no en el mero carácter crematístico o indemnizatorio que el causante del daño o infractor de la ley penal pueda brindar a la víctima, sus representantes o damnificados.

En el Derecho Colombiano, a partir de la Constitución de 1991, vivimos bajo el imperio de un Estado Social de Derecho que tiene como fines principales el bienestar de la comunidad, la garantía de los deberes y derechos fundamentales, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Así mismo las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2, constitucional).

Estamos ante el surgimiento de un Estado aprendiz de planificador pero aplicador al extremo de las políticas socio-económicas mundiales, el librecambismo, las leyes de la demanda y la oferta como prioridades del mercado, la apertura de fronteras y libre inversión y mercado de capitales nacionales y extranjeros. Los capitales extranjeros marcan y ponen hitos en las estrategias, mecanismos y procedimientos internos de toda índole incluidas las eminentemente políticas.

A la par de las políticas "neoliberales" que rondan a nuestro Estado (y que cada día reviven el criterio retributivo de la pena más que ninguno otro), sobreviene una ola universalista sobre la incorporación de todos los textos normativos internacionales que relacionan los derechos humanos a las legislaciones internas de cada Estado. Textos principalmente referidos a la definición, clasificación, implantación, preservación, control y defensa de los derechos humanos de las tres generaciones (Los Humanos o fundamentales, los sociales, cívicos, políticos y económicos y los culturales y del medio ambiente).

La Constitución del 91, no se aparta de ese movimiento universal e incluye un vasto catálogo de derechos en favor de la persona (en su sentido tangible e intangible), la familia (el niño, la mujer, "la tercera edad" y el hombre) el grupo social, laboral, político y cívico. Pero por si fuera poco, se

**¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**

establece que la relación de los derechos fundamentales no se agota en la propia constitución sino que se consideran como tales los que se hallen previstos en Convenios o Tratados Internacionales (artículo 93, constitucional), bien sea que los haya ratificado el Estado Colombiano mediante ley (fuente formal directa) o los haya asimilado mediante el sistema de fuentes formales del derecho indirectas.

Esta cláusula abierta de derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Colombiano se debe integrar e interpretar dentro de la escala de fuentes formales indirectas del derecho como parte integrantes de los llamados "principios generales o universales del derecho", pues se aplicaría aquellas normas internacionales, no ratificadas e incorporadas al derecho interno mediante ley ( Ley aprobatoria de tratados públicos), como un criterio fijado en el derecho internacional no incorporado a la legislación interna, o lo que es lo mismo un principio general del derecho que incide en la decisión judicial, administrativa, fiscal o disciplinaria, según fuere el ámbito de aplicación. Si la norma internacional ya se incorpora al derecho nativo, simplemente se tiene como fuente formal principal en el caso concreto; es decir, como ley.

De otra parte, nuestra Constitución refiriéndose a las penas en particular expresa: Quedan proscritas las penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 12 id), las penas de destierro, confiscación y prisión perpetua (artículo 34 id.). La desaparición forzada, torturas ni malos tratos no se consideran ni formas institucionalizadas de juicios de reproche social, ni penas ni sanciones administrativas o disciplinarias en el Ordenamiento Jurídico colombiano, igualmente se prohíben como mecanismos de sanción: la servidumbre, la esclavitud y trata de seres humanos (artículo 17 id).

Las penas en vigencia de la Constitución del 91, se enmarcan dentro de un Estado Colombiano cuyo régimen es el social y de derecho; una política económica de introducción neoliberal y una ola universal de incorporación de derechos humanos generacionales en la Carta Política.

La Doctrina (Luis Carlos Pérez, Arrubla Molina, Sandoval Huertas, etc) y legislación penal (Códigos Penales y últimamente los estatutos penitenciarios) colombiana han regado mucha tinta sobre las finalidades de la pena (retributiva, preventiva, protectora y resocializadora, según el artículo 12 del C.P., y artículo 10 de la Ley 65/95). No tratamos en éste momento abundar sobre la teorización de las mismas, sin embargo sí queremos evidenciar una de las funciones que son piedra angular de nuestro trabajo: la finalidad resocializadora de la pena.

El profesor GOMEZ REMOLINA <sup>(22)</sup>, en su programa de cátedra antes citado, coloca a la función resocializadora como una especie de la "prevención especial positiva" (reminiscencia de la escuela positiva del derecho penal en su fase inicial).

