UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Tendencias político-criminales y privación de la libertad. Estudio sobre los criterios objetivos y subjetivos de la detención preventiva.

Antonio José Pinzón Laverde

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho
Bogotá, Colombia

2014

Tendencias político-criminales y privación de la libertad. Estudio sobre los criterios objetivos y subjetivos de la detención preventiva.

Antonio José Pinzón Laverde

Trabajo Final de Maestría presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magíster en Derecho.

Director:
PhD © Omar Huertas Díaz.

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho
Bogotá, Colombia

2014

Agradecimientos

Especial agradecimiento a la Universidad Nacional de Colombia y su Facultad de Derecho, así como a mis compañeras, compañeros y docentes de quienes he aprendido que el estudio, crítica y ejercicio del Derecho pueden tener algún sentido si se ponen en función del ser humano. Particular agradecimiento a Adriana Romero, Ricardo Cita, Diana Carrillo y el profesor Omar Huertas, quienes me han acompañado en el desarrollo de mis intereses y actividades alrededor del Derecho Penal, la Criminología y la Investigación en el ámbito de la Universidad.

De igual manera, agradezco a mi familia, mis amigos y compañeros por su contribución o acompañamiento en el desarrollo de mis estudios de Maestría.

Resumen

Desde su propio origen las Medidas de Aseguramiento privativas de la Libertad en Establecimiento Carcelario han sido una institución problemática y que encuentra tensiones con las garantías establecidas dentro del debido proceso, fundamentalmente la presunción de inocencia. En el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es el colombiano, es necesario que estas medidas se hagan coherentes con el ordenamiento jurídico a través de mecanismos de racionalización de la Política Criminal que estén acordes con las exigencias de los Derechos Humanos y las lecturas concretas de la realidad carcelaria y penitenciaria que se han hecho en el país. Por último, en el documento se han incorporado algunas consideraciones de análisis teórico que se consideran pertinentes donde se inserta la Sociología del Castigo como Marco Teórico de Análisis sobre la institución.

Palabras clave: Detención Preventiva; Política Criminal; Libertad de la persona; Procedimiento Penal; Presunción de Inocencia; Prisiones y Derechos Humanos; Sociología del Castigo.

Abstract

Since its origins, the Liberty privative assurance measures in jail have been a problematic institution which finds tensions with the due process stablished garantees, basically the pressumption of innocence. In the context of a Social and Democratic State of rule of Law like colombian is, it is necessary that these measures are made in tune with de juridic system through mechanisms of racionalization of the Criminal Policy which are in comformity with the challenges of Human Rights and the specific analysis of the jail and penitientiary reality that have been made in this country. Finally, some considerations of theoretical analysis which are consitered relevants where it is introduced Punishment Sociology as a theoretical framework, have been introduced in this work.

Keywords: Preventiva Detention; Criminal Policy; Person liberty; Criminal Proceedings; Pressumption of Innocence; Prisons and Human Rights; Punishment Sociology

Contenido **Pág.**

Resumen **4**

Lista de gráficos **8**

Introducción **9**

1. Capítulo I. Las Medidas de Aseguramiento Privativas de la Libertad en Establecimiento Carcelario: un Abordaje Dogmático. 12

1.1 Introducción 12

1.2. Las Medidas de Aseguramiento como institución del Procedimiento Penal 13

1.3. Límites Constitucionales a las Medidas de Aseguramiento 22

1.3.1. El Principio de Libertad como Límite al Encarcelamiento 27

1.4. Conclusiones 29

2. Capítulo II. La situación de Derechos Humanos en el Sistema de Prisiones Colombiano: una Constante Situación de Negación de Derechos para Sindicados y Condenados. 30

2.1 Introducción. 30

2.2 Caracterización de la Población privada de la Libertad en Colombia 31

2.3 Derechos Específicos de la Población Procesada 41

2.3.1 Separación entre Sindicados y Condenados 41

2.3.2. Detención preventiva y Presunción de Inocencia 47

2.4. Situación de Prisiones y Derechos Humanos 52

2.5. Conclusiones 58

3. Capítulo III. Política Criminal y Política Carcelaria y Penitenciaria. Una aproximación conceptual y a la realidad colombiana. 59

3.1. Introducción. 59

3.2. Noción de Política Criminal 60

3.2.1. La Política Criminal en el Campo de las Políticas Públicas 62

3.2.2. La Política Criminal en el Marco de una Democracia Constitucional 66

3.2.3. Límites Constitucionales y política Criminal en Colombia 70

3.3. La Política Criminal en Colombia tras la expedición de la Constitución de 1991 75

3.3.1. Contornos generales de la Política Criminal en Colombia 76

3.3.2. Política Penitenciaria en Colombia: la Política Pública de Ampliación de Cupos y el Desatinado Énfasis en lo Cuantitativo 79

3.4. Conclusiones 85

4. Capítulo IV. La Sociología del Castigo como referente de Análisis Teórico Frente al Encarcelamiento. 87

4.1. Introducción 87

4.2. El Castigo y los Valores Sociales 90

4.3. La Prisión y el Mercado de Trabajo 94

4.4. El Nacimiento y Consolidación de la Prisión como Estrategia-Reflejo del Poder 100

4.5. Transformaciones en los Discursos y Prácticas Alrededor de la Prisión en la Sociedad Contemporánea 106

4.6. La Privación de la Libertad y los Mecanismos de Socialización: una Crítica a la Idea de Resocialización desde la Sociología de la Prisión 110

4.7. Conclusiones 114

5. Conclusiones Generales 115

6. Bibliografía 119

Lista de Gráficos

Pág.

Gráfica 1: **Encarcelamiento por 100.000 habitantes en distintos países**. 31

Gráfica 2: **Hacinamiento Colombia 1993-2013**. 33

Gráfica 3: **Relación histórica Capacidad -Población. 1990-2014.**.....33

Gráfica 4: **Situación Jurídica de la Población Reclusa. Enero-Junio 2014.**.....34

Gráfica 5: **Hacinamiento en Colombia por regionales – Junio 2014.**.....36

Gráfica 6: **Relación Detenidos-Condenados por cada 100.000 habitantes**. 39

Gráfica 7: **Relación Imputaciones – Medidas - Detenciones**. 40

Introducción

El trabajo que se presenta en seguida es el resultado de una investigación que parte de una perspectiva crítica desde varios niveles de análisis alrededor de una institución del procedimiento penal que ha sido objeto de controversias por parte de procesalistas, criminólogos y estudiosos del Derecho Penal, así como ha sufrido un viraje –aceptado e impulsado por algunos, y desconocido o rechazado por otros- con las tendencias del constitucionalismo de finales del Siglo XX e inicios del XXI: La medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

Dado el carácter poco exigente, vago y flexible de la regulación normativa que se ha dado a esta institución, particularmente en el ámbito de la ley 906 de 2004 y sus posteriores reformas, que no obstante los esfuerzos de la Corte Constitucional, en la realidad deja un importante margen de discrecionalidad a los funcionarios judiciales, el uso de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en establecimiento carcelario se encuentra en una relación de tensión entre al menos dos discursos subyacentes o implícitos. Por una parte, se trata de una lectura del procedimiento penal *garantista* que, retomando las posiciones más radicales del liberalismo para comprender al Estado Democrático y de Derecho, y algunas nociones relacionadas con la propuesta del Estado Social, aboga por la reducción e incluso supresión de las medidas de detención preventiva por considerarse que, en la realidad de nuestro país y sistema penal (y de otros en el mundo), se trata de una forma de pena anticipada, sin juicio e injusta. Por otra parte, se encuentra la supuesta necesidad de un Sistema Penal eficiente, que parte de una noción de *seguridad ciudadana* equiparable a *seguridad del Estado* absolutamente abstracta y peligrosista, y que en ese sentido tiene como pretensión la extracción del cuerpo social y neutralización de los –presuntos- delincuentes a través del encierro y el encarcelamiento masivo, como consecuencia de una serie de percepciones sociales construidas sobre el delito y la *delincuencia.* Lo anterior indica que para abordar con integridad el problema y entenderlo más allá de las disposiciones jurídicas es necesario abordar otros asuntos que inciden en su desarrollo y servir como referentes explicativos -no causales- del mismo.

Es en ese contexto que la pregunta de investigación a partir de la cual se plantean los temas a abordar consiste en ¿cómo resolver las tensiones de diversas tendencias de política criminal presentes en legisladores (creadores de normas) y operadores judiciales (aplicadores de normas) que se pueden rastrear en la prescripción y aplicación de normas relativas a la detención preventiva en favor de un Sistema Penal más cercano al contexto normativo Constitucionalizado y las realidades sociales y situaciones del sistema de prisiones colombiano?

Para realizar el ejercicio crítico desde varios niveles de análisis, este documento se divide en cuatro grandes secciones o capítulos.

En el primero de ellos, se hace un desarrollo dogmático y jurisprudencial de carácter fundamentalmente descriptivo, pero sin dejar de lado una posición crítica desde los derechos y principios constitucionales, en que se presenta la institución tal como funciona y se define a partir de la promulgación de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, tomando en consideración las reformas que a los principales artículos involucrados en la detención preventiva se han realizado, y las posiciones que ha asumido la Corte Constitucional ante las tendencias expansionistas que se han ido dando en la legislación. En suma, se hace un trabajo de análisis crítico *interno al sistema jurídico* desde las garantías establecidas en normas de superior jerarquía directamente relacionadas con la institución y la privación de la libertad.

Posteriormente, el capítulo II presenta un análisis desde otras disposiciones consideradas como garantías fundamentales de la persona procesada como lo son la presunción de inocencia, como norma de prueba y de tratamiento al imputado, el derecho de defensa que se plasma durante el proceso en el principio de *igualdad de armas* y la separación entre sindicados y condenados en el confinamiento carcelario. Adicional a lo anterior, se presenta una referencia a la situación de Derechos Humanos y caracterización demográfica de la población privada de la libertad en Colombia, y se abordan algunos aspectos fundamentales de las condiciones de vida y de reclusión que padecen estas personas, con el objetivo de proponer un segundo nivel de análisis basado en la realidad penitenciaria y carcelaria y las

contradicciones que se presentan entre aquélla, las funciones declaradas de la privación de la libertad y los derechos de las personas privadas de la libertad como seres humanos, sin importar si han sido o no condenadas. Se trataría de un análisis jurídico basado en normas y datos sociales que inciden indirectamente como pautas de valoración de la institución jurídica.

El Capítulo III aborda el tema de la Política Criminal en Colombia, dado que se considera fundamental ubicar los desarrollos normativos e institucionales de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario dentro de alguna(s) tendencia(s) político criminal, así como introducir algunas nociones básicas que permitan realizar dicho análisis. Con ese rumbo, en el capítulo se desarrolla una noción de Política Criminal donde se intenta ubicarla dentro del ámbito de las políticas públicas con el objetivo de demandar de ella cierta racionalidad, así como se plantean algunas nociones de Política Criminal dentro de los nuevos discursos constitucionalistas del *garantismo* y se abordan algunos lineamientos que desde el máximo tribunal constitucional colombiano se han dado alrededor de la misma. Posteriormente, para un ejercicio crítico de contraste con la realidad, y tomando para el caso particular de las medidas de aseguramiento la evolución normativa presentada en el capítulo 1, se abordan los principales rasgos de desarrollo de la política criminal y penitenciaria en Colombia, dado que ambos marcos inciden necesariamente en las tendencias de la institución.

Para concluir con este trabajo, se presenta un ejercicio de análisis teórico externo al discurso jurídico fundamentalmente de carácter político-sociológico desde diversas propuestas teóricas que han buscado ubicar el objeto del castigo, el papel de la prisión en la sociedad moderna e identificar algunos de sus rasgos partiendo de variados marcos teóricos y nos permiten una comprensión de la prisión como *institución social* que desborda las funciones declaradas de la privación de la libertad como medida sancionatoria o procesal abordando sus *funciones latentes*.

Capítulo I

Las Medidas de Aseguramiento Privativas de la Libertad en Establecimiento Carcelario: un Abordaje Dogmático.

1. Introducción.

Siguiendo a Sastre Ariza (2006), en este capítulo se parte del supuesto de que el método de estudio de la dogmática jurídica no se limita a la mera descripción y descomposición de las normas jurídicas, sino que al mismo corresponde, también, un papel *de crítica interna* del propio sistema jurídico, esto es, un análisis crítico de las instituciones y disposiciones normativas específicas en los niveles inferiores del ordenamiento jurídico a la luz de los postulados de las normas de mayor jerarquía, que para el caso colombiano son la Constitución Política y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. En ese sentido, el estudio dogmático que se propone no es aséptico sino que es también valorativo.

En este capítulo se presentarán algunos desarrollo de dogmática y jurisprudencia que dan lugar a un primer acercamiento a la comprensión de la manera en que operan las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, pasando, en primer lugar, por la presentación de las principales normas relevantes en el nivel legal, y las reformas que han sufrido con el transcurrir de los años a partir de la expedición de la ley 906 de 2004 (fundamentalmente a través de las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011), así como los pronunciamientos más importantes de la Corte Constitucional en la materia, y algunas críticas que desde la doctrina han presentado Aponte Cardona (2006) y Londoño (2009)[1].

Posteriormente, se hará la reconstrucción de algunos criterios interpretativos restrictivos que ha desarrollado la Corte Constitucional en relación con este tipo de medidas, así como se hará referencia a la libertad como un límite concreto tomando como referente la jurisprudencia.

[1] Sobre otras críticas que se han venido haciendo a estas reformas y los impactos que han podido tener recientemente en el incremento de la población privada de la libertad y el hacinamiento, véase el capítulo 2.

2. Las medidas de aseguramiento como institución del procedimiento penal

En esta sección se presentarán algunos desarrollos de dogmática y jurisprudencia que dan lugar a un primer acercamiento a la comprensión de la manera en que operan las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, particularmente la detención preventiva.

Las medidas de aseguramiento son una medida cautelar que, en el marco del Proceso Penal Oral y Acusatorio[2], debe ser solicitada por el fiscal o que también pueden ser iniciativa de la víctima[3], y cuya decisión corresponde al juez de control de garantías en audiencia donde debe encontrarse presente el defensor del procesado[4], y se pueden imponer con posterioridad a la formulación de imputación. Tienen por objeto establecer alguna restricción a la persona imputada de la comisión de alguna conducta delictiva con antelación a su condena para asegurar los fines del procedimiento (Fernández León: 2005, pp. 94 y ss.). En palabras de la Corte Constitucional: "Las medidas de aseguramiento hacen parte de las denominadas medidas cautelares, es decir, de aquellas disposiciones que por petición de parte o de oficio, dispone la autoridad judicial sobre bienes o personas, cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica

[2] El fundamento constitucional que genéricamente se toma como referente es el nuevo artículo 250 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 que da entrada al Sistema Penal Oral Acusatorio de la Ley 906 de 2004. Así, la Corte Constitucional ha sostenido que "El artículo 250 de la Constitución (modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 3º de 20102) que consagra las funciones de la Fiscalía General de la Nación, dentro del numeral 1° especifica que al ente investigador le corresponde solicitar al juez de control de garantías la adopción de las medidas necesarias (privativas de la libertad o de otros derechos y libertades) que aseguren la **comparecencia de los imputados al proceso**, la conservación de los elementos materiales y la evidencia física, al igual que la protección de la comunidad y especialmente de las víctimas" (Corte Constitucional, 2013, p. 19; negrillas en el original).

[3] En la sentencia C-209 del 2007, la Corte Constitucional declara la exequibilidad condicionada del artículo original contenido en la Ley 906 de 2004 en el entendido de que la víctima también puede acudir al juez de control de garantías para solicitar que se imponga la medida de aseguramiento (Corte Constitucional, 2007-b). Posteriormente, la modificación al artículo 306 realizada por la Ley 1453 de 2011 introduce de manera explícita en su inciso 4 la posibilidad de que la víctima o su representante tengan el impulso procesal de la medida: "La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal". De igual manera, como se señalará más adelante, la Corte ha indicado que el derecho de defensa también debe ser ejercido en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento (Corte Constitucional, 2005 – d). La reforma que hace la Ley 1453 del artículo mantiene prácticamente la misma disposición original introduciendo la participación de la víctima en esta parte del proceso.

[4] Tanto el texto original del artículo 306 como el modificado por la ley 1453 estipulan que "La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia".

y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial" (Corte Constitucional: 2001-a). En una decisión reciente, la Corte sostiene que "acorde con los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales reseñados, las medidas de aseguramiento tienen un carácter **preventivo**, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación **cautelar**, eminentemente **excepcional**, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más **no punitivo**[5], esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia (…) desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva" (Corte Constitucional, 2013, p. 26).

Existen medidas de aseguramiento privativas y no privativas de la libertad contempladas en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, y entre las privativas de la libertad se encuentran la detención preventiva en establecimiento de reclusión y la detención preventiva en residencia[6].

El artículo 308 de la ley 906 de 2004 establece como requisitos generales para imponer medida de aseguramiento el que a partir de los elementos materiales probatorios y evidencia física recolectados y obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que la persona sea autora o partícipe de la conducta que se le imputa y que, además, se cumpla alguno de los siguientes requisitos: que la medida sea necesaria para evitar que la persona obstruya el ejercicio de la justicia, que sea peligrosa para la sociedad o para la víctima o que sea probable que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia[7].

[5] Para una discusión profunda desde la sociología del castigo sobre el carácter punitivo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, véase el capítulo 4.

[6] El artículo 307 del Código de Procedimiento Penal establece nueve formas de medidas de aseguramiento, de entre las cuales solamente dos corresponden a privación de la libertad. Sería interesante una investigación de campo acerca del uso que se da a las demás medidas prescritas en la ley.

[7] Sobre la probabilidad de que la persona no cumpla la sentencia, en sentencia C-695 de 2013, la Corte Constitucional examinó una demanda en contra de este aparte de la norma, para cuya resolución acude al *test de proporionalidad* en el cual establece que con la medida se persigue una *finalidad constitucionalmente legítima*, la cual es garantizar el cumplimiento de la sentencia condenatoria como ejercicio del *ius puniendi* y la justicia como derecho de las víctimas y la sociedad; además, se considera que la *medida es idónea para alcanzar el objetivo propuesto* en tanto que históricamente ha sido utilizada y ha funcionado para garantizar que, en caso de haber sentencia condenatoria, el procesado la cumpla; por último, en relación con la *proporcionalidad en estricto sentido*, esto es, la viabilidad de la restricción de un

Los artículos 309 a 312 del CPP establecen de manera específica los requisitos para que se pueda considerar que la persona obstruirá la justicia[8] (art. 309), representa un peligro para la comunidad (art. 310), un peligro para la víctima[9] (art. 311) o hay peligro de no comparecencia (art. 312).

El artículo 310, sobre el peligro que el procesado puede representar para la comunidad ha sufrido varias modificaciones, la primera de ellas a través de la Ley 1142 de 2007, y la segunda a través de la Ley 1453 de 2014, ampliándose cada vez más la posibilidad de imposición de la medida. En el texto original se estipulaba que *además* de la gravedad del hecho y la pena imponible, *debían* tenerse en cuenta varias circunstancias (continuación en actividades delictivas o probable vinculación con organizaciones delincuenciales; número de delitos imputados y su naturaleza; el hecho de estar procesado o disfrutando de un sustitutivo por delito doloso o preterinetencional; la existencia de sentencias vigentes por delito doloso o preterinetncional). Acerca del contenido del artículo original, vale la pena señalar que en gran parte corresponden a criterios en todo caso vagos y que dan lugar a interpretaciones peligrosistas si por lo menos no se acompañan de un análisis integral sobre la proporcionalidad específica y el sustento probatorio de la imposición de la medida; así mismo, vale la pena resaltar que en el texto original estos criterios eran de consulta

---

derecho en un caso concreto, la Corte reitera que los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia no son absolutos, es decir, pueden reducirse parcialmente y no se ven violentados por este tipo de medidas en tanto que se restrinjan de manera excepcional y dentro de los parámetros normativos de la Constitución (pp. 27 y ss.). "En síntesis, la Corte encuentra proporcional que el legislador haya establecido como uno de los parámetros para garantizar el cumplimiento de las sentencias, en aras de materializar el derecho a la justicia (de las víctimas y de la sociedad), permitir la imposición de medidas de aseguramiento cuando razonablemente se pueda inferir que el presunto responsable no cumplirá la sentencia, pues se trata de una medida excepcional, de carácter eminentemente preventivo, más no sancionatorio" (p. 31), por lo que declara exequible tal expresión.