BUSTOS R <sup>(23)</sup>, al referirse a la determinación de la pena explica que ésta está ligada íntimamente a varios criterios; entre ellos, el "criterio preventivo-especial". Dentro de éste criterio están la resocialización, tratamiento o reeducación, con no pocas críticas e incluso doctrinas que hablan de su crisis, sin embargo,

" no hay duda que si la pena persigue en su imposición aumentar la capacidad de libertad del sujeto, se da alguna relación con el contenido tradicional de la prevención especial. Es decir, si se trata de presentar al sujeto alternativas para el desarrollo de su personalidad, sean 'socializados' o no, la pena ha de estar dirigida a una mayor humanización y en ese sentido adecuarse a las características particulares de cada sujeto..."

La resistencia a la función resocializadora de la pena surgió paradójicamente desde los mismos orígenes en las famosas "Casas de trabajo" de Amsterdam (s. XVI a XVIII), casas holandesas públicas y privadas <sup>(24)</sup> o en las "Work's House" (House of Correction o cárceles de custodia) inglesas, donde laboraban inicialmente las clases marginales (vagos, prostitutas, ancianos, etc) y

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

luego los delincuentes para trabajar al propietario o empresario o al mismo Estado y con ello conseguir rebaja, sustitución o casi eliminación de penas, así como también salarios de libre tasación del empresario o el Estado, pero al menos servía para comprar la libertad o ahorrar en el encierro. El trabajo que no descartaba horas de estudio o recogimiento religioso. Se criticaba que a través del trabajo y estudio se consiga la resocialización pues éste era en cierta forma obligatorio en las labores de extracción de polvo de madera para tintes y con horarios rígidos (8 horas diarias inicialmente hasta quedar en 4) y de otra parte, el beneficio económico de éste trabajo coercitivo iba a parar a manos del propietario de la casa de trabajo (aunque lo hacía en una especie de concesión con el Estado) o al mismo Estado a través de sus organismos controladores y evaluadores de ese trabajo. Se conseguía --decía-- una mano de obra barata, a bajo costo y con una rentabilidad asegurada y fructífera.

Sin embargo, esta forma de trabajo y estudio en las "casas de trabajo" para la época representaba un gran avance dentro del camino de la humanización de las penas, pues atrás se dejaban las penas inhumanas: tormentos, penas de galeras, penas de muerte o cualquier otra forma de pena corporal. La disciplina observada en las casas de trabajo se oponía a la ociosidad, a la improductividad, a la degeneración física e intelectual del habitante de esos lugares. Pero además, la disciplina aparejaba un beneficio personal y directo para el interno de esas casas: la redención de la pena con su propio esfuerzo que constituye un primer momento en el camino de la resocialización como veremos más adelante.

Por estas razones se probaba desde aquella época y hoy tras el análisis retrospectivo de esa praxis que arrojó resultados con sus pro y sus contra (visión pragmática de la sanción que incluso tuvo su permanencia por más de dos siglos). El dogma teórico de los beneficios o perjuicio de la pena quedaba así superado por la pragmática de los aplicadores (Estado y los particulares. Estos últimos mediante la concesión, duramente criticada por los marxistas por que generaba la explotación y plusvalía de la fuerza de trabajo desfavorecida). Pero en todo caso el sistema superaba en creces a los anteriores sistemas de penas corporales, pues conllevaba sino la resocialización plena al menos el camino ascendente en la humanización de la pena era evidente al implantar penas no corporales (privativas de la libertad) que podían morigerarse tras el buen comportamiento, disminuirse e incluso eliminarse con el recogimiento, estudio y sobre todo el fruto del trabajo en las famosas "Work's house" inglesas como holandesas. Veremos más adelante cómo en Colombia, las "Casas de Estudio", siguen siendo centros de reeducación y reinserción social de los menores infractores, según el Estatuto de Menores.

Al final del próximo capítulo dedicaremos un aparte para retomar el punto referido al binomino "cárcel-fábrica" (Melossi y Pavarini) y las concepciones foucaultianas sobre el fenómeno panoptial y disciplinante en el que se debía constituir las cárceles para redimir al interno, pero aplicados a la "cárcel judicial de Pasto" pues consideramos que apenas esta pasando por esta etapa de transición a la resocialización vigente en el s. XVIII en Europa, como veremos.