[8] La norma establece que se entenderá que hay probabilidad de obstrucción de la justicia "cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación". Esta norma no ha sufrido modificaciones ni ha dado lugar a pronunciamientos por parte de la Corte.

[9] De acuerdo con esta disposición, se considera que "la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes". Esta norma tampoco ha sufrido modificaciones ni ha sido objeto de pronunciamientos.

obligatoria en las consideraciones sobre la medida. La reforma de la Ley 1142 de 2007 mantiene los mismos cuatro requisitos adicionales enunciados pero modifica el conector de los criterios de valoración: de acuerdo con la nueva expresión "*será suficiente* la gravedad y modalidad de la punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez *podrá* valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias (…)". Como se observa, consultar estos requisitos adicionales ya no es indispensable[10].

Por último, la ley 1453 de 2011 toma en consideración el que se tengan en cuenta "los fines constitucionales de la detención preventiva" como se señaló en la Sentencia C-1198 de 2008, y deja el resto del enunciado general del artículo y los 4 requisitos adicionales prácticamente iguales, incorporando otros cuatro nuevos: que se hayan utilizado armas de fuego o armas blancas; que se hayan utilizado medios motorizados, excepto en accidentes de tránsito; cuando el punible sea por abuso sexual en menor de 14 años; cuando la persona pertenezca a un grupo de delincuencia organizada. Es evidente que la norma referida amplía los supuestos en que es dable considerar a la persona como un peligro para la comunidad, particularmente en circunstancias que se han vuelto comunes a la delincuencia de alta incidencia en las ciudades de Colombia: los robos con motos y el uso de armas blancas o de fuego en atracos; en ese sentido, un efecto previsible de la reforma es un incremento importante en la imposición de medidas de aseguramiento por prácticamente cualquier hurto[11]. La expresión del numeral 3 que se refiere a "estar acusado o encontrarse sometido a alguna medida de aseguramiento" es declarada inexequible mediante sentencia C-121 de 2012 (Corte Constitucional, 2012-a). En ese pronunciamiento, la Corte encuentra incompatible tal disposición con el principio constitucional de presunción de inocencia: "Es evidente que el imputado o acusado que se encuentre cobijado por una medida de aseguramiento o por una formulación de acusación, está amparado por el principio de

[10] En sentencia C-1198 de 2008, la Corte declara condicionalmente exequible la expresión aquí transcrita en el entendido de que además de la modalidad y la gravedad de la conducta punible, el juez debe tener en cuenta que se cumpla con los fines constitucionales de la detención preventiva, es decir, no obliga a tomar en consideración los requisitos enumerados, con lo que se amplía la posibilidad de que se imponga la medida (Corte Constitucional, 2008 – a).

[11] En ese sentido, Bernal y La Rota (2013) sostienen que el hurto es un delito para el que prácticamente opera de manera automática la detención preventiva; igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) ha señalado que es el delito con mayor impacto en la población detenida preventivamente en Colombia. Al respecto, véase el numeral 2 del capítulo 2.

presunción de inocencia, por lo que resulta contrario al artículo 29 superior equiparar, como lo hace el inciso 3º del artículo 310 del C.P.P., estas situaciones procesales en las que aún no se ha desvirtuado la presunción de inocencia, con otros institutos como los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, que presuponen la existencia de una condena" (pp. 70-71).

Con el artículo 312 ocurrió algo similar que con el 310: en la norma original de la Ley 906 se estipuló que para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado *además* de la modalidad y gravedad del hecho se *tendrían* en cuenta tres variables[12]: la falta de arraigo de la persona, la gravedad del daño y la actitud del imputado frente al mismo, y su comportamiento en el proceso en curso u otros anteriores que permitan inferir razonablemente su reticencia ante el mismo. Por su parte, la reforma de la Ley 1142 de 2007 invirtió el orden de los conectores generando especial énfasis en la modalidad y gravedad del hecho, y la norma quedó así: "se *tendrá* en cuenta, *en especial*, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, *además* de los siguientes factores" (subrayado propio). Sobre esta norma es pertinente hacer varios comentarios. En primer lugar, el requisito del numeral 1 permite que personas habitantes de la calle o sin arraigo familiar o social sean prácticamente objeto automático de la medida de detención preventiva, lo que implica cierta selectividad de la medida. Lo segundo, es que con la reforma de la Ley 1142 se hace *especial* énfasis en las vagas e imprecisas expresiones de la "gravedad y modalidad de la conducta", las cuales resultan poco determinadas y que dan lugar a la discrecionalidad de los funcionarios y/o a ser llenadas de acuerdo con los delitos de moda en los medios de comunicación[13]. Por último, en relación con la expresión *en especial* introducida por la ley 1142, ésta fue declarada inexequible por la Corte Constitucional debido a que de acuerdo ésta la modalidad y gravedad de la conducta serían

[12] Textualmente, la norma dice: "1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. 2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este. 3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena".

[13] Sobre la injerencia de los medios de comunicación y las presiones en las decisiones de servidores judiciales, véanse Pasará (2013) y Bernal y La rota (2013).

los únicos factores a tener en cuenta o serían preponderantes para determinar la no comparecencia del imputado, cuando los criterios adicionales estipulados en la norma son indispensables para determinar la necesidad de la medida (Corte Constitucional, 2008 –a).

Ahora bien, el artículo 313 del Código original exige que, además de los requisitos exigidos por el artículo 308 y lo especificado en los artículos 309-312, para que haya lugar a la detención preventiva, hace falta que se cumpla alguno de estos requisitos: que se trate de un delito de competencia de juez de circuito especializado[14], que sea un delito investigable de oficio –no querellable- cuya pena sea superior a cuatro años, o que se trate de un delito contra los Derechos de Autor que supere la cuantía de 150 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (Fernández León: 2005, pp. 94 y ss.). Por su parte, la Ley 1142 de 2007 adicionó un cuarto requisito no concurrente: "Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente". En este caso, se introduce una variable relacionada con los antecedentes de la persona procesada como elemento a tener en cuenta para la imposición de la medida. Podría decirse que si se toma esta norma de manera aislada, se estudia al caso en relación con lo que la persona "es" y no con lo concreto del proceso en curso. La ley 1453 de 2011 amplía el término de los antecedentes a tres años. En relación con este numeral adicionado, en Sentencia C-425 de 2008 es examinado a la luz de una demanda que plantea que "la norma acusada, que a juicio [del demandante] contiene una regla ambigua y general porque exige tener en cuenta incluso capturas ilegales, vulnera la presunción de inocencia del capturado porque el hecho de que hubiese sido objeto de otra captura anterior no lo hace responsable del hecho investigado, pese a lo cual la ley lo trata como si hubiere sido condenado penalmente. En el mismo sentido, el Instituto de Derecho Procesal coincide con los demandantes en sostener que esa norma vulnera la Constitución por cuanto limita beneficios y condiciones favorables al imputado por circunstancias ajenas al acto que se imputa. Además, dijo que esa norma contradice lo afirmado por la Corte en sentencia C-774 de 2001, según la cual no es posible imponer medidas generales,

[14] El artículo 35 de la Ley 906 de 2004 establece los delitos de competencia de Jueces del Circuito Especializados.

automáticas e indiscriminadas de privación de la libertad". La Corte reitera que la medida de detención debe estar clara y precisamente justificada por el juez, teniendo en cuenta criterios de necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad, y que en ejercicio de la *libertad de configuración* legislativa no se han excedido los límites constitucionales, dado que no se opone a la presunción de inocencia siempre que no operen de manera automática y estén mediados por una valoración del juez (Corte Constitucional, 2008 –b).

La dificultad que se encuentra a partir de esta definición legal es que la mayoría de los delitos que se encuentran en el Código Penal tienen prevista una pena superior a cuatro años[15], y los criterios establecidos por el artículo 308, así como sus desarrollos en los 309 a 312 son vagos y podrían dar lugar –y de hecho lo dan- a interpretaciones judiciales discrecionales e incluso arbitrarias que ponen en entredicho la supremacía del principio de libertad y la presunción de inocencia como imperativos constitucionales en el Estado colombiano.

A partir de estas limitaciones normativas, y tomando en consideración el hecho de que la fuente primigenia de las medidas de aseguramiento es el modificado artículo 250 de la Constitución, que en su numeral primero establece entre las competencias de la Fiscalía General de la Nación "asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere el caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito", y en su numeral cuarto le asigna la función de "velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso", algunos tratadistas del derecho procesal han intentado establecer limitaciones de orden constitucional a la aplicación de esta medida, teniendo en cuenta el nivel de afectación que tiene sobre los derechos fundamentales, así como desarrollos de la jurisprudencia, de manera que solamente se aplique de manera excepcional y no sea la regla como suele

[15] Con más razón, si se tiene en cuenta el incremento general de penas dispuesto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de acuerdo con el cual "Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley".

ocurrir: "la solicitud, discusión y decisión de la medida de aseguramiento procesal, discierne como si se tratara de un procedimiento ordinario, normal y general de la práctica jurisdiccional, sin que en rigor obedezca a una situación excepcional, entendiendo que las medidas precautelativas de la libertad hacen indispensable una discusión desde la norma fundamental y no desde la óptica de la estricta legalidad que regula la institución en el Código de Procedimiento Penal" (Londoño, 2009, p. 35).

Tanto Aponte Cardona (2006) como Londoño (2009) reivindican el uso del principio de proporcionalidad o test de proporcionalidad como una valoración fáctica y jurídica que permita determinar la necesidad de la medida en cada caso concreto, y se muestran críticos ante el hecho de que se imponga medida de aseguramiento privativa de la libertad siempre que la legislación procesal lo permite, dejando de lado el sentido teleológico de la institución, a saber, proteger a la comunidad o a las víctimas del peligro que pueda comportar la persona, garantizar que comparezca al proceso o evitar que altere los elementos de prueba, pues en esos casos habría una situación de antijuridicidad superior a la que se causa con la simple privación de la libertad de la persona imputada[16].Muchos de los criterios que se supone el juez debe tener en cuenta al momento de imponer alguna de las medidas de aseguramiento, además de la gravedad y modalidad de la conducta, tienen que ver con situaciones objetivas o propias de la persona que reversan el procedimiento penal a un derecho penal de responsabilidad objetiva y de actor[17]. La anterior idea puede reforzarse si se tiene en cuenta que la tendencia de las reformas introducidas por las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011 es a ampliar la posibilidad de imposición de la medida, como se señaló *in extenso* en las páginas precedentes.

De la misma manera, desde una perspectiva de sociología jurídica, Aponte Cardona y Londoño realizan una aguda crítica a la forma en que jueces y fiscales por regla general

[16] Londoño (2009) explica los motivos que le permiten asegurar que en ciertos casos excepcionales el daño puede ser inferior si se impone la medida de aseguramiento a si no se impone.

[17] Al respecto, Londoño señala que varios de estos criterios se preguntan por el origen social del actor, sus antecedentes penales y contienen conceptos ambiguos que dan lugar a diversas interpretaciones y aplicaciones por parte de los funcionarios judiciales.

solicitan e imponen las medidas de aseguramiento[18] basados en suposiciones abstractas e imaginarias sin ningún sustento fáctico ni mucho menos un debate probatorio serio. Normalmente la discusión no versa acerca de la necesidad de la medida para garantizar alguno de los objetivos que el orden jurídico ha previsto para ellas, sino que se limita a establecer un nivel de probabilidad de culpabilidad del imputado, como si la medida de aseguramiento fuera un pequeño juicio de responsabilidad: "Es así el discurso jurídico de la medida de aseguramiento lábil y reiterativo, pensándose que la inferencia razonable surge de meros juicios hipotéticos y potenciales discernidos con una justificación especulativa, [correspondiente a] imaginables peligros para la sociedad, la víctima, el proceso y otros bienes del Estado, evaluados solamente bajo el plano del discurso normativo que no probatorio" (Londoño, 2009, p. 144).

Se resalta el hecho de que por "la gravedad" de una conducta se considera que debe proceder la detención preventiva, y esa gravedad atiende a una percepción del delito y de las conductas que generan mayor daño e impacto social y a prejuicios con respecto de los sectores de donde provienen quienes las cometen, esto es, a la selectividad del sistema penal. Si bien la Constitución y la ley proponen una serie de limitaciones para la imposición de estas medidas, lo cierto es que suelen aplicarse de manera indiscriminada y respondiendo más a prejuicios y percepciones generalizadas sobre el delito que a situaciones fácticas objetivas que permitan determinar que se cumplirá con la finalidad de la medida y que es necesario aplicarla. Al respecto, Aponte señala que "en los más disímiles casos, desde hurtos, hasta toda clase de delitos como aquellos situados en el contexto de la llamada "piratería", en todos los frentes, la fiscalía argumenta la noción de peligro" (Aponte Cardona, 2006, p.112).

[18] Si bien ambos autores utilizan afirmaciones como "la mayoría de jueces" o "la mayoría de fiscales", parecen no sostener sus afirmaciones en estudios cuantitativos ni cualitativos que de manera contundente den cuenta de tendencias en las decisiones y solicitudes de las autoridades judiciales al respecto. Bernal y Larrota (2013) sostienen, a partir de un estudio *cuantitativo*, que la detención en establecimiento carcelario no es la generalidad, sin embargo, afirman que mediante este estudio es imposible conocer la calidad de las medidas y su adecuación a los estándares constitucionales. Al respecto, véase el capítulo 2.

3. Límites Constitucionales a las medidas de aseguramiento

Adicional a los límites presentados en el desarrollo específico de las normas, la Corte Constitucional ha establecido algunos criterios interpretativos para esta institución del derecho procesal penal a partir de las garantías de la Carta:

- En sentencia de Constitucionalidad 774 del año 2001, plantea que la institución de la detención preventiva (así se denominaba en la legislación anterior, pero las implicaciones constitucionales se mantienen) no se opone al principio de presunción de inocencia ni al principio de libertad, pues, por una parte, estas medidas no son sancionatorias sino de aseguramiento y, por otra, tienen un carácter excepcional, lo que implica que no se oponen al principio de libertad. Esto quiere decir que ésta solo debe proceder en las condiciones establecidas por la ley y de manera excepcional cuando sea necesario conforme a dichas estipulaciones, estableciendo como límites para la imposición de tales medidas los criterios de *razonabilidad* y *proporcionalidad*: "no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que requiere, además, y con ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma" (Corte Constitucional: 2001-a). En sentencia C – 695 de 2013, la Corte reitera esta posición al declarar la exequibilidad de la expresión del artículo 308 del CPP en que se señala como causal de imposición de medida de aseguramiento la posibilidad de que la persona no cumpla con la sentencia al sostener que la medida de aseguramiento debe ser siempre excepcional y "no pueden convertirse en un mecanismo indiscriminado, general y automático" (p. 31).

- Las valoraciones a que da lugar el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal son competencia exclusiva del Juez de Control de Garantías; al fiscal sólo le corresponde verificar que se cumplan las condiciones objetivas exigidas por la ley en el artículo 313, en virtud del artículo 250 de la Constitución (Corte Constitucional: 2005 - a). En este punto se hace referencia al *principio de estricta*

jurisdiccionalidad, donde corresponde al Juez autónomo y ya no al fiscal tomar la decisión sobre la medida, como ocurría en el sistema inquisitivo de la Ley 600.

- La valoración de elementos de conocimiento en las audiencias de imposición de medida de aseguramiento está sujeta al principio de contradicción de la prueba, y no puede tener ninguna relevancia en la valoración probatoria al momento de determinar la responsabilidad del imputado. El objeto del análisis de estos elementos de conocimiento es que sea posible contradecir y que el Juez de Control de Garantías decida fundadamente sobre la procedencia de la imposición de medida de aseguramiento (Corte Constitucional: 2005 - d).

- La detención preventiva en establecimiento carcelario no es la única medida de aseguramiento y solo debe acudirse a ella cuando con base en el criterio de necesidad se encuentre pertinente. En caso de madres cabeza de familia, no tiene mucho sentido que éstas solo puedan pedir que se sustituya la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario por la detención domiciliaria en los casos en que el hijo es menor de doce años, cuando la protección prevalente de los menores de edad va hasta los dieciocho años, motivo por el cual suprime la expresión "de doce años" que limita esta posibilidad (Corte Constitucional: 2007). Este criterio resultaba pertinente en el marco normativo anterior a la Ley 1142 de 2007, que reformuló lo referente a la sustitución de la medida para madres cabeza de familia suprimiendo la expresión "de doce años".

- En relación con la sustitución de la medida de aseguramiento y la prohibición expresa introducida por el artículo 27 de la ley 1142 de 2007 de sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión de manera automática para ciertos delitos[19], la Corte sostiene que a pesar de que la

[19] El parágrafo introducido por la ley 1142 de 2007 es el siguiente: "PARÁGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, Tráfico de migrantes (C.P. artículo 188); Acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C.P. artículo 210); Violencia intrafamiliar (C.P. artículo 229); Hurto calificado (C.P. artículo 240); Hurto agravado (C.P. artículo 241,

imposición y regulación de las medidas de detención preventiva corresponden a la libertad de configuración legislativa y la definición de política criminal del Estado, "no se trata de una potestad absoluta sino que ella encuentra su límite en los fines constitucionales y en los derechos fundamentales, y debe estar guiada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Los criterios puramente objetivos resultan insuficientes para justificar la razonabilidad de la prohibición de una medida sustitutiva a la privación de la libertad en establecimiento carcelario" (Corte Constitucional. 2008-c, p. 21). En primer término, la Corte sostiene que esta prohibición no contraviene el carácter excepcional de la medida de aseguramiento en tanto que solamente reduce el ámbito de discrecionalidad del juez al momento de revisar la posible *sustitución* de la medida, y no su imposición[20]. Por otra parte, en relación con las prescripciones relativas a la protección reforzada de ciertos sujetos o de terceros dispuestas en los numerales 2-5 del artículo 314 (madre o padre cabeza de familia, personas de edad avanzada, mujer embarazada, o persona que padezca una grave enfermedad), la Corte sostiene que esta posibilidad tenía por objeto garantizar condiciones dignas a ciertos sujetos de especial protección que se encuentren en curso de un proceso penal. Además, sostiene que esta prescripción no

---

numerales 7, 8, 11, 12 y 15); Estafa agravada (C.P. artículo 247); Uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C.P. artículo 291); Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concurra con el delito de concierto para delinquir (C.P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P. artículo 366); Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C.P. artículo 367); Peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C.P. artículo 397); Concusión (C.P. artículo 404): Cohecho propio (C.P. artículo 405): Cohecho impropio (C.P. artículo 406); Cohecho por dar u ofrecer (C.P. artículo 407); Receptación repetida, continua (C.P. artículo 447, incisos 1o y 3o); Receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C.P. artículo 447, inciso 2o)".

[20] En palabras de la Corte: "no puede sostenerse de manera categórica que en todos los eventos previstos en el parágrafo acusado, la única alternativa sea la privación de la libertad en establecimiento carcelario, puesto que aún en las hipótesis en que procede en abstracto (Art. 313 C.P.P.) la medida de aseguramiento de detención preventiva, puede ocurrir que luego del juicio de necesidad, el juez considere que, atendidas las circunstancias del caso concreto, la medida no cumpliría ninguno de los fines que constitucional y legalmente se le atribuyen (…)La limitación que introduce el precepto no desconoce en consecuencia, el principio de necesidad de la medida derivado de los postulados constitucionales de afirmación de la libertad, y de excepcionalidad de las medidas que la restringen con fines cautelares". (Corte Constitucional, 2008-c, p. 35).

puede mirarse por fuera del contexto de los criterios de necesidad y gradualidad[21], además de que excluir de tajo la posibilidad de sustitución de la medida a ciertos sujetos de especial protección por la gravedad de la conducta imputada rompería con el principio constitucional de equidad, motivo por el cual declara la exequibilidad condicionada del parágrafo mencionado "en el entendido que el juez podrá conceder la sustitución de la medida siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial respecto de las víctimas del delito, y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4, y 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007" (p. 40). La ley 1474 de 2011 vuelve a modificar el parágrafo dejando el mismo sentido del anterior sin tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte, motivo por el cual la sentencia mencionada debe ser tenida como criterio interpretativo restrictivo la nueva disposición.

- La proporcionalidad y la necesidad son criterios que siempre deben estar presentes en el momento en que el juez valore la adecuación de la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, y es por ello que no basta con la gravedad y la modalidad de la conducta como criterios para determinar el peligro que representa el sujeto para la comunidad como lo pretendió la ley 1142 de 2007 (Corte Constitucional: 2008 - a).

- Para garantizar el derecho de contradicción, la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento debe realizarse siempre en presencia del imputado acompañado de su defensor, sin embargo, excepcionalmente puede realizarse en su ausencia si se logra la declaración de persona ausente en tanto resulta imposible

[21] Sobre el criterio de gradualidad de la imposición de medidas de aseguramiento, un criterio novedoso que se encuentra en esta sentencia, la Corte sostiene que se trata de que las autoridades disponen de una cantidad importante de medidas dispuestas en la ley y que se debe escoger entre una u otra atendiendo a los fines de la medida y las circunstancias particulares de la persona procesada y la conducta imputada: "En razón de la gradualidad el juez debe elegir, entre el abanico de posibilidades que le suministra la ley, aquella que resulte más adecuada a los fines de la medida, atendidas las circunstancias personales, laborales, familiares y sociales que rodean a su destinatario, así como las particularidades del caso" (p. 37).

> encontrarle para que comparezca al proceso, y esta imposibilidad debe ser probada por la fiscalía aportando elementos de conocimiento que den cuenta de sus esfuerzos para ubicar a la persona y hacerla comparecer al proceso (Corte Constitucional: 2008 - b).

Se tiene entonces que si bien los criterios establecidos por la ley para la imposición de la medida de aseguramiento –peligro para la comunidad o las víctimas, posibilidad de no comparecer al proceso o cumplir la sentencia o posibilidad de entorpecer el proceso- parecen bastante flexibles y susceptibles de discrecionalidad e incluso arbitrariedad por parte de los jueces, éstos encuentran unos límites interpretativos fundados en la Constitución, cimentados en los principios de presunción de inocencia, libertad, prevalencia de los derechos de los menores, contradicción, proporcionalidad y necesidad. Reconocer y reivindicar estos límites (y otros tantos) es relevante para la investigación en tanto dentro de un horizonte de posibilidad permite proponer políticas penales alternativas para que sea viable concretar algunas de las críticas al sistema penal que se han presentado desde los estudios criminológicos.

De igual manera, el test de proporcionalidad también se erige como una barrera no sólo para decidir acerca de si se decreta o no una medida de aseguramiento, sino también para decidir acerca de cuál medida se ha de adoptar atendiendo a los objetivos establecidos constitucionalmente y a las circunstancias. Teniendo en cuenta que en nuestro caso la privación de la libertad implica una restricción relevante de un derecho fundamental, además de una serie de efectos colaterales como la indignidad de las condiciones de vida en prisión[22], la desatención que se pueda tener con las obligaciones frente a terceros o el daño al buen nombre de la persona y la familia, el test de proporcionalidad es un instrumento constitucional interesante para determinar la pertinencia de la medida atendiendo a sus finalidades[23]. "Lo que se ha de solucionar en este juicio de valor constitucional es que los derechos se afecten o beneficien en lo posible en una medida equitativa, procediéndose a establecer el manejo de las intensidades de intervención" (Londoño: 2009, p. 129). El test

[22] Al respecto, véase el numeral 4 del capítulo 2.

[23] Para una perspectiva crítica frente a los juicios de ponderación de derechos en el neoconstitucionalismo y particularmente aplicados al Derecho Penal, véase Orozco Abam y Gómez Albarello (1999).

de proporcionalidad implica tres pasos: el juicio de idoneidad, en el que se establece que "las intervenciones deben ser adecuadas para alcanzar la finalidad perseguida" (Aponte Cardona, 2006, p. 138), esto es, que si la restricción no sirve para garantizar que se cumpla alguna de las finalidades perseguidas por las medidas de aseguramiento (proteger a la comunidad o las víctimas, garantizar la comparecencia al proceso o evitar que se alteren los elementos de prueba), no tiene sentido decretarla al ser restrictiva de derechos; el juicio de necesidad, de acuerdo con el cual se debe establecer "que el medio seleccionado para alcanzar el fin propuesto, no pueda ser remplazado o sustituido por otro igualmente eficaz, al mismo tiempo que se exige que no restrinja el derecho fundamental o lo haga de una manera menos gravosa" (p. 140), es decir, que se debe buscar la medida menos gravosa para los derechos para cumplir con ese cometido, motivo por el cual se propone usar medidas alternativas a la privativa de la libertad a menos que ésta se considere absolutamente necesaria; el tercero y último, el test de proporcionalidad en estricto sentido, que consiste en "ponderar hasta qué punto resulta admisible la limitación de un derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tienen las autoridades de persecución penal para realizar su labor de administrar justicia" (Ibíd., p. 141).

3.1. El principio de libertad como límite al encarcelamiento.

De otra parte, vale la pena traer a colación el principio de libertad enunciado en el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia con un límite concreto e "intangible" ante el encarcelamiento, y que suele estar directamente relacionado con la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

Los principales desarrollos que se han dado en la jurisprudencia constitucional alrededor de este tópico se han hecho en relación a la potestad funcional para la imposición de la privación de la libertad a través de la captura, es decir, como medida de aseguramiento. Por una parte, con la emisión del Acto Legislativo 02 de 2003, "por medio del cual se modifican los artículos 15, 14, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo" se abre la posibilidad, a través de reforma constitucional, de que autoridades militares tengan injerencia sobre actividades que afectan derechos

fundamentales de las personas y que, en principio, solo son competencia de las autoridades judiciales; entre otras, autoriza detenciones por parte de autoridades militares sin previa orden judicial "siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas". En sentencia C-816 de 2004, la Corte Constitucional declara inexequible esta norma por vicios de procedimiento (Corte Constituciona, 2004), lo que resulta preocupante debido a que no se hace un análisis de fondo de una norma que a todas luces resulta contradictoria con la noción de la intervención de una autoridad imparcial al momento de dictar una medida que afecte seriamente un derecho tan relevante como la libertad personal.

De otra parte, en sentencias C-730 y C-1001 de 2005, se desarrolla una discusión de fondo en un tema similar, esto es, la posibilidad de que en el procedimiento penal el fiscal impartiera orden de captura de manera excepcional, contraviniendo la noción de que la captura solo es procedente previa orden judicial o en las situaciones de flagrancia previstas en el artículo 32 de la Constitución de Colombia. En estas providencias, la Corte Constitucional hace el estudio de los artículos 2 (Corte Constitucional: 2005 - b) y 300 (Corte Constitucional: 2005 - c) de la ley 906 de 2004 que autorizan a la Fiscalía General de la Nación para emitir órdenes de captura de manera excepcional cuando sea imposible acudir ante autoridad judicial con antelación y en situaciones donde se tengan motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada y se presente la posibilidad de que evada la investigación, represente un peligro para la comunidad o pueda obstruir la investigación. Ante estos criterios, la Corte afirma que son bastante vagos y ambiguos y que pueden dar lugar a la utilización indiscriminada y la conversión en regla general de lo que debería ser una excepción. En ese sentido, para lo que aquí interesa, desarrolla una serie de conceptos y de nociones relativos al principio de libertad y sus garantías concretas dentro del nuevo sistema de procedimiento penal y en el marco de la Constitución Colombiana y los instrumentos internacionales con los derechos de las personas como derrotero de las actuaciones y decisiones de Estado. En ese sentido, el estudio de esos criterios es útil para pensar juicios análogos o similares como restricciones frente a la prescripción normativa y la utilización de las Medidas de Aseguramiento por parte de autoridades judiciales. Entre otros, merece la pena mencionar el papel imparcial de la autoridad judicial al momento de decidir acerca de la libertad de las personas; el recurso

a un juicio de proporcionalidad como criterio para tomar decisiones que afecten derechos fundamentales en el curso de un proceso penal; la libertad como regla general y la obligatoriedad de la excepcionalidad material al momento de restringirla; las nuevas funciones del juez de control de garantías en el nuevo sistema penal acusatorio, entre otras.

Así pues, la doctrina procesal penal constitucional ha establecido una serie de límites y barreras que infortunadamente no suelen ser atendidas por los funcionarios judiciales, con las consecuencias que se verán más adelante.

4. Conclusiones.

De acuerdo con lo desarrollado a lo largo de este capítulo, se ha encontrado que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no contienen formalmente un carácter punitivo y tienen por objeto la protección de la comunidad o de las víctimas, garantizar la comparecencia al proceso o el cumplimiento de la sentencia y evitar que el procesado altere los medios de prueba durante el proceso.

No obstante tratarse de medidas que en teoría tienen un carácter excepcional con ocasión de la prevalencia del principio de libertad como uno de los pilares del Estado colombiano, se ha encontrado que en algunas ocasiones se hace un uso poco riguroso de las mismas, así como se han desarrollado reformas a la Ley 906 de 2004 que dan lugar a que su imposición sea más frecuente.

En este contexto, la Corte Constitucional a través de sus pronunciamientos ha jugado un papel garantista que en términos generales ha intentado solucionar la tensión a favor de los derechos de las personas procesadas, no obstante que en términos generales ha aceptado la continuidad de esta institución y la persistencia de normas que la hacen prácticamente automática cuando los funcionarios judiciales no tienen conocimiento de los desarrollos específicos que se han hecho al respecto.

En el siguiente capítulo se abordará el estudio de la situación de Derechos Humanos en el sistema de prisiones colombiano con particular énfasis en las personas sometidas a detención preventiva.

Capítulo II.

La situación de Derechos Humanos en el Sistema de Prisiones Colombiano: una Constante Situación de Negación de Derechos para Sindicados y Condenados.

1. Introducción.

En Colombia y en el mundo es común hablar de violaciones de Derechos Humanos asociadas a la privación de la libertad. Parece ser un común denominador prácticamente en cualquier parte del mundo el que el encarcelamiento venga acompañado de distintas formas de violencia institucionalizada hacia la persona puesta bajo custodia por el Estado, ya sea con contra de sus garantías procesales, su integridad y dignidad personales, e incluso su propia vida. Es en ese contexto que en Colombia la Corte Constitucional declaró un *Estado de Cosas Inconstitucional* (1998) en el sistema carcelario y penitenciario nacional con ocasión de toda una serie de vejámenes de que son víctimas la mayoría de quienes han sido sujetos pasivos de su intervención.

Para entender esta situación, y en el marco de la investigación en curso con el objetivo de añadir un nuevo nivel de análisis al tradicional dogmático jurídico que se enfoca en las definiciones jurídicas y en las relaciones entre diferentes niveles normativos, interesa acá integrar aquello que se refiere a las consecuencias reales y concretas que tiene la privación de la libertad sobre los derechos de las personas condenadas y sindicadas. Por supuesto que este análisis es posible hacerlo y se propone realizar desde una perspectiva crítica normativa-descriptiva en términos de contrastar ser y deber ser en el cumplimiento de las obligaciones de protección que tiene el Estado con las personas privadas de la libertad.

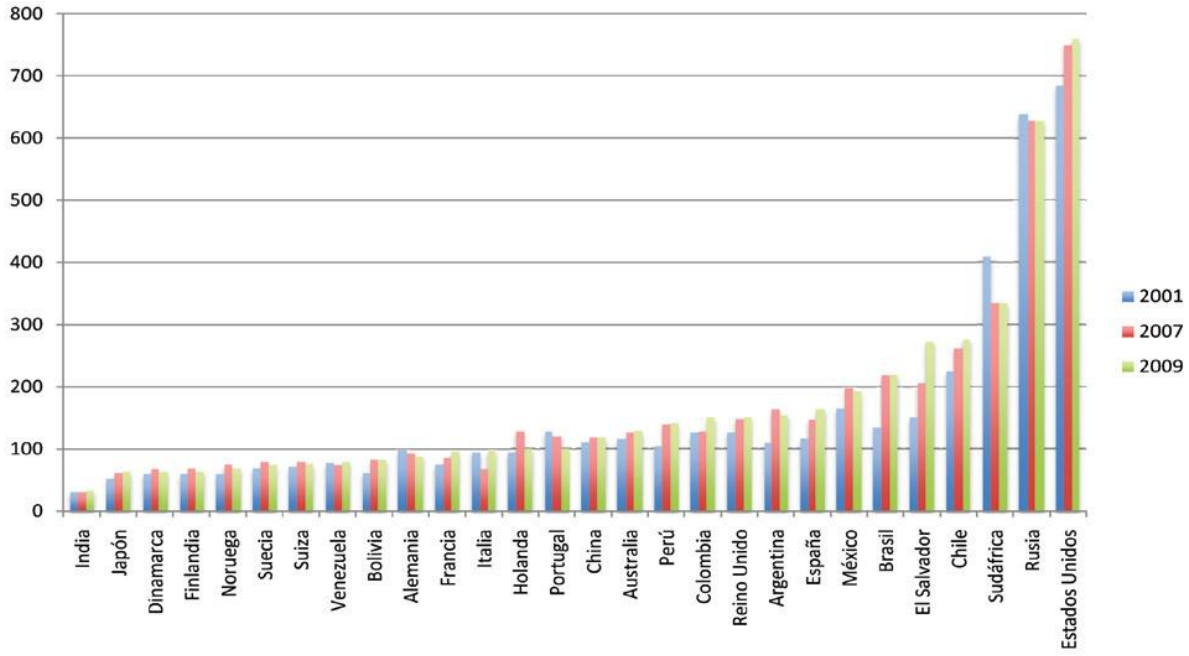
Adicional a lo anterior, es necesario presentar un diagnóstico no sólo de las condiciones cualitativas, sino del aspecto cuantitativo del sistema penitenciario y carcelario colombiano con el objetivo de observar su desarrollo y el impacto que han tenido algunas reformas legislativas específicas en el ámbito de la constitución de la población intramuros.

Siendo así, en este capítulo se desarrollarán tres aspectos fundamentales: en primer lugar, se hará una caracterización cuantitativa de la población privada de la libertad en Colombia

haciendo alusión a algunos rasgos generales y con especial énfasis en la situación jurídica y la población en condición de procesada. En segundo lugar, se hará referencia a la afectación negativa de derechos de que son víctimas específicamente las personas que son privadas de la libertad con ocasión de la imposición de una medida de aseguramiento en Colombia, con énfasis en la separación de condenados y procesados, así como la presunción de inocencia; esto se desarrollará con base en investigaciones académicas y conceptos jurídicos de autoridades judiciales en el nivel nacional e internacional. Por último, se hará una breve referencia a la situación de vulneración sistemática de Derechos Humanos de que siguen siendo víctimas las personas privadas de la libertad en Colombia, y que recaen *de manera indistinta* sobre condenados y sindicados.

2. Caracterización de la Población Privada de la Libertad en Colombia.

Al menos desde los años 90, dos características constantes en el sistema colombiano han sido el hacinamiento carcelario, y la tendencia al incremento de la población. Iturralde (2011), presenta de manera concreta cómo la tendencia a incremento del encarcelamiento no solo se presenta en Colombia, sino en otros países como Inglaterra y los Estados Unidos, así como en toda América Latina.

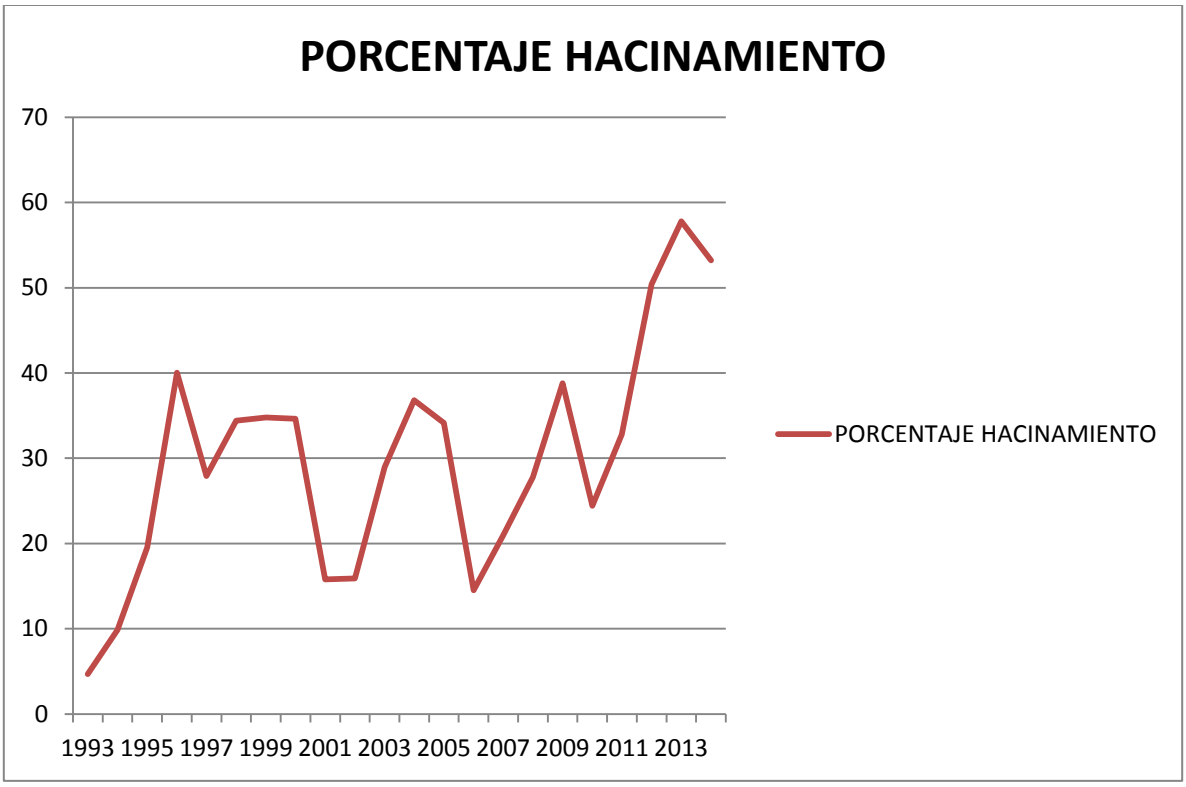


Gráfica 1. Encarcelamiento por 100.000 habitantes en distintos países. Tomado de International Centre for Prison Studies (2009). Citado por Iturralde (2011, p. 118).

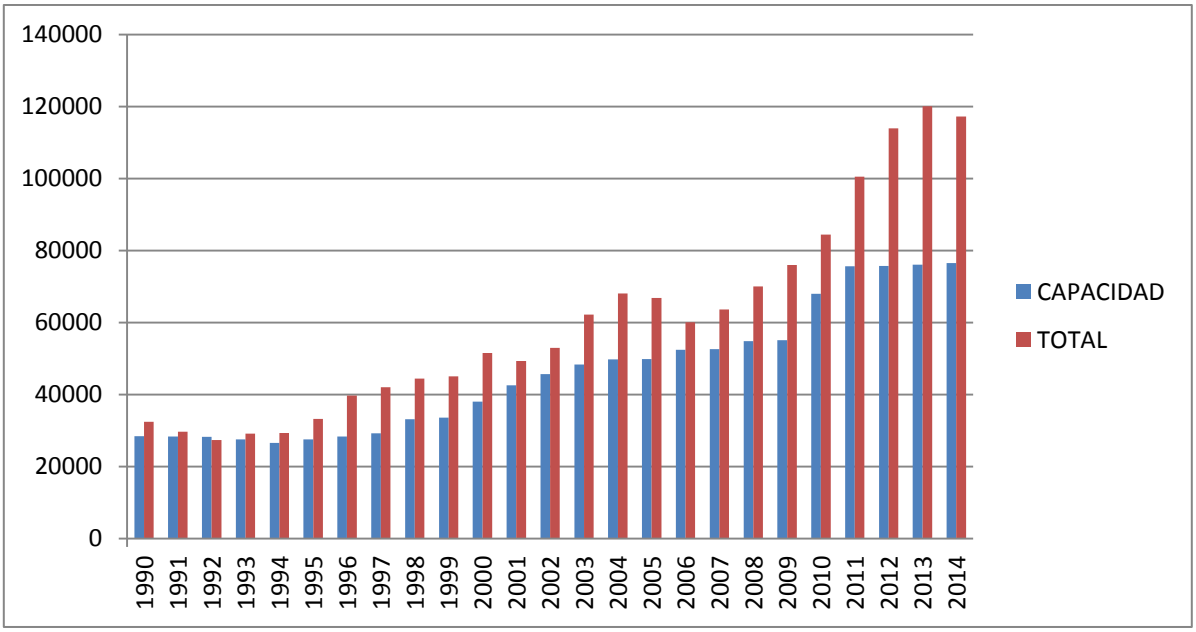
De acuerdo con este académico, las prisiones colombianas y de otros países también ponen de relieve "la tendencia de diversas sociedades contemporáneas a afrontar los problemas estructurales y la inestabilidad social principalmente a través de mecanismos represivos plasmados en la política criminal, lo que ha consolidado una forma de gobernar a través del control del crimen" (p. 119).