Investigaciones recientes como las relaciona BUSTOS R [\(25\)](#),

"han venido a demostrar que la pena privativa de la libertad no puede ser resocializadora (Bergalli), ya que destruye la personalidad del sujeto, los llamados efectos de 'prisonalización' y de 'desprisonalización' que tiene la cárcel, ya por el hecho de ser una institución total (Goffmann), en el cual el sujeto pierde su identidad y pasa a ser un número dentro de la institución y además, ello mismo lleva a la llamada **subcultura carcelaria** (Irvin, Wolfgang-Ferracuti) que aumenta la conciencia violenta o delictiva del sujeto". Sin embargo, debemos entender en España como en Colombia, que a pesar de las críticas realizadas por Bergalli y Goffmann, nuestras constituciones y el resto del Ordenamiento Jurídico prevén una fase más avanzada de la humanización de la pena dada en Holanda e Inglaterra en el siglo XIX, que hoy bien podemos llamar "resocializante". En efecto, en España el artículo 25 numeral 2 de la Constitución expresamente dice que las "penas privativas de la libertad y las medidas de



¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales..., a excepción de los que se vean expresamente limitados por el fallo...".

En Colombia, la cadena de artículos previstos en el Título II, Cap. I, de la Constitución del 91, referido a las penas (incluye las medidas de seguridad y aseguramiento tácitamente) y a quienes son sujetos de ellas, amplifican el contenido y contexto de la constitución española sobre el carácter resocializante de la pena con una diferencia esencial, cual es que en nuestro derecho constitucional, el constituyente del 91 no escatimó esfuerzo para ser puntual en los derechos y deberes de todo ciudadano, en general y del infractor del Ordenamiento Jurídico, en particular. Uno de esos derechos-deberes aplicables a unos y otros es "el estudio (programático) de la Constitución y la instrucción cívica" (artículo 41, constitucional), como una pedagogía generalizante en el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana y del pueblo en general en los mecanismos de conformación, ejercicio y control del poder público (artículo 40 id.), tales como el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato (artículo 103 id) e incluso en la participación de la justicia alternativa, no formal de los jueces de paz, tal como lo demostramos recientemente en otro trabajo nuestro [\(26\)](#) , siempre y cuando no estén limitados, restringidos o suspendidos por el Ordenamiento Jurídico o una decisión judicial y aún así en forma exceptiva.

Quizá se dirá que "¡ no se puede educar para la libertad, si se esta privado de ella! " (la Continua problemática). Sin embargo, estamos en la obligación de demostrar que no se puede reducir este planteamiento a una sola frase y que hacerlo resulta abiertamente contradictorio con los fines que persigue la criminología actualmente: no es suficiente criticar por criticar, ni replantear por replantear, hay que pasar de la dogmática a la pragmática de propuestas, sugerencias o ensayos, así parezcan éstas descabelladas. En efecto, todos estamos comprometidos en una constante solución a las innumerables problemáticas planteadas. Sí todos: El Estado, los particulares, Las Autoridades Ejecutivas y Jurisdiccionales Penitenciarias Colombianas: Los Directores de Establecimientos Carcelarios y Penitenciarios y demás funcionarios estatales, los "jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad" y sobre todo, nosotros los investigadores docentes y criminólogos que debemos plantear, argumentar y defender posturas diferentes, prospectivas y sugerentes o aún en contravía de las tradicionales o mayoritarias.

Nos preguntamos entonces, cómo pueden deducir una conclusión aparentemente generalizada de que no existe mecanismos de reeducación resocializantes para aquéllos privados de la libertad sí no se ha intentado aún hacerlo estructurada, planificada y en búsqueda de objetivos claros y precisos con programas educativos como el de la pedagogía de la Constitución e Instrucción Cívica, considerándolos como medidas alternativas a la pena o medidas de seguridad e incluso de aseguramiento?

En el documento electrónico denominado *El Sistema de tratamiento carcelario y penitenciario O.N.U., como fundamento de la resocialización y/o resocialización en el derecho colombiano*, planteamos a manera de ensayo los elementos dogmáticos y pragmáticos de esta propuesta basados en la argumentación teórica del que llamamos Sistema Penitenciario O.N.U., su conjunción con el derecho penitenciario colombiano y sobre todo en un trabajo práctico realizado en la "Cárcel Judicial de Pasto", a finales de 1994.

Pero hay más aún, el propio BUSTOS R. [\(27\)](#) , reconoce que en España la resocialización perseguida por la pena debe entenderse en la búsqueda incesante de "soluciones alternativas frente a la pena privativa de la libertad y del máximo de humanización de ellas", con lo cual reconoce en

## ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

nuestro sentir, que el fin resocializador de la pena no es volver a incluir al presuntamente excluido a la sociedad o comunidad a un sujeto que ha ingresado o permanecido privado de la libertad provisional o temporalmente en un establecimiento o centro de reclusión (que parece ser el "iceberg" de los problemáticos), ni menos presentar a un hombre transformado en esencia y aún cuerpo (dirían los seguidores occidentales de la división dual del ser humano: cuerpo y alma-espíritu) después de un tratamiento penitenciario a la manera de una máquina maravillosa transformadora de vidas, cuerpos y mentes, que no existe ni genera la misma sociedad que los produce o donde están los considerados "incluidos", sino que se persigue brindar nuevos elementos o perspectivas alternativas a la propia pena con todos sus factores negativos o aflictivos o incluso retributivos que ésta conlleva.