Por otra parte, la Relatoría de Prisiones de la Universidad de los Andes (2011) ha sostenido que el incremento de la población privada de la libertad en Colombia durante las últimas dos décadas ha superado el crecimiento demográfico: de 80 a 235 internos por cada 100mil habitantes entre 1993 y 2012, lo cual convierte a Colombia en el quinto país en Sudamérica con mayor población penitenciaria. Para el año 2014, esta cifra es de 246 (INPEC, 2014, p. 32).

De acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, **"e**l hacinamiento agrava las condiciones de ejecución de las medidas precautelares y punitivas de prisión, más allá de lo estipulado en la ley. El hacinamiento anula cualquier pretensión de resocialización que tenga la institución de la prisión, puesto que genera condiciones objetivamente indignas y puede llevar a consolidar una cultura y práctica vulneratorias de los derechos fundamentales de los internos y del personal administrativo y de guardia" (2004, p. 2). Si bien en principio podría sostenerse que existe hacinamiento desde que existe una sobrepoblación cuando se supera el tope de cupos asignados, de acuerdo con indicadores internacionales, cuando el nivel de sobrepoblación supera el 20% se puede hablar de "sobrepoblación crítica". Para el año 2004, "en el país, 68 centros de reclusión revela[ban] una cifra de hacinamiento mayor al índice de sobrepoblación crítica. Un total de 41.819 personas experimenta[ban] condiciones de vida inaceptables bajo el parámetro internacional, esto es, el 62 por ciento del total de la población recluida" (p. 3). A pesar de lo anterior, no ha habido una correspondencia entre el incremento en la población recluida y el mejoramiento de sus condiciones de vida, y en muchos casos ha ido empeorando (Relatoría de Prisiones – Grupo de Interés Público, 2011). En el siguiente gráfico se muestra el desarrollo histórico de las últimas dos décadas del hacinamiento en Colombia en términos porcentuales.



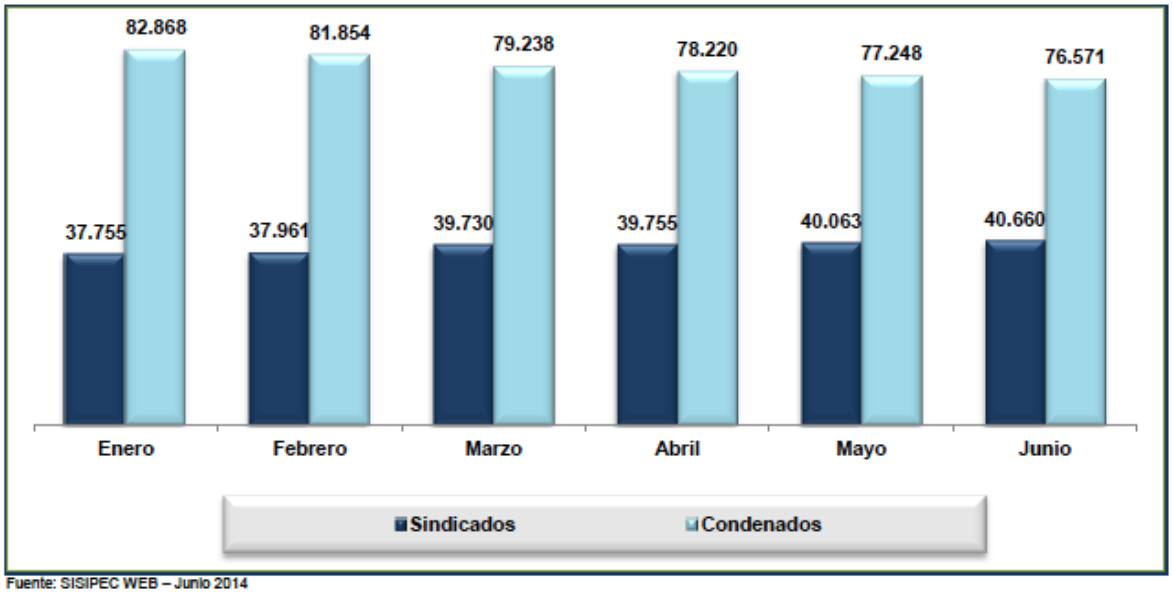
Gráfica 2. Hacinamiento Colombia 1993-2013. Fuentes información: Ministerio de Justicia, (2013); INPEC (2013, 2014).



Gráfica 3. Relación histórica Capacidad establecimientos-población total. 1990-2014. Fuentes información: Ministerio de Justicia, (2013); INPEC (2013, 2014).

Para junio de este año, 117.231 personas se encontraban privadas de la libertad en establecimientos penitenciario y carcelarios a cargo del INPEC, de las cuales 40660 (34,7%) lo estaban en calidad de sindicadas y 76571 (el 65,3%) de condenadas (INPEC 2014). En cuanto al comportamiento de la calificación jurídica de los internos, se manifiesta un incremento del 7,7% en los sindicados entre enero y junio de este año, mientras que ha habido un decrecimiento del 7,6% en relación con la población condenada. Podría pensarse que esta tendencia a partir de enero de este año tiene alguna relación con la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014 que facilita la concesión de subrogados en determinadas circunstancias, y aunque se han señalado dificultades y contradicciones de los contenidos de esta ley con la realidad penitenciaria y carcelaria de Colombia, es viable pensar que hay un impacto de la reforma con base en la composición jurídica de la población, dado el incremento relativo de sindicados en relación con los condenados (Pinzón, 2014[24]).

Gráfica 3. Situación jurídica población reclusa - Primer Semestre 2014



Fuente: SISIPEC WEB – Junio 2014

Situación Jurídica de la Población Reclusa. Enero-Junio 2014. Tomado de INPEC (2014).

[24] En el artículo citado se hace un repaso sobre las principales inconsistencias encontradas en el articulado de la reforma y se hace un diagnóstico restringido acerca de sus virtualidades en la disminución de la población privada de la libertad. Entre otras cosas, vale la pena señalar la exclusión de beneficios para algunos de los delitos de mayor incidencia en la población privada de la libertad, así como el no haberse pronunciado acerca de la detención preventiva.

Según el INPEC, la tendencia al crecimiento de la población intramuros se mantuvo hasta enero de 2014, sin embargo, entre enero y junio de este año hay una leve tendencia al decrecimiento de la población con tasas de entre el -0.1 y el -07%. Se pasó de 120.623 internos en enero a 117.231 en junio (pp. 14 y ss.).

En relación con los rangos etarios de la población privada de la libertad, de acuerdo con el INPEC "[p]ara junio de 2014, el rango de edad sobresaliente nuevamente corresponde de 30 a 54 años, con 52,1% (61.099) del total; siendo el 9,4% hombres y 7,6% mujeres. Le sigue el rango entre 18 y 29 años con 42,1% (49.401), del cual, 93,5% son hombres y 6,5% mujeres" (P. 19). Las personas entre 55 y 64 años cubren el 4,2% de la población, y las mayores a los 64 apenas el 1,5%.

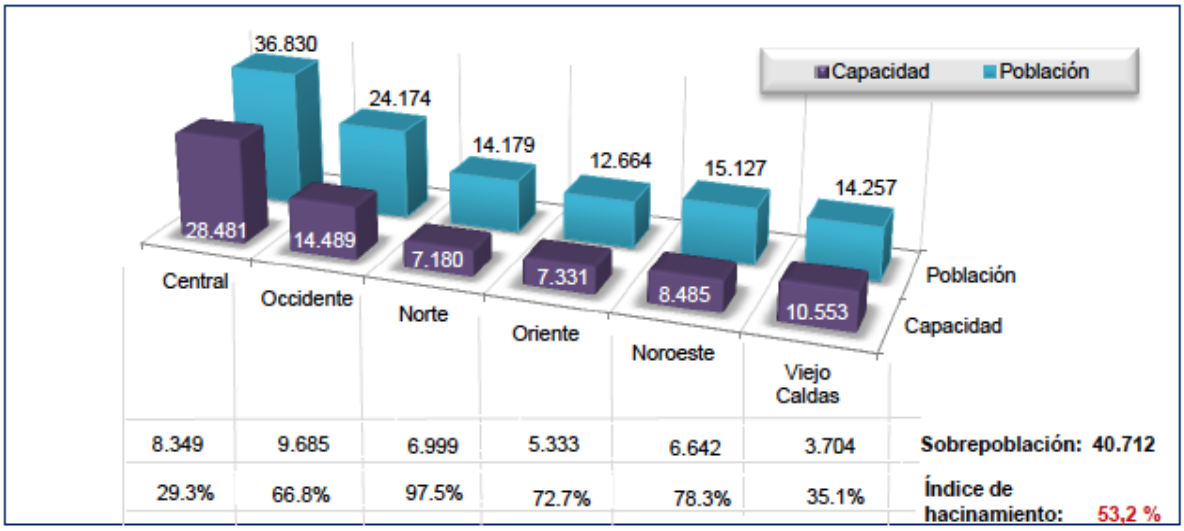
Acerca de su formación académica, los grupos más representativos de la población privada de la libertad los constituyen personas con básica primaria (38,2%) y con educación media (53,1%). Los demás son iletrados (5,4%) o tienen algún título técnico o universitario (3,2%) (pp. 20 y ss).

Desde una lectura crítica acerca de la composición demográfica de la población privada de la libertad, el profesor Manuel Iturralde (2011) sostiene que en las últimas décadas es evidente que las personas que se encuentran tras las rejas son fundamentalmente hombres jóvenes con poca educación, sin oportunidades laborales o alternativas de vida que se insertan en la economía de la delincuencia como una de sus únicas opciones de vida, lo cual considera una tendencia mundial (pp. 134 y ss.).

En relación con el fenómeno del hacinamiento, el INPEC sostiene que no obstante el impacto positivo que parece haber tenido la mencionada Ley 1709, los niveles se mantienen casi iguales: "aunque se aprecia disminución en las cifras de población, mes a mes, éstas no muestran variaciones trascendentales" (2014,p. 30). En lo transcurrido de este año, el hacinamiento ha pasado de un 58,6% en enero a 53,2% en junio, mes en el cual la capacidad era para 76.519 internos y se contaba con 117.231. La distribución del hacinamiento es inequitativa; mientras es relativamente reducido en las regionales Central y Viejo Caldas, en las demás Regionales alcanzan niveles sorprendentes: "Norte (97,5%),

Noroeste (78,3%), Oriente (72,7%) y Occidente (66,8%)" (p. 31). La tasa de internos por cada 100.000 habitantes se ubicaba en el orden de los 246.

Gráfica 11. Capacidad y población Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional ERON - Junio 2014



Fuente: SISIPEC WEB – Junio 2014

Gráfica 4. Distribución del hacinamiento en Colombia por regionales – Junio 2014. Tomado de INPEC (2014).

En relación con el hacinamiento, vale la pena resaltar que tales condiciones tienen manifestaciones específicas en el caso de las mujeres, por ejemplo, debido a que al existir pocos establecimientos destinados exclusivamente para ellas, los niveles de hacinamiento suelen ser más altos y extendidos: "Nueve de las 12 Reclusiones de Mujeres experimentan sobrepoblación crítica, oscilando entre 20 por ciento y 130 por ciento" (Procuraduría General de la Nación, 2004, p. 5). En 54 de los establecimientos destinados para hombres se han introducido como anexos patios o espacios para las mujeres, caracterizados por ser bastante reducidos y no cumplir con la oferta de servicios necesarios para el tratamiento y la dignidad de las internas.

Por otra parte, se ha encontrado que se reporta un 11,4% de reincidencia con respecto al total de la población (INPEC, 2014, pp. 37 y ss.). Acerca del fenómeno de la reincidencia, que ha disminuido en relación con años anteriores, Iturralde señala que "[m]ás que denotar

el relativo éxito de los programas de resocialización que ofrece la institución penitenciaria (que como se vio son muy precarios), la anterior cifra puede reflejar cómo, en lugar de un grupo de profesionales del crimen que amenaza a la sociedad y vuelve una y otra vez a prisión, como en muchas ocasiones claman los gobiernos, la mayoría de personas que suele terminar en la cárcel pertenece a una clase marginada" (2011, p. 133).

La anterior hipótesis encuentra mayor asidero si se tiene en cuenta cuáles son los delitos que cuentan con mayor representación en la población privada de la libertad, tanto de sindicados como de condenados: "Los delitos de mayor incidencia, en la población penal de personas sindicadas en Colombia son: Hurto: hombres 8,397 (95%)/ mujeres 445 (5%), total 8,842. Trafico o porte de armas de fuego o municiones: hombres 7,114 (96%) / mujeres 271 (4%), total 7,385. Homicidio: hombres 6,140 (96%) / mujeres 253 (4%), total 6,393. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes: hombres 4,961 (82%) / mujeres 1,046 (18%), total 6,027" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 22). De igual manera, el INPEC (2014) señala como delitos con mayor representación en la población privada de la libertad el hurto (17,1%), el homicidio (16,7%), la Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (14,7%), y el Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (13,9%) (p. 26[25]). Si bien es difícil a estas alturas realizar juicios definitivos que asocien la delincuencia a las condiciones de precariedad y marginalidad social, lo cierto es que buena parte de estas conductas tienen que ver con actividades económicas que se presentan casi que como única alternativa de grupos sociales excluidos en el orden económico y social actual[26].

[25] En la página 27 del informe puede encontrarse la representación disgregada entre población sindicada y condenada, manteniéndose los niveles de representación de los principales delitos bastante cercanos.

[26] Por ejemplo, respecto del narcotráfico, Iturralde (2011), indica que "éste no es simplemente un fenómeno delincuencial, sino también uno social y cultural: las condiciones de exclusión y desigualdad económica y social se convierten en incentivos que llevan a muchas personas jóvenes, excluidas del mercado laboral, con bajos ingresos y niveles de educación, a involucrarse en el tráfico de estupefacientes" (p. 149). En un sentido similar, Dejusticia ha señalado que la mayor parte de la población privada de la libertad por este delito no está involucrada con los grandes réditos que genera el negocio y amplias organizaciones delictivas, sino que la mayoría son "eslabones débiles" fácilmente reemplazables entre los que se encuentran pequeños distribuidores, cultivadores (muchas veces campesinos de zonas abandonadas por el Estado, los llamados "raspachines") e incluso consumidores. Upriminy y Guzmán presentan una serie de casos de mujeres en situaciones de privación social y económica que les ha conducido a involucrarse en pequeños circuitos de distribución de drogas (Uprimny Yepes y Guzmán, 2010).

Entrando un poco más en materia, diversas investigaciones han sido reiterativas en sostener que, adicional a la idea del tratamiento de los conflictos sociales a través del derecho penal, algunas reformas legislativas y el uso excesivo de la detención preventiva han tenido una incidencia importante en que se mantengan los niveles de hacinamiento (Relatoría de Prisiones y Grupo de Interés Público, 2011). En su informe, estos grupos señalan que, por ejemplo, en lo últimos años se han expedido unas 14 leyes que han impactado la cantidad de la población carcelaria.

En igual sentido, la Misión internacional Derechos Humanos y Población Carcelaria (2001) denuncia que "[u]no de los grandes problemas del proceso es la mora judicial, tiempo durante el cual se prolonga la detención. En Colombia hay un aproximado del 38% de personas en condición de sindicadas (p. 54) (…)La tasa de personas que es condenada luego de un proceso suele alcanzar el 55% del total de personas procesadas, a los que se suma un aproximado del 27% por terminación anticipada de condena. Ello significa que un 20% de personas sufre pena injusta" (p. 54).

Así mismo, en el nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) señala cómo históricamente ha hecho referencia a la detención preventiva como una de las principales causas relacionadas con la reducción de los derechos de las personas privadas de la libertad (p. 14), así como hay una tendencia al incremento constante desde el año 2000 en la cantidad de personas privadas de la libertad en la región con ocasión de medidas procesales, particularmente en países como Bolivia[27]. La prisión preventiva en la región cuenta con una representación de entre 40 y 70% en la mayoría de países, excepto EEUU con 20% (esto se puede asociar con la eficiencia del sistema de justicia y las negociaciones entre la fiscalía y los procesados). En Colombia, la representación es de un 34,7%, un nivel inferior al regional. La comisión señala que se han identificado como "factores que inciden en el uso no excepcional de la prisión preventiva: las políticas criminales que con distinta denominación y mecanismos plantean la flexibilización y mayor uso de la privación de

[27] Bolivia es el país de América Latina que más utiliza la prisión preventiva y ha habido un crecimiento constante de esta población. En el año 2008, el 75% de las personas privadas de la libertad lo estaban por medida de detención preventiva; a octubre del 2012, el 84% de personas privadas de la libertad en este país por detención preventiva (p.20). Entre 2001 y 2012 la población privada de la libertad en este país ha incrementado más de 100%: de 5557 a 13654 reclusos.

libertad como vía de solución al fenómeno de la delincuencia; y los desafíos relacionados con la actuación de la judicatura, tanto aquellos que tienen que ver con el respeto a la independencia de aquellas autoridades encargadas de la aplicación de la prisión preventiva, como de aquellos relativos a otros aspectos de la práctica judicial" (p. 34).

Con un criterio distinto, Bernal y La Rota (2013) plantean que en realidad las tendencias de incremento de la población sindicada no han sido tan dramáticas en Colombia como lo han sido las de la población condenada: "Mientras que la tasa de personas condenadas internas por cada 100.000 habitantes ha aumentado casi de manera constante desde el inicio de los años noventa del siglo XX hasta el presente, pasando de casi 40 a más de 160, la tasa de personas detenidas ha tenido un comportamiento más errático, entre 40 y 70, y no ha mostrado aumentos tan dramáticos" (p, 72).

Gráfica 5. Relación Detenidos-Condenados por cada 100.000 habitantes. Tomado de: Bernal y La Rota (2013). P. 73.

Apoyando esta afirmación, encuentran que el nivel de incremento de la cantidad de imputaciones de conductas punibles desde el año 2005 hasta 2011 no ha representado un crecimiento igual de significativo que el de solicitudes de detención preventiva, ni tampoco el nivel en que éstas se imponen por los jueces. De acuerdo con esta información

cuantitativa podría sostenerse que no es cierto que siempre que se imputa un delito se solicita la medida de aseguramiento, ni tampoco que es concedida, pues sólo en dos de cada diez imputaciones se concede la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario (pp. 72 yss).

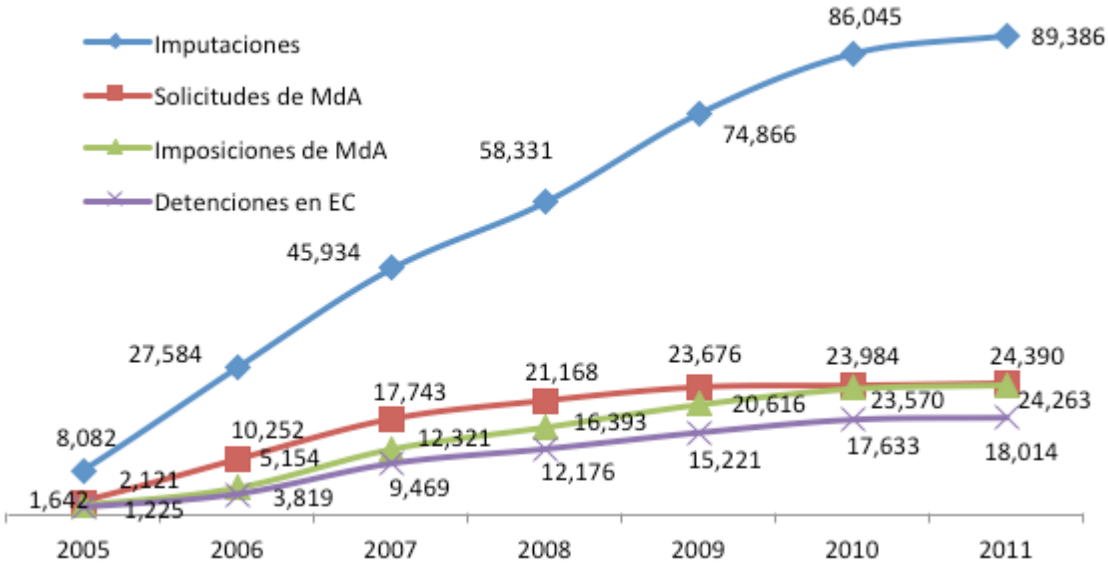


Gráfico 6. Relación cantidad de imputaciones, solicitud de medidas de aseguramiento, imposición de medidas de aseguramiento y detenciones en Establecimientos Carcelarios. Tomado de: Bernal y La Rota (2013). P. 74.