No es tampoco una reeducación para ser buen detenido ni condenado ni internado (si se trata de menores) ni mejorar una calidad de ciudadanos que ni los considerados incluidos muchos veces la tienen (v.gr. solidaridad social?. Base del actual Estado social de derecho), sino ser una persona más que se autoreconoce y reconoce a los demás en justicia y equidad, se reeduca para convivir en la sociedad o comunidad que tiene que garantizar el Estado y fortalecer todos nosotros: sus propios integrantes, sin discriminación alguna menos entre "incluidos o excluidos" .

No olvidemos que el Estado como persona jurídica de derecho público internacional siempre tendrá una soberanía como sinónimo de estado hacia dentro, un poder estatal: una organización, una jerarquía y unas autoridades; un factor humano: los habitantes y ciudadanos con sus derechos, deberes y cargas que cumplir, hacer respetar y propender por su defensa; en fin, una estructura social, jurídica, económica, cultural y política que todos debemos observar y potenciar si queremos seguir siendo comunidad nacional e internacional. En tal virtud, se pretende que tanto "incluidos o excluidos" de la sociedad (en términos no afortunados de Alessandro Baratta <sup>(28)</sup>), interioricen, de una parte; las normas de convivencia social, de solidaridad social, de educación, reeducación y compenetración social y de otra, la punibilidad, las penas y sobre todo las formas alternativas a éstas, entre las cuales está ésta nuestra propuesta investigativa que pretende estar en el camino de la maximización y humanización de la pena, contando siempre con el constante y ascendente reconocimiento a los derechos fundamentales de la persona y la familia y los sociales, cívicos, políticos y del medio ambiente de la comunidad y en uno y otro casos, tanto de los que tiene el infractor del Ordenamiento Jurídico Vigente como la víctima, sus familiares y los damnificados.

Pero por si fueran escasos estos argumentos digamos que la legislación penal y penitenciaria colombianas vigentes siguen creyendo que existe un fin resocializador de la pena no simplemente dogmático. En efecto, así lo estipulan expresamente los artículos 12 y 10 de los códigos penal y penitenciario respectivamente. Esta posición legislativa se la ha considerado retórica por quienes contraargumentan esta finalidad resocializante de la pena, pero lo que no pueden explicar aquellos es por qué los legisladores nacionales como extranjeros (el caso de España) siguen previendo dicha finalidad como alcanzable a pesar de los contradictores doctrinales. Inicialmente quizá puedan tener razón estos contradictores en Colombia hasta tanto no se reglamente el artículo 41 de la Constitución para los mal llamados "excluidos de la sociedad", (ni siquiera "desviados", como prefiere el profesor PEREZ PINZON) que mejor será denominarlos personas que quebrantan el Ordenamiento Jurídico vigente que garantiza la convivencia humana. Un aspecto importante de dicha reglamentación lo constituyen los programas educativos penitenciarios o extra-penitenciarios de la pedagogía de la Constitución y la Instrucción Cívica.

La Doctrina colombiana, por su parte al referirse a la resocialización de la pena ha sostenido que ésta "...tiene por objeto combatir las causas individuales de la criminalidad con el fin de que el reo se readapte a la vida social y comunitaria" <sup>(29)</sup> . Esta consideración plantea la finalidad de ese fin resocializante de la pena pero no indica cómo ha de lograrse y con qué procedimientos y mecanismos por parte del Estado, los particulares y las autoridades penitenciarias ha de conseguirse. Sin embargo, es bueno destacar que la alguna parte de la doctrina colombiana reconoce esta finalidad.

## ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

En la jurisprudencia, existe un reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional <sup>(30)</sup>, que aunque no es prototípica de lo que encierra el contexto de la resocialización de la pena, al menos reconoce su existencia y la obligatoriedad del Estado a procurarla por todos los medios. Se ha sostenido

que:

"La pena entonces, en el ordenamiento colombiano, es esencialmente temporal, lo mismo que sus efectos jurídicos. Consiste en la aplicación temporal y forzada de un régimen personal, definido por el juez de la causa dentro de los parámetros legales, en el que se limita o suspende el ejercicio de algunos derechos fundamentales (libertad, locomoción, reunión, participación, etc.), se recorta, por razón de la limitación o suspensión de esos derechos, el ejercicio de otros que los suponen (libertad de conciencia, de opinión, derecho de petición, etc) y se estimula el ejercicio controlado de otros (especialmente, los de educación y el trabajo).

Luego de la aplicación al delincuente del régimen jurídico personal fijado en la sentencia, por tanto tiempo como se defina en cada caso, pero sin sobrepasar los máximos señalados en la Constitución y la ley, se supone que la persona ha sido reeducada para la vida en *comunidad o, al menos, se puede afirmar que cumplió con las cargas que legítimamente tasó y le impuso el juez competente y, sea que su resocialización (o resocialización como preferimos) se haya logrado o no, el poder punitivo del Estado se agotó para con esa persona y por los hechos que sirvieron de sustento a la condena. Así la persona tiene, entonces, derecho a reincorporarse a la vida comunitaria en igualdad de derechos con los demás*".

Veremos en el documento electrónico: *El Sistema de tratamiento carcelario y penitenciario O.N.U., como fundamento de la resocialización y/o resocialización en el derecho colombiano*, que si bien la pena supone la limitación, suspensión o restricción de algunos derechos fundamentales, no es del todo cierto que la limitación o recorte sea tan ampliamente enunciativa como lo pretende demostrar el Honorable Miembro de la Corte Constitucional Colombiana, pues ante todo por encima de la consideración misma de la pena en el derecho penal en el régimen constitucional colombiano los derechos y deberes del investigado, procesado y condenado son de índole positiva y por excepción nugatorios, restrictivos o limitativos. La regla es el derecho-deber constitucional, la excepción la limitación provisional o temporada.

### **2.3.3.1.3. TRATAMIENTO "PENITENCIARIO" SOCIO-TERAPEUTICO O REHABILITADOR PARA INIMPUTABLES.**

EL Inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental, según el artículo 31 del Código Penal Colombiano.

Los menores de edad (18 años) se consideran inimputables pero con un régimen y jurisdicción especial, según el artículo 34 del C.P. y el Dec-Ley 2737 de 1989, artículos 28 y 165.

La responsabilidad penal de los inimputables "se concreta en las medidas de seguridad y obedece a los presupuestos legales de la tipicidad y de la antijuridicidad. Bien puede decirse que es el último bastión, en asuntos penales, de la llamada responsabilidad material u objetiva...", según lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Sala Plena de Junio 8 de 1989.

A los inimputables se les aplica "medidas de seguridad", salvo que éstos sufrieren "trastorno mental transitorio", cuando el agente no quede con perturbaciones mentales, lo cual no es obvia a la responsabilidad civil que pudiere inferirse de su actuación (artículo 33 C.P., mod. Ley 43/82, artículo 1).

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

Las Medidas de seguridad para inimputables son:

- a) La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
- b) La internación en casa de estudio o de trabajo, y
- c) La libertad vigilada.

Sobre estas medidas de seguridad cabe hacer las siguientes aclaraciones: 1) Que éstas no son aplicables a los menores de 18 años; y, 2) Que existe una diferencia entre medida de seguridad y pena.

Sobre lo primero, digamos que a los menores les son aplicables medidas provisionales (cautelativas como las vistas en el aparte 2.3.3.1.1.) como definitivas, unas y otras son similares lo que cambia es el momento procesal de imposición y si se hace al iniciar un procedimiento (son temporales o precautelativas) o cuando éste culmina (son definitivas y por el tiempo denotado en la decisión judicial, pues no puede haber medidas perpetuas, vitalicias o irredimibles, como sostuvo el Tribunal de Medellín en Sentencia de Octubre 19/83).

Las definitivas, se aplicarán cuando se haya "establecido plenamente la infracción" (artículo 204 del Dec-Ley 2737/89) cometida por el menor y el juez competente en consecuencia buscará que se "*cumplan en el medio familiar o dentro de la jurisdicción a la cual pertenece el menor y con carácter eminentemente pedagógico y de protección*".

Estas medidas son: 1) Amonestación al menor, y a las personas de quienes dependa, 2) Imposición de reglas de conducta, 3) Libertad asistida, 4) Ubicación institucional; y, 5) "cualquiera otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor".