Adicional a lo anterior, basándose en una investigación propia anterior, afirman que el 70% de las imputaciones realizadas en el país para el año 2012, correspondían a los delitos de porte de armas, homicidio doloso, estupefacientes y hurto, siendo este último un delito para el que prácticamente opera de manera automática la prisión preventiva (p. 76).

Con base en los hallazgos anteriores, los autores concluyen con una interpretación positiva del papel que los jueces de control de garantías han desempeñado en el nuevo Sistema Penal Acusatorio como contenedores de la imposición desmedida y a veces poco mesurada de la detención preventiva por parte de los fiscales en el sistema anterior. No obstante, vale la pena tener en cuenta que "los datos analizados no nos proporcionan información suficiente para concluir acerca de la razonabilidad de la imposición de medidas de

aseguramiento. Puede que no se apliquen relativamente muchas medidas, pero que éstas no se ajusten a los estándares constitucionales y legales aceptables" (p. 76).

Para cerrar este aparte, vale la pena resaltar que tanto la Procuraduría General de la Nación (2004), como la Relatoría de Prisiones y el Grupo de Interés Público de la Universidad de los Andes (2011) han sugerido que las medidas de detención preventiva deben tomarse con más cautela, racionalizando su uso, e incluso llegan a proponer que los jueces tengan en cuenta la disponibilidad de cupos antes de decretar medidas de esta naturaleza. La Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo lo planteó como una propuesta de política criminal para reducir la crisis carcelaria, consistente en "respetar irrestrictamente el principio de presunción de inocencia, lo cual significa evitar la cárcel para las personas sindicadas, y en caso extremo, que la detención preventiva se aplique como medida excepcional y no como regla general, tal como lo consagran las normas internacionales de Derechos Humanos" (Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, 1999).

3. Derechos Específicos de la Población Procesada.

En este aparte se hará referencia a dos derechos que, adicionales a aquellos que se pueden ver afectados como consecuencia de la privación de la libertad, se han considerado de vital importancia para las personas en contra de las cuales está en curso una actuación procesal, a saber: la separación entre condenados y sindicados y la presunción de inocencia.

3.1. Separación entre sindicados y condenados.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de

mayo de 1977[28] incluyen algunas normas relacionadas con la detención preventiva y la necesidad de la separación de las personas condenadas y sindicadas. En sus artículos 67, 84.1 y 85.1, tales normas disponen que el objetivo de mantener separados a los internos ya sea por su situación jurídica u otra circunstancia tiene que ver fundamentalmente con evitar que algunos internos ejerzan una influencia negativa sobre sus compañeros, así como organizar el tratamiento penitenciario y los regímenes de conducta y relacionamiento que las autoridades desarrollan con unos y otros internos. De igual manera, se buscaría garantizar que los acusados gocen del derecho a la presunción de inocencia, que puede verse afectado por la falta de separación (Defensoría Delegada Para la Política Criminal y Penitenciaria, 2011).

El punto de la separación entre sindicados y condenados ya había sido abordado por la Corte Constitucional en la histórica Sentencia T-153 de 1998 (Corte Constitucional, 1998). En esta providencia, la Corte resalta el hecho de que los niveles de sobrepoblación en el sistema de prisiones colombiano es tan grande que se hace imposible realizar la separación entre condenados y sindicados ordenada por la ley[29], y reitera la necesidad de cumplir con tal disposición con base en normas internacionales[30] e internas de acuerdo con las cuales la detención preventiva debe ser excepcional, de una parte, y es obligatorio para los Estados mantener a ambos tipos de internos en espacios separados en virtud del derecho a la presunción de inocencia, de otra. Una de las decisiones que toma la Corte en esta ocasión consiste en que, "dado que la reclusión indiscriminada de los sindicados y los condenados constituye una clara violación del derecho de los primeros a que se presuma su inocencia, y

[28] El Tratado se puede encontrar en su integridad en el sitio web del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/reglas_minimas_tratamiento_reclusos.html

[29] Al respecto, véanse los artículos 21 (modificado por la ley 1709 de 2014 que aprueba la posibilidad que de facto se desarrollaba consistente en que se instalen pabellones especiales para personas sindicadas en establecimientos penitenciarios "cuando así lo ameriten razones de seguridad") y 63 de la Ley 65 de 1993.

[30] En este caso se hace referencia a los artículos 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como al artículo 5 de la Convención interamericana de Derechos Humanos: "con respecto a la separación de los detenidos y los condenados, el literal a) del numeral 2 del artículo 10 expresa que "[l]os procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas". La obligación de la administración penitenciaria de mantener apartados los sindicados de los condenados se establece en forma similar en el numeral 4 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". (Corte Constitucional, 1998, p. 73)

.

atendiendo al hecho de que la confusión de los mismos impide desarrollar las políticas de resocialización de los condenados, se dispondrá que en un término no mayor de cuatro años a partir de la notificación de esta sentencia deberá haberse agotado en su totalidad un proceso de separación de los sindicados y los condenados" (p. 81).

No obstante, informes posteriores sostienen que tal separación no se ha realizado efectivamente, o no se ha cumplido del todo. Por ejemplo, en el Informe de Seguimiento a la Sentencia T-971 de 2009, la Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria (2011) sostiene que tras la T-153, el INPEC cambió la denominación de muchos establecimientos, lo que se considera una evasiva a lo dispuesto por el alto tribunal: "Con esta nueva clasificación el INPEC no solo desvinculó del mapa judicial la denominación de los establecimientos de reclusión, sino que además cambió su destinación tradicional, para así "solucionar" el problema de la mezcla de sindicados y condenados. Con esto el INPEC eludió de manera muy sutil el acatamiento estricto del referido fallo" (p. 22).

Peor aún es la situación si se tiene en cuenta el confinamiento de personas en lugares no destinados para su internación prolongada en unidades como estaciones de policía, UPJ o URI, donde hay una falta de separación absoluta entre sindicados y condenados y se sufren condiciones de habitación incluso más precarias que las del sistema penitenciario y carcelario (Misión Internacional Derechos Humanos y Situación Carcelaria, 2001). Para el momento de elaboración del informe citado, de acuerdo con una entrevista concedida a la Misión por parte del General Jorge Linares Méndez, Comandante del Departamento de Policía de Bogotá, se calculaba que unas 5.000 personas se encontraban en esa situación. "La *Misión* tuvo oportunidad de comprobar que durante largos períodos de tiempo (hasta dos años), en algunas estaciones de policía y en las salas de otros centros provisionales de retención, permanecían detenidas personas privadas de libertad sindicadas y condenadas, sin poder disfrutar de derechos básicos como atención médica, alimentación adecuada, separación por categorías, defensa jurídica, recreación y acceso al sol, visitas familiares y un recurso efectivo ante la ley para hacer valer sus derechos" (p. 17). Finalmente, la Misión señala que no obstante la orden dada por la Corte Constitucional de enviar a las personas procesadas judicialmente a establecimientos de reclusión del INPEC en 10 días después de

la notificación de la Sentencia T-847 de 2000, tal disposición no había sido cumplida al momento de la visita.

La situación de falta de separación entre personas procesadas y condenadas es una constante en la región. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) insiste en la necesidad de mantenerlas separadas, particularmente como consecuencia del principio de proporcionalidad: a quienes no se ha condenado y encontrado responsables de una conducta delictiva no pueden sufrir las mismas condiciones de vida que quienes lo han sido, ni mucho menos pueden tener condiciones de vida peores. De acuerdo con la Comisión, hay un incumplimiento generalizado de las normas internacionales que obligan a los Estados a mantener la separación entre procesados y condenados: "a pesar de este marco normativo en el que se establece y desarrolla la obligación de los Estados de mantener a las personas sometidas a prisión preventiva separadas de las condenadas y en condiciones de detención acordes con su calidad de inocentes[31], la realidad constatada en la mayoría de los países de la región es completamente distinta. Por regla general las personas en espera de juicio son mantenidas en las mismas instalaciones que aquellas que ya han sido condenadas, y como tal están sometidas a las mismas condiciones de hacinamiento, insalubridad, violencia, falta de acceso a elementos básicos para su subsistencia, y otras restricciones a las que también está expuesta la población penal general" (p. 98; subrayado propio).

Por último, vale la pena hacer referencia a la situación de las mujeres privadas de la libertad en Colombia. Como es sabido, la mayoría de la población recluida en Colombia está compuesta por hombres[32], lo cual trae como consecuencia "natural" que haya menos establecimientos destinados exclusivamente para mujeres que para hombres en el país. Para el año 2011, se encontraban "7.460 mujeres privadas de la libertad, distribuidas en 11 reclusiones y en dos secciones de complejos penitenciarios y carcelarios (El Pedregal e

[31] Al respecto, vale la pena traer a colación el literal a) del numeral 2 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de acuerdo con el cual "[l]os procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas" (subrayado propio).

[32] De acuerdo con el INPEC (2014), para junio de este año, 108.929 internos, es decir, el 92,9% de la población carcelaria de Colombia correspondía a hombres, mientras que 8.302, el 7,1% eran mujeres.

Ibagué) destinadas exclusivamente para ellas en las que hay recluidas 6.344 internas. Las restantes 1.116 se distribuyen en los 42 establecimientos de reclusión" (Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria, 2011, p. 8). Como consecuencia de lo anterior, en muchos establecimientos destinados para la detención de hombres se utilizan pabellones anexos para las mujeres. Entre las dificultades que implican tales anexos, vale la pena mencionar que no suelen contar con las condiciones sanitarias e higiénicas específicas requeridas por las mujeres, así como tampoco cuentan con espacios separados para condenadas y sindicadas[33].

En el contexto enunciado, la Defensoría del Pueblo del Cesar adelantó una acción de tutela en contra del EPCAMS de Valledupar por la violación del derecho a la igualdad de las mujeres al no ser separadas entre sindicadas y condenadas, como sí ocurre con los hombres. La tutela fue rechazada por los jueces de instancia por considerar que se disponía de otras acciones legales[34] como la acción de cumplimiento para que las autoridades dieran aplicación a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 65 de 1993, además de que el hecho de encontrarse en el mismo espacio físico no implica que a las internas se les dé un tratamiento jurídico idéntico (Corte Constitucional, 2009-b). Al dar aplicación al *test de igualdad*[35], la Corte llega a la conclusión de que hay una manifiesta violación del derecho a la igualdad de las mujeres privadas de la libertad cuando no se les da la separación ordenada por la ley y disposiciones internacionales que se les da a los hombres, y sostiene que el hecho de que no

[33] Acerca de estos pabellones, la Defensoría Delegada para la Política Criminal sostiene que: "el único criterio de agrupación que existe en dichos sitios es el de mantenerlas físicamente separadas de los hombres en los pabellones, lo cual trae como consecuencia, entre otras, que esos sitios carezcan de áreas de trabajo, estudio, recreación y atención médica especializada. Además, que no se guarde la debida separación entre condenadas y sindicadas y por edades" (2011, p. 11).

[34] Sobre este punto, baste apuntar que la Corte ha señalado la procedencia de la acción de tutela para este tipo de situaciones: "la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que: cuando las autoridades omiten el cumplimiento de las normas legales en forma crasa y reiterada, los afectados pueden recurrir al amparo constitucional, si la actitud omisiva de la autoridad respectiva vulnera o amenaza en forma inminente sus derechos fundamentales" (Corte Constitucional, 2009-b, p. 10).

[35] Este es un método de valoración Constitucional que ya ha sido utilizado en varias ocasiones por la Corte, y que en esta ocasión caracteriza de la siguiente manera: "Según lo ha reiterado esta Corporación el test de igualdad comprende los siguientes elementos: (i) La existencia de grupos o personas comparables, esto es que se encuentren en iguales circunstancias o en situaciones donde las semejanzas son más relevantes que las diferencias; (ii) la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la cual recae; (iii) la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; (iv) la validez del objetivo a la luz de la Constitución y, (v) la proporcionalidad entre el trato desigual y el fin perseguido" (p. 11).

se les impongan ciertas cargas a las sindicadas, o la categoría de las conductas imputadas como "peligrosas", así como la denominación formal o la idea de garantizar los fines procesales no son excusa para incumplir de esa manera la ley. La Corte es categórica al sostener que "[s]i el Estado no está en capacidad de garantizar que los detenidos no evadan la acción de la justicia, ello no es imputable a quienes no están condenados, ni avala en manera alguna la violación [de sus] derechos" (p. 13). Para reforzar la argumentación, la Corte sostiene que los derechos a la vida e integridad personal, así como a la presunción de inocencia se ven afectados negativamente ante la ausencia de separación, y es por ello que la Corte ordenó no sólo al Director del EPCAMS Valledupar, sino a la Dirección General del INPEC que en un término de dos meses adelanten gestiones pertinentes para garantizar la separación entre mujeres procesadas y condenadas.

En el informe de la Defensoría Delegada para la Política Criminal (2011), se hace un seguimiento al cumplimiento de lo ordenado por la Corte esta sentencia. Un primer dato preocupante que arroja el Informe es que "[e]l INPEC, en una maniobra evasiva y simulando acatar el mencionado fallo, dispuso el cierre del anexo de mujeres de Valledupar y en febrero del 2010 las internas que allí se encontraban fueron trasladadas al recién inaugurado ERON (establecimiento de reclusión del orden nacional) de Cúcuta. Las restantes internas quedaron en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Valledupar (antigua cárcel judicial)" (p. 14). Adicional a lo anterior, la Defensoría apunta que a pesar del incremento en el número de mujeres privadas de la libertad en el país, no se han adecuado o creado las instalaciones necesarias para satisfacer sus necesidades básicas, así como dar cumplimiento a disposiciones sobre separación entre condenadas y sindicadas. Por último, sostiene que en términos generales el cumplimiento de la sentencia de la Corte es precario, pues solamente se ha logrado con plenitud en 3 establecimientos, mientras que en todos los demás se mantienen situaciones similares a las que dieron lugar al pronunciamiento del tribunal constitucional. Como conclusiones, se llega a sostener que "los esfuerzos que tanto el Ministerio de Justicia como el INPEC han puesto en marcha para cumplir con lo ordenado en la sentencia T-153 /98 de la Corte Constitucional, han sido insuficientes y errados" (p. 24).

3.2.Detención Preventiva y Presunción de inocencia.

Adicional al precario cumplimiento de la disposición sobre la separación entre condenados y sindicados, se ha dicho también que, al menos en las condiciones actuales, la forma en que opera la detención preventiva implica una reducción o una violación al derecho de presunción de inocencia, señalado por la Corte como uno de los tantos violentados con ocasión del *Estado de Cosas Inconstitucional* (Corte Constitucional, 1998). De acuerdo con el alto tribunal, conforme con este derecho es necesario que la detención preventiva sea una medida excepcional, justificada en cada caso[36] (p. 69), y que "se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicados con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros, etc." (p. 78)

De acuerdo con la Corte Constitucional, la presunción de inocencia implica tres garantías: "(i) Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la acusación mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, (ii) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; (iii) El trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio" (Corte Constitucional, 2012-a, p. 49).

El distinguido jurista italiano Luigi Ferrajoli (1995) desarrolla una noción de presunción de inocencia de acuerdo con la cual nadie puede ser considerado culpable ni sometido a pena sino cuando ha sido condenado conforme a las formas y por un juez competente en un juicio donde se haya comprobado su responsabilidad por la comisión de un delito. En términos probatorios y procesales implica la obligación del ente acusador de demostrar y vencer la presunción de no-culpabilidad de la persona, esto es, como *regla probatoria;* esta prerrogativa también puede verse como una *regla de tratamiento del imputado*, y esto es lo que más interesa acá, puesto que tal presunción como derecho y garantía debe tener consecuencias concretas en la forma en que el sistema se relaciona con el procesado. Como contrapunta al discurso de seguridad de acuerdo con el cual el encarcelamiento es la alternativa a los problemas sociales, Ferrajoli sostiene audazmente que "-si es verdad que

[36] Al respecto, señala la Corte que "el principio de la presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como las reglas de Tokio" (pp. 81-82). Sobre el punto de la excepcionalidad de la detención preventiva se hace referencia con detenimiento en el capítulo 1.

los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias- la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa seguridad específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica defensa que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo". (p. 549).

A través de un análisis histórico acerca de los contenidos, transformaciones y discursos que se mueven alrededor de la presunción de inocencia, Ferrajoli sostiene que la Edad Media fue un momento de oscurecimiento de la misma, para que luego se diera un renacer posterior en los tiempos del liberalismo iluminista –aunque con sus dificultades[37]-, que sería nuevamente desvanecido en los tiempos de la criminología positivista donde se pretendía imponer la responsabilidad penal a partir de rasgos físicos o comportamentales del individuo (Agudelo, 2008). Es así como en Italia el Código Rocco de 1930 llegó a suprimir el principio de presunción de inocencia; en el escenario de la criminología y la política criminal de los 30 se le consideraba propio de un discurso radical liberal y descontextualizado. En relación con la detención preventiva, "el código Rocco amplió enormemente las hipótesis de captura obligatoria y automática, suprimió los términos máximos y con ellos el instituto de la excarcelación por transcurso de los plazos y condicionó a la valoración de las cualidades morales y sociales de la personan tanto la emisión como la suspensión de la orden de captura facultativa" (Ferrajoli, 1995, p. 553).

En Colombia, una de las principales críticas que se le hacía al sistema de imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad de la Ley 600, adicional al hecho de que no existiera control jurisdiccional y fuera el mismo investigador quien se encargara de

[37] Para el jurista italiano, es en los tiempos del liberalismo iluminista que se consolida y es posible hacer compatible el discurso de la presunción de inocencia con la necesidad de la privación de la libertad durante el proceso, no obstante las críticas que en ese momento se hicieron a tal posibilidad. Así, citando a Beccaria y Hobbes, entre otros, resalta cómo el pensamiento liberal iluminista se mostraba crítico y exigía la imposición de estas medidas como ultima ratio y en la medida en que fueran absolutamente necesarias para el proceso, sin embargo nunca la rechazaron. "aunque en nombre de (necesidades inversas y a veces invocadas cada una como exclusiva -sólo el peligro de fuga, sólo el riesgo de obstaculización de las pruebas, ambos peligros a la vez, o la simple gravedad del delito imputado y la necesidad de prevención, o conjuntamente la necesidad de prevención de los peligros de naturaleza procesal y los de naturaleza penal-, la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico" (p. 553).

decidir al respecto, consistía en la disposición expresa de delitos por los cuales debía proceder la detención preventiva; de acuerdo con la Misión internacional, la regulación vigente en ese momento "atenta expresamente contra la regulación internacional que exige no sólo la gravedad del presunto delito y prueba fundada de la responsabilidad, sino prueba razonable de que el imputado se fugará, destruirá las pruebas o modificará el escenario del crimen si queda en libertad. De otro modo, se estaría atentando contra la presunción de inocencia al asumir, *de jure*, que el procesado de ciertos delitos no concurrirá al juicio o alterará las pruebas" (Misión Internacional Derechos Humanos y Situación Carcelaria, 2001, p. 51).

En el Sistema Interamericano se han hecho algunas precisiones acerca de la posible incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006). En el caso Giménez contra Argentina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estudió la situación de una persona que estuvo retenida preventivamente durante cuatro años, y se pregunta por el alcance de la disposición del artículo 7.5 de la Convención en lo que se refiere a "ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad". Si bien no se precisa un término de tiempo concreto, en esta ocasión la Comisión recalca que tanto el derecho de defensa como la presunción de inocencia pueden verse seriamente afectadas cuando la detención con fines preventivos se prolonga indefinidamente, convirtiéndose en una auténtica – que no legítima- pena: "La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados" (p. 242). En un sentido similar, en el caso Suárez Rosero contra Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que cuando se emite una orden de libertad en el curso de un proceso penal y la persona se mantiene detenida por un prolongado periodo de tiempo se viola su derecho a la presunción de inocencia, además de que de acuerdo con el artículo 8.2 de la Convención, los Estados están obligados a no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la

acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (p. 243). Se establece pues un límite sustancial para imposición de estas medidas.

En el mismo contexto del Sistema Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) ha sostenido que la presunción de inocencia debe ser la guía principal para interpretar y restringir las disposiciones relacionadas con la detención preventiva (pp. 95 y ss.). Otro problema relacionado con la detención preventiva y la presunción de inocencia, y el proceso penal en general identificado por la Comisión tiene que ver con la posibilidad de que se utilice la detención preventiva como una forma de "chantaje" para que las personas acepten culpabilidad en el marco de la justicia negociada: "bajo ninguna circunstancia debe tolerarse la práctica de utilizar la detención preventiva de personas como un mecanismo para forzarlas a realizar confesiones, señalar a otros sospechosos, o para inducirlas a auto inculparse y optar un juicio abreviado como una vía para acceder de forma pronta a su libertad" (p. 102)

En el estudio comparado impulsado por iniciativa de la *Due Process of Law Foundation* y presentado por Luis Pásara (2013), se identifica una tensión entre las garantías procesales, particularmente la presunción de inocencia, y la noción social de seguridad en el momento en que se desarrollan discusiones alrededor de la detención preventiva. De acuerdo con este autor, hay una idea en el imaginario social relacionada con que cuando se captura a una persona por la presunta comisión de un delito ésta debe mantenerse detenida y la excepción, que muchas veces se achaca negativamente a los jueces, es que quede en libertad: "al parecer, en la percepción de determinados sectores, la presunción de inocencia concluye con la detención policial" (p. 7). Tal vez ello explique las frecuentes críticas que se hacen ante la puesta en libertad de supuestos delincuentes con ocasión de capturas ilegales, excesos en el término de la detención previa a la presentación ante una autoridad judicial, o por la simple consideración de un funcionario de que no es necesario imponer la medida. De acuerdo con el estudio comparativo, en países como Perú, Argentina, Colombia y Ecuador, en mayor o menor medida, los medios de comunicación, las cabezas del poder judicial (en tanto autoridades con superioridad jerárquica, en unos casos, y con poder disciplinario, en otros) y los grupos políticos de presión tienen una injerencia importante en

la ausencia de autonomía de jueces y fiscales al momento de decidir acerca de la privación de la libertad[38]. Así mismo, este autor señala que en medio de una cultura de escasa protección por los derechos, y ante la facilidad de lavarse las manos diciendo que se está actuando conforme a la ley y las exigencias sociales, muchos jueces y fiscales mediocres tienen poca cautela en las decisiones que toman y acogen el discurso de los medios[39].

En un ataque frontal a la institución, Ferrajoli se refiere esta *medida procesal* como una forma de *presunción de culpabilidad* en el sentido de que una vez restablecido el discurso liberal en Italia con legislaciones posteriores a la Guerra, se mantuvo en todo caso el desmonte de la presunción de inocencia como una regla de tratamiento del imputado con distintas justificaciones para mantener la detención preventiva, particularmente consideraciones relacionadas con la "defensa social". Es en ese mismo sentido que considera que hablar de la detención preventiva como una medida procesal no penal es un sofisma: "La perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por Carrara, y antes por Pagano, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a «estrictas necesidades» sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida procesal, o cautelar y, en consecuencia, <no penal>, en lugar de una ilegítima pena ***sin*** juicio" (p. 553).

[38] Sintetizando esta posición, sostiene que "Las cúpulas de las instituciones del sistema de justicia con frecuencia participan activamente en la generación y el mantenimiento de ese clima. **Declaraciones procedentes del presidente de la corte suprema, el fiscal general o sus voceros se incorporan en ocasiones a la perspectiva del llamado "populismo punitivo", que muchos políticos en la región han abrazado**, haciéndose eco de los reclamos de una "aplicación estricta" de la ley en la que parecería no haber lugar para otra medida cautelar que la imposición de la PP" (p. 9).

[39] Al respecto, sostiene que "Las presiones provenientes del clima encuentran, con cierta frecuencia, una recepción favorable en jueces y fiscales precisamente en razón de que la cultura jurídica de los servidores judiciales latinoamericanos reserva un espacio relativamente frágil para los derechos humanos en general, y la presunción de inocencia en particular". P. 18.

De acuerdo con la posición garantista del jurista italiano, los principios, como la presunción de inocencia, deben cumplirse de manera absoluta, o de no hacerse así, se convierten en meros enunciados falaces. Es por ello que a partir de su propuesta de análisis en niveles externo e interno llega a la conclusión de que, en efecto, se ha comprobado que la detención preventiva no suele servir para lo que de acuerdo con las legislaciones se supone que sirve –análisis externo-, además de que en términos jurídicos –internos- también hay un desplazamiento de la misma. Como consecuencia de lo anterior, la posición del autor italiano no es solamente por reducir sino por suprimir la detención preventiva en nombre de la presunción de inocencia.

Adicional a lo anterior, la detención preventiva puede traer como consecuencia, además de la reducción de la presunción de inocencia, la inoperancia efectiva del derecho a la defensa[40] y al debido proceso de los sindicados, rompiendo con el principio de *igualdad de armas*: "la prolongación de la detención no puede tener otro efecto (por no decir otro fin) que el de situar al imputado en una condición de sujeción, obstaculizarle la defensa, obligarle eventualmente a la confesión y acaso permitir que otros sujetos -la acusación, el actor civil u otros interesados- manipulen las pruebas (…) dentro de una concepción cognoscitivista y acusatoria del proceso, la prisión provisional no sólo no es necesaria sino que resulta perjudicial para la averiguación de la verdad por el cauce del juicio contradictorio" (pp. 557 – 558).

4. Situación de prisiones y Derechos Humanos.

Como un último aspecto a desarrollar en este capítulo, a continuación se hará referencia a situaciones relacionadas con la privación de la libertad y los derechos humanos de la población recluida en establecimientos penitenciarios y carcelarios. Como se ha podido observar, la privación de la libertad no se suele cumplir en lugares separados entre

[40] Acerca de las afectaciones que con ocasión de la detención preventiva puede sufrir el derecho de defensa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "En efecto, el mantener a una persona en detención preventiva mientras dura el proceso debilita sus posibilidades de defensa, particularmente cuando éstas carecen de los medios para sufragar los gastos de su defensa" (2013, p. 100)

condenados y sindicados, y en ese sentido podría decirse que ambos grupos de personas se encuentran en situaciones equiparables de privación de Derechos.

En Colombia, la Sentencia T-153 de 1998 de la Corte Constitucional es un referente obligatorio y podría decirse que ha abierto recientemente el debate sobre las condiciones de vida que se padecen en los establecimientos de reclusión y el carácter de los internados como sujetos de derechos. En efecto, en esa decisión la Corte sostiene que de acuerdo con el orden constitucional vigente en Colombia desde 1991, sin importar las presiones mediáticas u opiniones generalizadas deben garantizarse los derechos de todas las personas, con más razón de aquellas que se encuentran en una situación de sujeción especial y bajo la custodia del Estado: "La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos" (p. 76).

Para identificar la situación que dio lugar a la declaratoria de un *Estado de Cosas Inconstitucional* por parte de la Corte, vale la pena mencionar algunos de sus antecedentes: internos de las cárceles La Modelo de Bogotá y Bellavista de Medellín interpusieron acciones de tutela en contra de la dirección de sus respectivos establecimientos por considerar que se les estaba sometiendo a tratos inhumanos con ocasión de las condiciones de vida en que se encontraban en aquéllos, llegando uno de ellos a afirmar que acude a tal acción constitucional "como un mecanismo transitorio para evitar el perjuicio irremediable de tener que seguir soportando esta tortura a la cual he sido sometido desde hace año y medio" (p. 5), mientras que en el caso de Bogotá los actores consideran que se están vulnerando sus derechos a la salud, la privacidad, la igualdad y la intimidad[41].

[41] Según el informe de la inspección realizada la Cárcel La Modelo de Bogotá, reproducido parcialmente en la sentencia, "Muchos internos se encuentran recostados contra las paredes del patio, cubriéndolas por completo; otros se encontraban durmiendo en costales sobre el piso; otros estaban parados; y algunos realizaban una mínima actividad recreativa.
"En el centro del patio se observa la existencia de un pozo de aguas negras a punto de rebosarse. Según algunos internos, cuando llueve, su contenido se esparce por toda el área de "recreación". Salta a la vista que en el área del patio apenas cabe la tercera parte de las personas que se encontraban allí (800, según se

Las condiciones de habitación de La Modelo son tan precarias que "en el cuarto piso del pabellón 2 se verificó que los internos habitaban en túneles húmedos y oscuros. Allí se presenció la existencia de un espacio de 1.12 metros de ancho por 6 metros de largo y 2 metros de alto, lugar en el cual duermen seis personas. Los internos adaptaron a la entrada un inodoro, utilizado por todos los recluidos en piso cuarto, puesto que los demás baños son usados como celdas. El túnel no tiene ningún tipo de ventilación ni luz y, además, despide un olor penetrante y desagradable a causa del inodoro que se encuentra en su entrada" (p. 25).

Otra situación característica de estos establecimientos es que con ocasión de la situación de hacinamiento todo se convierte en negocio y violencia latente: quienes tienen ciertos niveles de poder en los patios cobran por dormir en celdas, en colchonetas, en pasillos, etc. (CIJUS, 2000, pp 44 y ss.). Otra dificultad denunciada en el caso de Bellavista y que es palpable en gran parte de los establecimientos del país es la demora en el trámite de los asuntos jurídicos de los internos, como las libertades. Lo anterior por la reducida cantidad de abogados y asesores jurídicos, así como los niveles de congestión de las autoridades judiciales. Sobre las condiciones de reclusión en este establecimiento, en la visita se logra constatar que "[e]n el patio 5 hay un total de 1200 internos. Hay 10 pasillos, cada uno con 120 personas aproximadamente. Se constató que en las celdas, que originalmente fueron diseñadas para cuatro personas, se ubicaban 20, 25 y hasta 27 personas. Sobre la cantidad de aire que se respira, se pudo constatar que aunque el clima afuera era fresco, adentro de los cuartos se sentía bastante calor y no corría el aire, evidenciándose una total falta de ventilación en el interior de las celdas" (p. 34). Como conclusión del estudio de las visitas realizadas a estos establecimientos, la Corte sostiene que las condiciones de reclusión en ambos establecimientos son inaceptables: "Las inspecciones le permitieron a la comisión judicial llegar a la conclusión de que las condiciones de reclusión en las dos cárceles citadas son absolutamente infrahumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición personal. Las condiciones de albergue de los internos son motivo de

informa). El espacio para cualquier tipo de actividad deportiva o recreativa es casi nulo. El patio no es apto para que los internos pasen en él la mayor parte del día". (p. 24)

vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados" (p. 39).

Además de que estas condiciones resultan inaceptables en estos establecimientos, realizando una mirada general a todo el sistema carcelario y penitenciario de Colombia, y teniendo en cuenta las estadísticas del INPEC sobre niveles de hacinamiento, es dable sostener que éstas no solamente se presentan en estos establecimientos, sino que corresponden a una situación generalizada en el país, que entre otras consecuencias, implica que se hace inviable cumplir con los objetivos del tratamiento penitenciario, fundamentalmente la resocialización.

Los niveles de hacinamiento de 1997 que dieron lugar a la declaratoria del *Estado de Cosas Inconstitucional* se encontraban en un 44,3[42]%, cifra que ha sido superada en casi un 10% por el actual índice del 53,2% (INPEC, 2014), por lo que podría sostenerse que la situación se mantiene.

De acuerdo con la Corte, el *Estado de Cosas Inconstitucional* es predicable de una situación en la cual se pretende buscar remedio a una situación de vulneración de derechos fundamentales "que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades" (p. 77). De conformidad con lo anterior, puede colegirse que existen tres requisitos para la situación contraria a la Constitución: 1) la afectación de derechos fundamentales de 2) un grupo amplio de personas que se encuentra en una situación similar y 3) en la cual tengan incidencia varias autoridades, de tal manera que sea necesaria su acción mancomunada para superar la crisis.

[42] Esta es la cifra presentada por la Corte en la Sentencia T-153 de 1998 (p. 40), sin embargo, no coincide con la presentada por el Ministerio de Justicia (2013) para la fecha. La falta de coordinación en los sistemas de información de las entidades relacionadas con la política criminal es una dificultad constante en el caso colombiano (Comisión Asesora de Política Criminal (2012).

Entre otras, la decisión fundamental de la Corte en este caso consiste en ordenar al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación organizar un plan de construcción y refacción carcelaria tendiente a superar las condiciones que dan lugar a la vulneración generalizada y sistemática de los derechos de los internos. Como consecuencia de esta orden, se desarrolla la Política de Ampliación de Cupos[43] con la cual se esperaba que para el año 2006 el hacinamiento estuviera en el 20% -no se buscaba acabarlo, pero al menos mantenerlo en niveles no críticos)- (DNP, 2004). El problema con esta posición es que si bien el hacinamiento es un motivo que hace mucho menos soportables los problemas del sistema de prisiones en Colombia, no ataca el problema de fondo relacionado con la política criminal y el tratamiento que se le da a muchos conflictos sociales; un indicio que le da fuerza a la anterior afirmación es el hecho de que hoy, después de 10 años de la política de ampliación de cupos, se mantienen niveles de hacinamiento superiores a los denunciados por la Corte. En ese orden de ideas, Iturralde señala que "[a] pesar del análisis demoledor de la Corte en contra del actuar inconstitucional y negligente del Estado y de sus intrépidas órdenes a diversas agencias estatales para que revertiesen tal situación, lo que su decisión hizo en la práctica fue legitimar constitucionalmente la expansión del sistema penitenciario, en lugar de cuestionar sus fundamentos" (2011, p. 174).

En este texto podrían utilizarse decenas o cientos de hojas describiendo las desalentadoras y escalofriantes escenas descritas en innumerables informes sobre la situación de Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en Colombia. Entre otros, informes como *La Sin Razón* (Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, 1999) describen de forma específica, tema por tema, la manera en que la atención en salud, el acceso a oportunidades de trabajo y de educación, la violencia en contra de las visitas familiares, la falta de acceso a asesorías jurídicas, las condiciones de salubridad y de violencia carcelarias en Colombia ponen manifiestamente en entredicho el ideal resocializador de la prisión. Esta situación empeora cuando se trata de una privación impuesta como consecuencia de la sospecha de ser responsable de una conducta delictiva.

[43] Sobre este punto, revisar el capítulo 3.

Simplemente quisiera llamar la atención sobre tres asuntos interesantes debido a la atención restringida que se les ha dado al hablar de la privación de derechos en este contexto: El primero de ellos hace referencia a las manifiestas desigualdades en el tratamiento que reciben las personas por su condición social y no hacer parte de lo que culturalmente se ha entrado a denominar como *delincuencia* (Iturralde, 2011), que se evidencia en las condiciones de vida en los centros de detención llamados casas fiscales donde se internan ex funcionarios públicos y personas de "prestigio" (o prestancia) que, a diferencia de los demás, vive sin hacinamiento, sin alimentos dañados o de mal aspecto, sin infecciones, con atención en salud, etc. (CIJUS, 2000).

El segundo tiene que ver con el estudio sobre las relaciones de poder en los establecimientos penitenciarios y carcelarios; en su investigación sobre varios estudios de caso, el CIJUS se interesa por ir más allá de los clásicos análisis cuantitativos sobre la situación penitenciaria y entra a preguntarse por la forma en que se desarrollan relaciones de subordinación y violencia física e institucionalizada en contra de los internos tanto por parte de la guardia como de otros grupos de internos que imponen condiciones y formas de vida y mantienen a los demás bajo su dominio con una latente amenaza de ejercicio de violencia –cuando no se desencadena.

Por último, un asunto que tal vez no ha recibido tanta atención como otras situaciones relacionadas con las precarias condiciones de vida pero es quizá peor de dramático es que se refiere a las condiciones de higiene y acceso al agua potable: en la sentencia T-764 de 2012, un interno del EPMSC Cúcuta – ERE denuncia cómo por la falta de acceso a agua potable y las pésimas condiciones de ventilación y acueducto del establecimiento él y sus compañeros se ven sometidos a convivir con olores nauseabundos, a no poder beber agua o bañarse y a constantes infecciones respiratorias y en la piel como consecuencia de la situación sanitaria. Incluso denuncia que por la falta de agua muchos se ven obligados a hacer sus necesidades en bolsas y arrojarlas por las ventanas. En esta ocasión, la Corte recalca la idea de que las personas privadas de la libertad no porque se les atribuya la etiqueta de delincuentes pierden su estatus de sujetos de derechos y deben ser tratados con dignidad: "la potestad que tiene el Estado para sancionar a una persona mediante la

privación del derecho a la libertad personal, no es ilimitada, y exige de las autoridades carcelarias unas obligaciones de hacer y de no hacer en relación con los internos encaminadas a mantener los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, y todos aquellos que deben permanecer intactos, al ser inherentes a la persona" (Corte Constitucional, 2012, p. 10). Además, recalca la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para garantizar la protección del derecho a acceder al agua potable de los internos[44]. Esta sentencia es un precedente importante para que las autoridades se preocupen por este aspecto y los internos tengan mecanismos que les permitan hacer menos intolerable su condición.

5. Conclusiones.

Como se ha observado a lo largo de este capítulo, las condiciones cualitativas y cuantitativas de hacinamiento e indignidad en la cotidianidad de las personas privadas de la libertad en Colombia no se han superado e incluso han empeorado en algunas situaciones no obstante el llamado de atención de la Corte hace ya más de 15 años.

El constante crecimiento demográfico, así como la composición de la población recluida por ciertos delitos y una participación histórica importante de la población procesada dan cuenta de una política criminal tendiente a incrementar las penas y las figuras delictivas como alternativa de gestión de los conflictos sociales. De igual manera, dan cuenta de los impactos específicos que pueden tener las reformas a las normas de procedimiento y la cultura de los servidores judiciales que facilitan el recurso al uso de la detención preventiva como medida que no es excepcional, o que en el mejor de los casos no existen mediciones acerca de la calidad de las que se imponen. Los derechos humanos más fundamentales son constantemente atropellados por el sistema de prisiones, lo cual resulta preocupante en mayor medida al tratarse de personas sin condena, a quienes además se les restringen los derechos a la presunción de inocencia, separación en condiciones que se correspondan con su situación jurídica y defensa.

[44] Señala la Corte que: "en el caso de las personas que están internas en un establecimiento carcelario, no depende de ellas mismas asegurarse el agua para consumo o para higiene, sino que, al estar bajo custodia de las autoridades estatales, son éstas las que deben garantizar el acceso vital del agua a los reclusos" (p. 13).

Capítulo III

Política Criminal y Política Carcelaria y Penitenciaria. Una aproximación conceptual y a la realidad colombiana.

1. Introducción.

Para el abordaje de cualquiera de los problemas que se presentan en el ámbito del Derecho Penal, ya sea de carácter sustantivo o procesal, es necesario inscribirlo en el marco de la política criminal propuesta y desarrollada por el Estado en el campo específico. Si bien es un lugar común sostener que en Colombia no existe política criminal (Martínez Sánchez, 1995, p. 25), y que más bien se trata de una forma desesperada y poco organizada de expedición de normas y respuestas coyunturales, en este capítulo se pretende abordar tal discusión con algo más de detenimiento.