La cuatro primeras medidas cautelares son nominadas y la quinta es innominada, pero ambas son de tipo personal y se cumple bajo la vigilancia del Juez y el Instituto de Bienestar Familiar, con la participación de la Familia.

Sobre el segundo aspecto, es decir la diferencia entre pena y medida de seguridad, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, Sentencia de febrero 14 de 1988, lo siguiente:

"Resulta ilustrativo recordar que la Comisión redactora del Código Penal, hizo una distinción entre PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD, y excluyó a las segundas del título de la punibilidad 'con el fin --se lee en la exposición de motivos-- de hacer énfasis en que éstas, las medidas de seguridad, *no tienen carácter punitivo*, sino que se imponen como medidas de protección para el inimputable y la sociedad', pues a diferencia de la imputabilidad que es la capacidad y el requisito de la sanción, la inimputabilidad es el presupuesto de las medidas de seguridad, como lo pregona la doctrina penal".

El hecho punible cometido por un imputable se concreta en una conducta típica, antijurídica y culpable (la responsabilidad penal es subjetiva o culpabilista), en cambio con el hecho punible realizado por el inimputable surge una conducta típica y antijurídica (la responsabilidad es objetiva y peligrósista).

Esto que parece más un silogismo de responsabilidad penal conlleva a dejar un interrogatorio de posible inconstitucionalidad en cuanto al régimen jurídico penal actualmente vigente en Colombia. En efecto, si estamos en vigencia del régimen culpabilista con responsabilidad subjetiva este debe adecuarse a la Constitución del 91 que lo avala, pero no puede existir un régimen dual (que no es exceptivo para inimputables), pues el régimen de responsabilidad objetivo de inimputables resulta contrario a los presupuestos de la Carta Política, que estructura y sostiene un régimen culpabilista y que derogó expresamente el régimen de responsabilidad objetiva al punto de proscribirlo. Este apunte

es suficiente para corroborar los términos del CUERVO PONTON, --citado en el punto 2.3.3.1.2.-- respecto de la eliminación de "despenalización (total) de las conductas cometidas por inimputables".

A efectos de nuestro tema y objetivo investigativo nos interesa destacar que la rehabilitación es la finalidad de las medidas de seguridad para los inimputables en general. En cambio, la resocialización con todas sus implicaciones como se vio en el aparte anterior (2.3.3.1.2.) le es aplicable a los inimputables que no padezcan enfermedad mental (artículo 96 del C.P.) y a los menores de edad que no sufran "deficiencias psíquica" (Dec-ley 2737/89. En efecto, a unos y a otros se les aplica medidas de seguridad de internación en establecimientos públicos o privados especiales donde se imparte terapias grupales o actividades educativas o laborales.

### **3. EL JUEZ DE EJECUCION Y VIGILANCIA DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Y ASEGURAMIENTO.**

Al iniciar hicimos las precisiones sobre el "juez de ejecución de penas y medidas de seguridad", creado en el Estatuto Penitenciario Colombiano (la Ley 65 de 1993) y ratificado y parcialmente reglamentado en el C.P.P., vigente. Aquí adicionamos y concretamos algunas observaciones y sugerencias para el eficaz funcionamiento y revisión de la institución, a saber:

a) Es un funcionario jurisdiccional con funciones eminentemente administrativas por hallarse dentro del proceso de criminalización en la fase administrativa de la pena. En virtud de ello, se requerirá que el profesional no sólo sea un versado en derecho penal, sino penitenciario (de naturaleza administrativa como hemos sostenido) y público (especialmente constitucional).

b) Las normas que le han dado sustento lo facultan para vigilar el cumplimiento y ejecución de penas y medidas de seguridad, pero estimamos que también debe extenderse a las medidas de aseguramiento, pues aunque éstas son medidas precautelativas tienen el claro sabor a limitantes, restrictoras o suspensorias de la libertad, facultad o derecho de un ser humano y, por tanto de competencia de estos funcionarios excepcionales, aunque se predique a partir de allí que la fase administrativa de las cautelas comienza a partir de encontrarse ejecutoriada la medida cautelar para que no estemos en la fase judicial de la medida, es decir, cuando se impone o está en suspenso un recurso judicial.

c) Que por la índole de labores a desarrollar, el Juez de vigilancia, cumplimiento y ejecución de penas, medidas de seguridad y aseguramiento, no puede ser sólo un funcionario de escritorio sino de visitas y controles permanentes en los centros o establecimientos carcelarios o penitenciarios.