Para ello, en primer lugar se intentarán delimitar los contornos de una noción de Política Criminal abarcando algunos desarrollos precedentes (Binder, 2012; Comisión Asesora de Política Criminal, 2012; Martínez Sánchez, 1995) para posteriormente ubicar la Política Criminal en el campo de las Políticas Públicas (Binder, 2012) estableciendo algunos rasgos generales de las mismas (Ordóñez-Matamoros, 2013; Binder, 2012; Ministerio del Interior, 2012), así como ubicarla en el marco de la noción democracia constitucional (Ferrajoli, 1999; Baratta, 1999; Martínez Sánchez 1999 y 1995; Ibáñez, 1999) y establecer sus límites específicos para el caso colombiano (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012; Corte Constitucional).

Posteriormente, se hará una exposición de los desarrollos y orientaciones generales de la Política Criminal en Colombia (Martínez, 19995 y 1999; Ariza, 2011; Relatoría de Prisiones-Grupo de Interés Público, 2011; Orozco Abad y Gómez Albarello) señalando algunos de los rasgos que la han caracterizado en la realidad a lo largo de los años posteriores a que fuera promulgada la Constitución de 1991. Así mismo, se realizará un énfasis específico en los desarrollos de la Política Penitenciaria en Colombia, particularmente con posterioridad a la expedición de la sentencia T-153 de 1998 en que se ordena a una serie de instituciones "en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los

reclusos condiciones de vida dignas en los penales" (Corte Constitucional, 1998, p. 84). Para ese seguimiento, se tomarán en consideración los documentos del Consejo de Política Económica y Social que proyectaron la superación de la situación de hacinamiento crítico para el año 2010 (Departamento nacional de Planeación, 2004, 2006 y 2009), y algunos enfoques que han mirado críticamente el modelo desarrollado e implantado a partir de lo que se ha denominado "la nueva cultura penitenciaria" (Fundación Comité de Solidaridad con Presos Políticos, 2012; Ariza, 2011).

2. Noción de Política Criminal.

Un punto de partida que se vuelve común al hablar sobre el tema de Política Criminal consiste en el establecimiento de una distinción entre la Política Criminal y la Política Penal[45] (Martínez Sánchez, 1995, pp. 13 y ss.). Podría decirse, en términos generales, que la Política Criminal es una noción mucho más amplia y que abarca a la Política Penal, en tanto que la segunda se limita a la gestión y organización de la actividad e intervención de las autoridades del Estado a través del ejercicio del *ius puniendi* con el objetivo de suprimir o controlar el fenómeno de la criminalidad, mientras que la primera refiere a un ejercicio de control social mucho más amplio que incluye otras medidas tendientes a reducir las conductas y situaciones de negatividad social y que no se limita a, sino que utiliza como uno de sus instrumentos, el derecho penal. La Comisión Asesora de Política Criminal (2012) ha señalado que "la política criminal (…) no se reduce a la política penal ni se confunde con el derecho penal pues tiene una dimensión más amplia. Sin embargo, el recurso al instrumento penal es el elemento distintivo de la política criminal, que la diferencia de otras políticas públicas" (p. 16). De acuerdo con lo anterior, es necesario tener claro que si bien política criminal y política penal no pueden confundirse, ésta tampoco puede confundirse con la política de seguridad ni con la política social, sino que se encuentra en el espectro gris entre ambas y tiene como uno de sus recursos específicos al Derecho Penal.

[45] El profesor Mauricio Martínez Sánchez (1995) llega a sostener que las formas de intervención estatal enfocadas en lo penal como única respuesta ante ciertas situaciones de daño o negatividad social han traído como consecuencia la reducción y vulneración de Derechos Fundamentales y Garantías Mínimas de las personas procesadas y condenadas, y es por ello que "hoy, desde una perspectiva crítica, la <Política Criminal> que se reduce a política penal es considerada más bien como una ideología legitimante del poder punitivo estatal" (p. 14).

Haciendo alusión a esa noción de la Política Criminal como un escenario mucho más amplio que el de la Política Penal, la Corte Constitucional ha sostenido que con ésta se designa al "conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica" (Corte Constitucional, 2001-b, p. 37).

Por otra parte, para introducir su una propuesta de Política Criminal en el marco de las Políticas Públicas y la pertinencia de un *Análisis Político Criminal*, el argentino Alberto Binder (2012) parte del supuesto del poder punitivo como hecho –y no como derecho necesariamente- y como una intervención más o menos organizada de la violencia del Estado que ha estado presente en distintos momentos históricos. Serían estos pues los rasgos característicos de la política criminal en términos generales: "a) el ejercicio de la violencia estatal nunca es ni ha sido un hecho aislado o circunstancial; b) siempre ha respondido a una intencionalidad más o menos explícita, es decir, se ha fundado en alguna "necesidad"; c) se ha ejecutado con distintos niveles de participación (reyes, príncipes, alcaldes, jueces, verdugos, soldados, policías, etc.); d) ha procurado algún efecto que va más allá del ejercicio de la violencia misma; e) siempre ha tenido algún nivel de "ritualización; y, g) por lo tanto, siempre ha tenido algún nivel –aunque tosco- de

justificación" (pp. 11-12). Un aspecto interesante que nos aporta la definición de Binder para el análisis de la detención preventiva desde una perspectiva crítica que tenga como referentes la Constitución y los Derechos Humanos es la alusión al poder punitivo, su organización y objetivos como hechos, lo que permitiría sostener que pueden contener rasgos de ilegalidad y de violencia ilegítima. Para el caso de este estudio, y siguiendo a Ferrajoli (1995), podría afirmarse que la prolongación excesiva de las medidas de detención preventiva, los vejámenes descomunales a los que son sometidos quienes la padecen e incluso la limitación de las garantías fundamentales como la presunción de inocencia que en sí misma implica -al respecto, véase el capítulo 2-, así como la tendencia expansiva de este tipo de medidas en la legislación colombiana –ver capítulo 1- dan cuenta de una orientación de la política criminal lesiva de los derechos y del propio ordenamiento jurídico.

2.1.La Política Criminal en el Campo de las Políticas Públicas.

Al hablar de política criminal y de su racionalización y adaptación al marco jurídico constitucional e internacional es necesario enmarcarla dentro del campo ya bastante desarrollado teóricamente de las políticas públicas, lo que permitiría tener algunos referentes de análisis y de crítica internos y externos a la misma, así como de su (re) formulación. En lo que sigue, se hará referencia a algunas características y elementos generales de las políticas públicas y la pertinencia de ubicar a la política criminal dentro de ellas.

Ordóñez-Matamoros (2013) señala que existen al menos dos dificultades para definir *políticas públicas*: en primer lugar, en el mundo de habla hispana la noción de *política* no tiene la connotación diferenciada que se puede encontrar en la lengua inglesa donde se diferencian *policy* (como el ámbito específico de las políticas públicas), *politics* (la actividad política como poder) y *polity* (como el ámbito del gobierno institucionalizado y diferenciado de la sociedad civil). Por otra parte, son innumerables las definiciones que se han dado de *política pública* por autores de diversas lenguas de acuerdo con los enfoques teóricos y metodológicos desde los que se plantea el término (pp. 27 y ss.)

De acuerdo con el profesor Roth (citado por Ordóñez – Matamoros, 2013), quien incluye un enfoque sociológico, la *política pública* se puede definir como "un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática" (p. 30).

En la propuesta elaborada por Ordóñez-Matamoros y el grupo de la Universidad Externado que trabajan en el texto referenciado, un elemento central dentro de la noción de *política pública* es el del Conocimiento y una orientación explicitada, motivo por el cual desde su perspectiva operacional quedarían excluidas aquellas que se han definido como "políticas públicas implícitas", partiendo de la idea de que en todo ejercicio de definición del poder del Estado existen discursos y orientaciones se hagan o no explícitos. De acuerdo con la definición propuesta por este autor, podría hablarse de tres criterios que deben cumplir las *políticas públicas* para ser tales: el procedimental, referente a que en todo proceso de *políticas públicas* interfieren una serie de decisiones que se encadenan hacia el cumplimiento de algún objetivo a través de una acción o un no hacer; el orgánico, que hace referencia a que las decisiones son tomadas fundamentalmente por *actores públicos* -estatales- no obstante la posible participación de actores privados –sociedad civil, organizaciones privadas, gremios, academia, etc.-; y el criterio material, referente a que en todo proceso de esta naturaleza existen objetivos, recursos y se producen resultados (p. 32). La propuesta de definición operacional de este texto se sintetiza así: "la política pública es el conjunto de acciones implementadas en el marco de planes y programas gubernamentales diseñados por ejercicios analíticos de algún grado de formalidad, en donde el Conocimiento, aunado a la voluntad política y los discursos disponibles, viabilizan el logro de objetivos sociales" (ibíd.).

Acerca de los procesos de las políticas públicas, se ha hablado de un *ciclo de las políticas públicas* que fundamentalmente contiene: 1. La *identificación de un problema*, es decir, aquello sobre lo que se pretende intervenir a través del diseño e implementación de una política. 2. La inclusión dentro de la agenda política del problema, que tiene mucho que ver

con las percepciones y demandas sociales que se pueden canalizar a través de grupos de presión o sectores de poder que se interesan por una intervención (más) organizada en algún campo específico de lo social. 3. La identificación de las alternativas, esto es, conocer los posibles cursos de acción de la actividad estatal en el problema identificado. 4. La negociación política, consistente en las discusiones y deliberaciones (más o menos) públicas que se realicen en torno a esas posibilidades y el posicionamiento de unas y otras por parte de los actores con distintos niveles de poder en la definición de la manera de proceder. 5. La selección de la "mejor" alternativa, que por supuesto no puede plantearse de manera objetiva, sino que justamente tiene que ver con la mayor o menor injerencia que puedan tener unos u otros discursos (o actores) en la toma de la decisión, donde además de los objetivos se definen los instrumentos a través de los cuales se pretenden alcanzar y unos indicadores que hagan posible medir los niveles de éxito. 6. La implementación de la política escogida o la ejecución. 7. La evaluación, consistente en la revisión de los logros, idoneidad de los instrumentos y cumplimiento de los objetivos planteados. 8. La reforma o terminación como último paso, donde se retorna al primer paso ya sea para mejorar algunos aspectos de la política implementada en el tiempo o desecharla definitivamente (pp. 49 y ss.).

Como una metodología pedagógica para identificar de manera más acertada problemas y posibles cursos de acción, el Ministerio del Interior (2012) propone el *árbol de problemas*, donde "se identifica el problema central con sus respectivas causas y efectos, con el cual se busca representar la situación problemática con la intención de detectar las razones que pueden generarlo y sus efectos o consecuencias" (p.10). Esta herramienta busca darle una mayor racionalidad al proceso de identificación y definición de los problemas a intervenir a través de las *políticas públicas* de manera que sea posible identificar y diferenciar problemas, causas y efectos. En otras palabras, que se intervenga, "en la enfermedad y no en los síntomas", para usar una expresión coloquial. Como correlato del árbol de problemas se propone el uso del *árbol de objetivos* que en teoría debería calcar el problema central, sus casusas y consecuencias pero esta vez en términos de escenarios específicos de intervención, objetivos e indicadores (pp. 15 y ss.). Una vez identificados los objetivos es posible trazar un plan de acción que finalmente se plasmará en un documento de política pública.

En cuanto a la ubicación específica de la política criminal dentro del campo de las políticas públicas, Binder (2012) sostiene que es urgente el desarrollo de una política criminal racionalizada[46], puesto que la cantidad de personas privadas de la libertad y afectadas de una u otra manera por el poder punitivo es significativa tanto en América Latina como en otros países del mundo: "la población afectada en los núcleos de acción directísima y directa por parte de la política criminal son lo suficientemente amplios como para dotar a esta política pública de mayor rigor y abandonar las formas emocionales y conceptualistas tan en boga" (p. 9). A pesar de que no siempre ha existido una definición de Política Criminal explícita, la incidencia histórica y aparición constante de teorías que pretenden fundamentar la pena y al Derecho Penal dan cuenta de la necesidad de darle a este ámbito de intervención estatal una racionalidad y unos objetivos. No obstante, la reflexión sobre la Política Criminal ha estado marcada por un carácter fragmentario donde desde los distintos saberes (Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología), y se ha pretendido darle un sentido u orientación sin éxito ni la posibilidad de establecer unos criterios comunes.

Si bien el positivismo intentó salvar este distanciamiento a través de la propuesta de *ciencia penal conjunta* de Von Liszt, lo cierto es que estos intentos "no llegaron a consolidar una matriz analítica de la política criminal, sino que terminaron confundiendo más los distintos planos políticos, jurídicos, morales, técnicos, etc., bajo la idea de que el solo hecho de tener una visión ´integradora´ era virtuoso" (p. 26). Es por ello que este jurista argentino propone el *Análisis de Política Criminal* como una disciplina autónoma que se erige como necesidad inaplazable para la democratización y racionalización del ejercicio de la violencia por parte del Estado.

Binder señala que en el camino de la racionalización de la Política Criminal en los Estados contemporáneos se genera una tensión entre dos principios: por una parte, el principio democrático, de acuerdo con el cual la política criminal debe incorporarse dentro de los debates públicos y, por otra, la pretensión de tecnificación propia de las políticas públicas

[46] Con preocupación, Ferrajoli (1999) se expresa sobre la política criminal en Italia: "En los últimos veinte años nuestra política criminal ha sido siempre una política de emergencia, sin asesoramiento de un diseño teórico, privada de toda dimensión axiológica, cuyo resultado ha sido un derecho penal máximo, al mismo tiempo inflacionario e ineficaz y una justicia que de hecho golpea preponderantemente la pequeña delincuencia" (p. 30).

donde ciertos saberes y experiencias tendrían mayor valor con ocasión de su validación dentro de paradigmas de conocimientos propios del campo de las políticas públicas. No obstante, es difícil pensar en optar por una u otra de manera definitiva: una excesiva exacerbación de "lo democrático" podría dar lugar también a una expansión incontrolada del derecho penal como respuesta a los alarmismos e imaginarios sociales –creados- frente al delito y la delincuencia, mientras que una tendencia excesiva hacia lo técnico sustraería de manera definitiva al debate del público y dejaría las decisiones de la materia en manos de "expertos" que, no obstante, se reconoce que en cualquier caso tomarán una decisión *política* –con esto se rechaza la idea de la *cientificidad* del conocimiento en este ámbito. El jurista argentino señala que "la tecnificación del trabajo de esas burocracias puede tanto significar una mayor eficiencia en el desarrollo de las políticas como el establecimiento de políticas que se sustraen al control democrático. Esta tensión es ineludible" (p. 37).

Por último, hay que resaltar que el *Análisis de Política Criminal* debe servir, de una parte, para ordenar y clarificar el debate sobre la política criminal, así como plantear criterios de seguimiento y evaluación a la misma[47], cuestionando los lugares comunes que se entienden como soluciones incuestionables en el ámbito del Derecho Penal, la Criminología y el Procedimiento Penal: "en el diseño de la Política Criminal, cualquier idea, por más superficial que sea, tiene cabida; cualquier ocurrencia puede adquirir de inmediato el carácter de doctrina extendida y la permanente y peligrosa recurrencia al ´sentido común´ esconde –las más de las veces- encubrimientos ideológicos normalmente de signo autoritario o el populismo más irresponsable" (pp. 70-71).

2.2.La Política Criminal en el Marco de una Democracia Constitucional.

Una primera aproximación entre el Derecho Penal y la Democracia, entendiendo a la segunda de manera genérica como "gobierno de las mayorías" podría traer como consecuencia una orientación inevitable "hacia formas de derecho penal máximo, o sea, al máximo represivo, privado de límites y garantías" (Ferrajoli, 1999, p. 16). No obstante, al hacer referencia a la democracia como "Democracia Constitucional", se replantea la

[47] Acerca de la necesidad de racionalización de la Política Criminal para Colombia, la Comisión Asesora de Política Criminal sostiene que "Una política criminal apropiada no sólo debe respetar los principios normativos que la enmarcan, (…) sino que además debe estar sustentada empíricamente, pues su eficacia depende de que responda a las necesidades del contexto particular de cada sociedad" (p. 25).

pregunta de *quién decide* y se pasa a la cuestión de *qué es posible decidir y qué no es posible decidir*, es decir, se introduce la dimensión de los derechos de las minorías –incluso de las llamadas desviadas- y de las garantías que no pueden reducirse ni siquiera con un consenso absoluto. En ese contexto, el Derecho Penal debería configurarse como "derecho penal mínimo, o sea, como técnica de minimización de la violencia en la sociedad: de la violencia de los delitos, pero también de las reacciones a ellos; en suma, que él cumpla un doble objetivo: no sólo la prevención y minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales a los delitos y la minimización de las penas" (p. 18). Con la fórmula anterior, el maestro Ferrajoli nos plantea un sentido deseable de la intervención del sistema penal en el marco de una democracia constitucional signada por el respeto de los derechos como herramientas para minimizar la violencia institucionalizada que se ejerce a través de los procedimientos y las penas. No obstante tal idealización, la realidad penitenciaria y penal en países como Italia o Colombia da cuenta de la continuidad del énfasis de la criminalización en infracciones mínimas cometidas por sujetos débiles, lo que plantea la necesidad de repensar todo el sistema de derecho penal.

En un sentido similar, al hablar del constitucionalismo contemporáneo, el profesor Mauricio Martínez (1999) hace referencia a la transformación de los sistemas jurídicos en tanto que la validez de las normas no se limita al ámbito procedimental, sino que ellas tienen también una dimensión de validez sustantiva en la medida en que coincidan o no con los derechos y principios fundamentales consagrados en el ordenamiento constitucional. En concepto de este penalista, la constitución ha hecho una *incorporación limitativa* en el entendido que establece límites a lo que no puede hacer el estado en sus actuaciones, así como una *incorporación potestativa* consistente en una serie de imperativos positivos o mandatos de acción que imponen obligaciones de hacer a las autoridades; "los derechos fundamentales cumplen una función negativa en cuanto ellos representan un límite al poder punitivo, pero al mismo tiempo, una función positiva en cuanto con la justicia penal es posible, aunque no necesario, defender los derechos fundamentales frente a situaciones de negatividad social" (p. 8). No obstante lo anterior, la comprensión de los principios como mandatos de optimización (en la conceptualización de Alexy como prescripciones que se deben cumplir en la mayor medida de lo posible) ha dado lugar a que, al menos Colombia, soluciones contradictorias que en algunos casos desconocen las garantías fundamentales en

nombre del interés o los reclamos de "las mayorías": "Sólo esta relativización de los principios y los derechos explica el pragmatismo asumido por nuestra Corte Constitucional en muchas de sus decisiones tan contradictorias entre sí en relación con el funcionamiento de la justicia penal" (p. 6). Un concepto similar sostienen Orozco Abad y Gómez Albarello (1999) al denunciar los peligros de reducción de las garantías liberales clásicas que comporta la incorporación de juicios como la ponderación propios del nuevo constitucionalismo en las decisiones sobre política criminal[48]. En este contexto, es resaltado el papel de los derechos fundamentales como una *barrera infranqueable* que permita darle legitimidad al sistema legal dentro del nuevo marco constitucional. En ese sentido, también se resaltan una serie de principios limitativos específicos al Derecho Penal derivados de ser el Estado Colombiano uno de Derecho, Democrático y Social (Martínez, 1999, pp. 11 y ss.).

Por otra parte, el mismo Martínez (1995), señala dos asuntos esenciales en la formulación de la política criminal para la realidad colombiana: en primer lugar, partiendo del reconocimiento de que las principales víctimas de la delincuencia y clientes del sistema penal corresponden a los sectores populares, y que las manifestaciones comúnmente designadas como *delincuentes* por parte de los discursos oficiales tienen que ver con situaciones de privación de derechos y del acceso a necesidades básicas en el marco de un Estado social, "debemos también vigilar la política social del gobierno y exigir medidas socio-económicas dirigidas a mejorar la calidad de vida de la población marginada y vulnerable, con lo cual estamos exigiendo una política criminal eficiente[49], pues como

[48] Al respecto, los autores señalan que "en el mundo actual, en gracia de la convicción arraigada en el sentido de que no hay jerarquías estables entre los valores, es muy probable que la instauración de un modelo de preferencia estructural del interés colectivo –del orden público, etc.-, pase más bien por la instauración hegemónica de un modelo de *sopesamiento sin límites*, el cual, a su vez, mediado en el miedo estable y consistente –si no creciente- de las gentes, estimule la entronización de la dictadura del bienestar social" (p. 76).