d) Este juez especial por sus funciones esencialmente administrativas que escasamente judiciales, constituye una rueda suelta en la estructura jurisdiccional colombiana. Más aún el "Juez de Vigilancia" existente en la legislación penitenciaria española, que es el antecedente más próximo de nuestro juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, a pesar de llevar el nombre de juez, su naturaleza jurídica no está del todo clara. En efecto,

"La experiencia obtenida desde su entrada en vigor pone de relieve la necesidad de efectuar una nueva distribución de las referidas competencias para conseguir un acercamiento de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria a los establecimientos sobre cuyos reclusos han de recaer sus funciones, una adecuación de la distribución a las características geográficas, medios de comunicación y promedio del número de internos existentes en cada centro y una mejor atención al servicio, al evitar la incidencia que la referida labor tiene en la función jurisdiccional en algunos órganos que la desempeñan y para los que supone una sobrecarga en el índice de actividad, que genera no pocas dificultades". <sup>(31)</sup>

e) La fase administrativa del proceso de criminalización como de la pena la cumple por un funcionario

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

judicial (Juez de Penas) y funcionarios administrativos (Autoridades Carcelarias y Penitenciarias). Sería más conveniente ampliar las funciones administrativas a funcionarios administrativos para que cumplan las labores actualmente asignadas a éstos "jueces", o desjudicializar el cargo del Juez de Penas para que lo cumpla un Cuerpo Colegiado Administrativo (altamente especializado no sólo en materias jurídicas, sino sociológicas, y sobre todo pedagógicas) de vigilancia, cumplimiento y control de penas, medidas de seguridad y aseguramiento en cada Distrito Judicial actualmente existe en Colombia.

En este último aspecto para que se administre, vigile y controle todos los programas de educación y reeducación, base del tratamiento penitenciario o carcelario resocializador e implantados en los Centros o Establecimientos Penitenciarios o Carcelarios especiales u ordinarios, en especial el previsto en el artículo 41 de la Constitución Política de 1991, para imputables e inimputables (excluidos por obvias razones sólo los que padecen enfermedades mentales).

- 
- (1) GOMEZ REMOLINA, Germán E. **Programa de Criminología**. Mecanografiado, UDENAR, Univ. Nacional, Pasto, 1995, pág.1. [Regresar](#)
  - (2) BUSTOS RAMIREZ, Juan. **MANUAL DE DERECHO PENAL ESPAÑOL**. Parte General. Ed. Ariel, S.A., Barcelona (Esp), 1984, pág. 455. [Regresar](#)
  - (3) RESTREPO FONTALVO, Jorge. **CRIMINOLOGIA**. Un Enfoque Humanístico. Ed. Forum Pacis, Bogotá, 1993, pág. 325 a 331. [Regresar](#)
  - (4) BUSTOS RAMIREZ, Juan. **MANUAL DE DERECHO PENAL ESPAÑOL**. Parte General, Ed. Ariel, Barcelona (Esp.),1984,p.455. [Regresar](#)
  - (5) Ob.ut supra cit., pág. 455. [Regresar](#)
  - (6) Así lo sostuvo un grupo de criminólogos en el "Informe General sobre la Enseñanza de la Criminología" en certamen realizado por la UNESCO en Londres, en el Bedford College, el 11 de Septiembre de 1955. "La enseñanza de la penología se relaciona con tres fuentes diferentes de orden sociológico, jurídico y administrativo". Vid. AA.VV. **LAS CIENCIAS SOCIALES EN LA ENSEÑANZA SUPERIOR**. CRIMINOLOGIA. Traducida por DE LINERA, Antonio Alvarez, colaborador del Consejo Superior de Investigaciones científicas. UNESCO. Madrid (Esp.),1961,pág.37y 38. [Regresar](#)
  - (7) y (8) RAMIREZ BUSTOS, Juan. Ob.ut supra cit., pág. 455. [Regresar](#)
  - (9) VALLEJO CALDERON, Harold. **Contribución a la Penología Colombiana**. Tesis de Grado, Udenar, 1986, pág.85. [Regresar](#)
  - (10) MARTINEZ RAVE, Guillermo. **PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO**. Ed. Temis, Bogotá, 1975, pág. 492. [Regresar](#)
  - (11) Ob. ut supra cit., pág. 455. [Regresar](#)
  - (12) CUERVO PONTON, Luis E. **CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**. Comentado Ministerio de Justicia, Escuela Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, D.C., 1993, p.399-400. [Regresar](#)
  - (13) Ob.ut supra cit., págs. 339 a 402. [Regresar](#)
  - (14) Ob.ut supra cit., págs. 339 a 402. [Regresar](#)
  - (15) ACEVEDO BLANCO, R. **MANUAL DE DERECHO PENAL**. Ed. Temis, Bogotá, 1983, pág. 70. [Regresar](#)
  - (16),(17) Ob. ut supra cit., pág. 400 a 401. [Regresar](#)
  - (18) MIER OSEJO,Edgar et all. **CRIMINOLOGIA: ANALISIS DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 42 DE LA LEY 65 DE 1993**. mecanografiado, UDENAR, Pasto, 1995, pág. 7. [Regresar](#)
  - (19) CUERVO PONTON, L., Ob. ut supra cit., pág.408. [Regresar](#)
  - (20) Carlos Elbert, investigador de la Universidad de Colonia (Alemania), con éste título ha realizado un análisis comparativo y metódico con los sistemas alternativos a las penas existentes en el ámbito foráneo y nacional que bien nos sirve aquí, al menos con fines

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

referenciales. Estas son: **a) Prisión abierta** (s.XIX, Suiza), convivencia entre guardianes e internos en labores agrícolas. En Colombia se implantó en 1975; **b) Arresto de fin de semana** (en la reclusión) y semilibertad (se trabaja fuera). se aplicó en Alemania en 1953; **c) La Probation**, comprobada la responsabilidad del investigado el juzgador se abstiene de decidir sobre la pena mientras el inculcado cumpla ciertas condiciones; **d) La parole**, es el otorgamiento de la libertad, tras el cumplimiento de parte de la pena. Casi igual a lo que ocurre en Colombia con la "libertad condicional"; **e) Perdón Judicial**, existente en Austria y Alemania desde 1975. En Colombia desapareció como subrogado penal; **f) La inimpunibilidad**, aplicable a delitos considerados insignificantes y cuya pena pase de un año. En este caso se suspende el proceso; **g) La diversión**, aplicada a personas menores exigiéndoles que se sometan a programas de apoyo comunitario, consejos, discusiones en grupo, estudio y discusión de textos y análisis de películas. Se aplica en USA y Canadá desde 1974. Esto evita la etiquetación y la estigmatización. La legislación Especial Colombiana para menores establece un contenido similar al norteamericano entre las "medidas" provisionales como definitivas la "imposición de reglas de conducta", a la que nos hemos ya referido; y **h) Medidas de control social y comunitario, aplicado en países de régimen socialista**. El proceso de resocialización no es judicial sino realizado por los mismos compañeros de trabajo, estudio o comunidad vecinal, desarrollando el sentido de la responsabilidad frente a la comunidad. Más adelante plantearemos como medida alternativa de la pena **los programas pedagógicos de la Constitución y la Instrucción Cívica** en Colombia. [Regresar](#)

- (21) RAMIREZ BUSTOS, J. Ob. ut supra cit., págs.40 y 41. [Regresar](#)
- (22) GOMEZ R. Germán. Ob. ut supra cit., pág. 1. [Regresar](#)
- (23) BUSTOS R., J. Ob. ut supra cit., págs. 443 y 444. [Regresar](#)
- (24) MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. **CARCEL Y FABRICA**. s. XXI. Ed. Torres, 1a ed., en español, México, 1980, p. 31. [Regresar](#)
- (25) Ob. ut supra cit., p. 439. [Regresar](#)
- (26) RIASCOS GOMEZ, Libardo. **JUSTICIA ALTERNATIVA Y EFECTIVA: LOS JUECES DE PAZ**. Mecanografiado, UDENAR, Pasto, 1995, pág.1 y ss. [Regresar](#)
- (27) Ob.cit. p.439. [Regresar](#)
- (28) BARATTA, Alessandro. **CRIMINOLOGIA CRITICA**. Ed. Siglo XXI, Bogotá, 1986, pág. 196 [Regresar](#)
- (29) RUIZ, Servio Tulio. TEORIA DEL HECHO PUNIBLE. Ed. El Profesional, 2a ed., Bogotá, 1980, pág. 45. [Regresar](#)
- (30) GONZALES C., Federico. **COMPILACION JURISPRUDENCIA DE TUTELA**. Sent. T-218/94, Mayo 3. Actor Jesús A. Táquez C.versus Juzgado Unico Especializado de Pasto. Ed.Señal, Bogotá, 1995, págs. 86 y ss. [Regresar](#)
- (31) A.A.V.V. **LEY PENITENCIARIA**. Ed. Tecnos, Edición preparada por CARLOS GARCIA VALDES, Prof. de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid (Esp.), 1985, págs. 104-105.

---

Actualización: Pasto, Abril 2008

---