[49] La presentación de la eficiencia-garantismo como conceptos contradictorios y dos extremos en las tendencias de política criminal es común en las discusiones sobre este asunto. No obstante, en este punto el profesor Martínez parece sugerir que una política criminal –que no *exclusivamente* penal- eficiente sería aquella que ataca las situaciones que inciden en la aparición de conductas delictivas. En un estudio comparativo entre la política criminal alemana y colombiana de la posguerra, Orozco Abad y Gómez Albarello (1999) sostienen que en la tensión entre política social y política de seguridad, la política criminal colombiana se ha orientado fundamentalmente hacia la de seguridad en extraña una mixtura entre la política de seguridad exterior –de guerra- y las políticas orientadas a controlar la crimnalidad: "En Colombia, el derecho penal –legal y jurisprudencial- tiene una marcada tendencia a estructurarse, formal e

quedó (…) señalado, es irrefutable que la mejor política criminal reside en una política social de transformaciones y de satisfacción de necesidades básicas" (pp. 30-31). En segundo lugar, sugiere que una política criminal de los derechos fundamentales debe estar racionalizada y responder a las realidades y diagnósticos de carácter científico que se han hecho acerca de la delincuencia y la excesiva violencia institucionalizada del sistema penal para romper con la justificación del mismo simplemente a partir de sus funciones simbólicas.

En relación con el papel de la pena y el castigo como instituciones sociales[50], el maestro Alessandro Baratta (1999) recalca que si bien las teorías de la pena se encuentran actualmente en crisis, en un Estado Democrático se debe reivindicar la reintegración social del detenido como única alternativa para la legitimación de su detención: "en la alternativa que yo sostengo, se parte de la premisa según la cual la reintegración social del condenado no puede y no debe hacerse a través de la pena (detentiva), sino *no obstante* y contra la pena, vale decir, contrarrestando los efectos negativos que la privación de la libertad ejerce sobre sus oportunidades de reinserción" (p. 72). La preocupación del criminólogo italiano surge de las tendencias norteamericanas de la *neutralización del delincuente*[51] como única alternativa ante la renuncia al principio de resocialización y los aspectos humanitarios y garantistas que podrían acompañarla. Se busca así superar la fallida noción de resocialización e integrar una perspectiva positiva de la reintegración social, para lo cual se proponen algunos elementos programáticos, de entre los cuales vale la pena destacar la presunción de normalidad del detenido y la supresión de los criterios peligrosistas en el tratamiento de los condenados o de los procesados.

En cuanto al asunto específico de la detención preventiva, el Magistrado del Tribunal Superior de Madrid Perfecto Andrés Ibáñez identifica el uso de esta medida como *el problema* del proceso penal en los países que formalmente han reconocido la presunción de

---

informalmente, como un derecho penal de enemigo. Al fin y al cabo, entre nosotros, el delincuente –y no solo el delincuente político- existe, efectivamente, como enemigo –externo e interno (p. 18).

[50] Al hacer alusión a la pena como consecuencia formal de la comisión de una conducta delictiva no se excluye necesariamente la privación de la libertad como medida procesal -que incluso se ha denominado *sanción anticipada*- en tanto en uno y otro caso se generan efectos similares, por no decir que iguales, sobre la vida y los derechos del detenido. Al respecto, véanse los capítulos 2 y 4.

[51] Al respecto, véase el aparte 5 del capítulo 4, sobre las transformaciones en los discursos y prácticas alrededor de la prisión en las sociedades contemporáneas.

inocencia como corolario de sus órdenes constitucionales[52]. En el pensamiento liberal, una vez abolida formalmente la tortura, la detención preventiva ha sido constantemente un tema de incomodidad y difícil justificación para los autores de distintas tendencias: "la cuestión de la prisión provisional, de su legitimidad, permanecerá en el pensamiento liberal demandando una justificación y recibiéndola de los autores con matices diferenciales, pero siempre con un tinte de claro malestar de fondo en sus manifestaciones al respecto" (1999, p. 40). En el caso de los funcionarios judiciales, Ibáñez encuentra que existe una dificultad para justificar en concreto las medidas de detención preventiva dado su fuerte contraste con el principio de presunción de inocencia, además de que las resoluciones no suelen ser debidamente motivadas. Este español equipara a la detención preventiva, en la práctica, con una pena, a pesar de que formalmente se hable de ella simplemente como una medida procesal. Es por ello que en el marco de una política criminal democrática de un estado de derecho es necesario replantear la forma en que se están utilizando este tipo de medidas.

2.3. Límites Constitucionales y Política Criminal en Colombia.

Ahora bien, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano se han establecido algunos límites al desarrollo de la Política Criminal desde la Corte Constitucional. Al hacer referencia a éstos no se pueden dejar de lado las críticas que desde la academia se han hecho al alto tribunal en razón a la reducción o supresión de garantías procesales o penales como consecuencia del uso de criterios de *defensa social* tomados en consideración en juicios de ponderación u otro tipo de decisiones alrededor de la constitucionalidad de normas de carácter represivo (Martínez, 1995; Orozco Abad y Gómez Albarello, 1999).

Como se resaltó antes, la Corte ha entendido que la Política Criminal no se limita a la Política Penal, sino que también incorpora otras herramientas orientadas a reducir las situaciones negativas que inciden en o aparecen como consecuencia del fenómeno criminal (2001-b).

En cuanto al *objeto de la política criminal*, la Corte refiere una serie de elementos que a través de la jurisprudencia se han ido señalando como materias de regulación propias de

[52] Para un desarrollo más específico del problema de la relación entre presunción de inocencia y detención preventiva, véase el aparte 3.2 del capítulo 2 donde se retoman algunas consideraciones de Ferrajoli (1995).

ésta, entre los cuales se encuentran la criminalización de ciertos actos, la imposición de penas y sanciones o alternativas, y vale la pena resaltar, a través de ella se "[d]eterminan las causales de detención preventiva, como instrumento para perseguir adecuadamente el delito, pero siempre dentro de criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garantizan la libertad personal como derecho fundamental" (pp. 31-32).

En relación con la *naturaleza jurídica de las normas penales y de procedimiento penal*, en esta providencia se estudia una demanda presentada contra la totalidad de la ley 600 de 2000 –antiguo código de procedimiento penal- por considerarse, entre otras cosas, que su promulgación es contraria a la constitución en tanto que la legislación penal debe pasar por un procedimiento legislativo cualificado[53] en la medida en que toca temas relativos a la administración de justicia y los derechos fundamentales. Sin embargo, la Corte termina por matizar esta afirmación. Sostiene la Corte que "[d]e conformidad con los criterios materiales citados, la inclusión de asuntos sometidos a la reserva de ley estatutaria dentro de una ley ordinaria, no obliga a que la totalidad de la ley deba ser tramitada por el mismo procedimiento excepcional. En este caso, *sólo aquellos asuntos que afecten el núcleo esencial de derechos fundamentales*, bien sea porque restringen o limitan su ejercicio o su garantía, deben ser tramitados como ley estatutaria, pero los demás asuntos no cobijados por este criterio material pueden recibir el trámite de una ley ordinaria" (p. 52; énfasis propio). Ello deja, de todas maneras, un margen de indeterminación en relación con *qué* se entiende como *el núcleo esencial de los derechos fundamentales.* En todo caso, la Corte termina por declarar la exequibilidad de la ley 600 de 2000 por cuanto no hay una denuncia específica de las normas que se considera debieron tramitarse por ley estatutaria.

[53] Acerca de la necesidad de procedimientos calificados para la expedición de la legislación penal, Ferrajoli (1999) propone una cláusula de reserva, la cual "debería implicar que todas las normas sobre delitos, penas y procedimientos deben estar contenidas en los códigos penal sustantivo y procesal y que no puedan ser introducidas sino mediante una reforma aprobada por procedimiento legislativo calificado. Se trata de una medida indispensable para retornarle credibilidad al derecho penal y para restituirle a su naturaleza de extrema ratio" (p. 32).

Acerca del tema de los *actores* en la formulación y ejecución de la política criminal, en la misma providencia la Corte sostiene que si bien el Consejo Superior de Política Criminal[54] como órgano asesor del Ejecutivo y el Congreso de la República como representante del pueblo en principio aparecen como formuladores de la misma, se resalta que otros órganos del Estado como la Fiscalía General de la Nación[55], el Consejo Superior de la Judicatura, el Gobierno Nacional, la Corte Suprema de Justicia, el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo también tienen competencia en sus ámbitos de intervención específicos (p. 19). De acuerdo con la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), en la realidad institucional del país hay dificultades para la coordinación de estas entidades y dejar en manos del legislador las decisiones sobre política criminal, si bien podría decirse que responde al carácter democrático y de deliberación pública del Estado colombiano, también trae dificultades como el recurso al *populismo punitivo*, motivo por el cual se ha creado en 1995 el Consejo Superior de Política Criminal, y que tenía como objetivo asesorar al Presidente de la República en la formulación y revisión de la Política Criminal del Estado. Además de esta Comisión, existen cerca de 15 comisiones, comités o consejos que cumplen funciones muy similares con énfasis específicos, lo que dificulta la coordinación de las orientaciones en política criminal. "La permanente creación de estos comités surge como respuesta a las continuas necesidades de coordinación entre las diferentes entidades del sistema penal. A pesar de ser clara esta necesidad, en la práctica se ha dado un paralelismo institucional que dificulta la coherencia de la política criminal" (p. 42) Es por ello que la Comisión llama la atención acerca de la necesidad de unificar en el Consejo Superior de Política Criminal la coordinación de la misma y convertirlo en un órgano consultivo y deliberativo de carácter obligatorio.

[54] "En este órgano concurren todas las autoridades de las diversas ramas del poder público que cumplen alguna función en materia criminal y pueden ser invitados otros funcionarios o ciudadanos cuyo conocimiento o experticio sea apropiado para ilustrar algún aspecto de la política criminal" (p. 21).

[55] En este caso particular, se demandaron las leyes 599 y 600 de 2000 en su integridad por considerarse que el Fiscal General no cuenta con atribuciones de iniciativa legislativa en materia de política criminal. En contraposición, la Corte sostuvo que "Dadas estas funciones especialísimas de la Fiscalía, la Asamblea Constituyente consideró conveniente que ésta participara en el diseño de la política estatal del Estado en materia criminal. El monopolio de la investigación criminal ordinaria confiado a la Fiscalía General de la Nación le otorga una perspectiva única y cualificada que resulta valiosa para el diseño de la política estatal en esta materia" (2001-b, p. 18).

En cuanto al carácter de *política pública* de la política criminal, sostiene la Corte que si bien las normas penales, de procedimiento penal y penitenciarias –entre otras- se inscriben dentro del objeto de la misma, y la propia Constitución hace referencia explícita a la política criminal como un ámbito de política pública, pero entre los límites que se pueden imponer a la libertad de configuración del legislador en la materia no se encuentra la racionalidad ni pertinencia en términos técnicos de tal política: "no le corresponde a la Corte analizar estos aspectos atinentes a la conveniencia, a las bondades, a la adecuación, a la necesidad o a la probabilidad de éxito del Código Penal. Ponderar todo ello es responsabilidad del Congreso de la República, de la opinión pública y de la academia" (p. 40). Así mismo, ha sostenido que "ha dejado dicho este Tribunal, que el supuesto en el que el criterio político-criminal del legislador es susceptible de controvertirse en el juicio de inconstitucionalidad, tiene lugar cuando dicho criterio ha llevado a la expedición de normas contrarias al Estatuto Superior. En dichos casos, lo que se cuestionaría no sería un modelo de política criminal en sí sino la legitimidad de reglas de derecho por su contrariedad con la Carta y de allí que, en esos supuestos, la decisión de retirarlas del ordenamiento jurídico tenga como referente esa contrariedad y no el criterio de política criminal que involucran". (Corte Constitucional, 2009-a, p. 16).

Por otra parte, la Comisión Asesora de Política Criminal ha resaltado que la política criminal y sus límites constitucionales inciden en tres escenarios de la criminalización: la criminalización primaria, correspondiente a la definición de las conductas como delictivas, la secundaria referente a los procedimientos penales y la terciaria referente a las penas y su ejecución. En cuanto a la parte del procedimiento, para este investigación vale la pena resaltar el debido proceso, que incorpora varias dimensiones, y de él hace parte "[e]l derecho a la presunción de inocencia y a ser tratado de acuerdo con ella, lo que significa que durante toda la actuación la persona investigada o procesada debe ser tenida como no responsable de la conducta punible y por ende las medidas restrictivas de sus derechos solo proceden excepcionalmente y deben estar condicionadas a estrictos requisitos para su procedencia" (p. 19). Así mismo, algunos principios constitucionales y de los Derechos Humanos irradian el sistema del procedimiento penal, de entre los cuales merece especial mención: "[e]l principio de igualdad de armas, según el cual las partes puedan *acudir ante el juez con las mismas herramientas, oportunidades, elementos de convicción, sin*

privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales" (p. 20); lo anterior por cuanto, como se ha resaltado en el capítulo 2 de este documento, la privación de la libertad como medida dentro del procedimiento penal tiene injerencia en la reducción de la posibilidad de ejercer la defensa en condiciones de igualdad por parte de la persona procesada.

En reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, la Corte ha hecho alusión al principio de *libertad de configuración legislativa*, de acuerdo con la cual la Carta no establece unos lineamientos claros de Política Criminal, sino que se erige fundamentalmente como límite negativo. De conformidad con lo anterior, a la Corte solamente corresponde verificar que en desarrollo de los instrumentos de política criminal no se vulneren los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, así como el respeto por la legalidad estricta, limitándose la posibilidad de establecer tipos o normas indeterminados (Corte Constitucional, 2012-a). En otra decisión, señaló que "aun cuando la Constitución Política le reconoce al legislador un margen de discrecionalidad relativamente amplio para desarrollar la política criminal del Estado, la validez de las medidas que en ese escenario se adopten, depende de que las mismas sean compatibles con los valores superiores del ordenamiento, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, debiendo entonces mantener un margen de razonabilidad y proporcionalidad con respecto al fin para el cual fueron concebidas" (2008-a, p. 15).

En lo que se refiere a la libertad personal y en el caso particular de la sustitución de las medidas de aseguramiento en establecimiento carcelario, la Corte ha sostenido que en estos casos la libertad de configuración del legislador no es absoluta, sino que se ve restringida por los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, así como deben ser excepcionales: "ha destacado la jurisprudencia que la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal, indiscriminado, general y automático. Ello implica que su aplicación o práctica no se impone siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de los personas, garantizar la vigencia de los principios

constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, artículos 1º y 2º)" (Corte Constitucional, 2008-c, p. 20).

3. La Política Criminal en Colombia tras la expedición de la Constitución de 1991.

Como se resaltará en extenso más adelante, pensadores contemporáneos como Garland (2005) y Wacquant (2010) han hecho referencia a las transformaciones y tendencias de la política criminal a finales del Siglo XX y principios del Siglo XXI en Europa y los Estados Unidos. Estos criminólogos relacionan la transición del Estado de bienestar al neoliberalismo como una transición donde, en el campo de la penalidad, hay una renuncia al ideal resocializador de la prisión y a la posibilidad de reducir algunos conflictos a través de las asistencias sociales, motivo por el cual como correlato del desmonte del Estado de bienestar se pasa a un fortalecimiento del Estado penal caracterizado por la idea de que el delito es un defecto individual, por lo que se impulsan políticas de *tolerancia cero* y los sistemas punitivos asumen una clara tendencia racista y excluyente de los sectores tradicionalmente marginados. No obstante algunas diferencias, Iturralde (2011) encuentra una tendencia bastante similar en Colombia, donde la Política Criminal se caracteriza por el fortalecimiento de este tipo de discursos acompañada por reformas legales que cada vez crean más conductas delictivas, castigan más severamente las previamente establecidas y reducen las garantías de procesados y condenados: "Las prisiones, colombianas y de otros países, también ponen de relieve la tendencia de diversas sociedades contemporáneas a afrontar los problemas estructurales y la inestabilidad social principalmente a través de mecanismos represivos plasmados en la política criminal, lo que ha consolidado una forma de gobernar a través del control del crimen" (p. 119).

En este aparte se hará referencia a algunas tendencias generales de la política criminal en Colombia, así como a la política penitenciaria que de alguna u otra manera enmarcan la forma en que se ha tratado a los procesados sometidos a detención, de una parte, y la situación de hacinamiento y vulnerabilidad en que se encuentran éstos junto con los condenados, de otra.

3.1.**Contornos generales de la Política Criminal en Colombia.**

En la década de los 90, podría hablarse de una Política Criminal caracterizada por el discurso de la "impunidad", de acuerdo con el cual para superar los problemas de la criminalidad es necesario recurrir constantemente a los estados de excepción, el incremento de penas y, en fin, la reducción del Estado de derecho (Martínez, 1999). De igual manera, en este período la política criminal se encuentra marcada por un lenguaje bélico donde la Política Criminal camina de la mano e incluso es supeditada a la Política de Seguridad, particularmente en temas como la *guerra* contra las drogas y el narcotráfico donde es evidente la intervención de los Estados Unidos en la definición de las prioridades de Colombia en la materia. Hay que tener en cuenta, también, que los 90 son un período de recrudecimiento del conflicto armado con una escalada de las acciones de las guerrillas y de los grupos paramilitares, donde los discursos de la Doctrina de la Seguridad Nacional[56] y la generalización de un uso excesivo de la violencia estatal a través de, por ejemplo, la justicia regional, jueces sin rostro y el recurso a los estados de excepción es común y marca un retroceso del carácter garantista del Derecho Penal (Orozco Abad y Gómez Albarello, 1999). Se genera entonces una extraña confusión entre la guerra, la Seguridad Nacional y la intervención penal. En ese orden de ideas, Martínez caracterizaría al sistema penal como una guerra ilegítima e irregular: "La legitimidad de esta guerra es buscada a través de la presentación de la "delincuencia" como una minoría y como enemiga absoluta del Estado y la sociedad colombiana, pero ocultando que es una *guerra sucia* por librarse selectivamente contra una minoría, contra los sectores más vulnerables de la población, e igualmente sin respetar muchas veces los límites fijados constitucionalmente para la intervención del Estado a través del sistema penal" (1999, p. 3).

Así mismo, la Política Criminal del periodo está signada por el recurso al uso político y simbólico del derecho penal en dos sentidos: por una parte, a través del llamado *populismo punitivo*, se instrumentaliza el uso de la violencia del Estado para dar réditos políticos y legitimidad a políticas de *mano dura*, y de otro, se pretende generar una sensación de

[56] Martínez Sánchez (1995) habla de una "nueva ideología de la seguridad ciudadana" caracterizada por: "a) el discurso de la <impunidad> difundido por los medios de comunicación; b) reforzamiento del poder de policía; c) asimilación de la <ciudadanía> con el Estado, identificando de esta manera <seguridad ciudadana> con <seguridad pública> o del <poder público>".

seguridad y de que "se está haciendo algo" frente a la delincuencia, dándole legitimidad al *status quo* y sin atacar otros problemas estructurales (Martínez, 1999).

Así mismo, este penalista colombiano ha sostenido que en Colombia, los principios enunciados como propios de un derecho penal mínimo y que en su concepto se corresponden con la noción de Estado Democrático de Derecho, "están muy lejos de nuestra realidad" (1995, p. 24). Contrario a la afirmación común de que "en Colombia no existe política criminal", el profesor sostiene que lo que ocurre es que hay una reducción de la política criminal a la política penal, caracterizada por la expedición constante de leyes penales encaminadas a "combatir la criminalidad". No obstante lo anterior, lo que sí podría afirmarse es que no hay una racionalización clara en el desarrollo normativo en el sentido de insertarlas en un marco de *políticas públicas* donde se identifiquen objetivos, posibles efectos y se tengan en cuenta datos empíricos y experiencias históricas: "La afirmación acusación [de que en Colombia no existe política criminal] es cierta sólo si se interpreta en el sentido que, en Colombia, por ejemplo, se expiden normas sin importar los efectos reales sobre la <criminalidad> o sus efectos contraproducentes para un Estado social de derecho" (p. 25).

Durante los primeros años del Siglo XXI, si bien se puede decir que se han mantenido muchos de los rasgos de la desorganización, falta de previsión y sustento empírico, así como se sostienen muchos discursos que identifican la delincuencia con un enemigo al que hay que someter e incluso suprimir, también han existido algunos avances importantes como la entrada en vigencia de un sistema con pretensiones acusatorias donde el fiscal ya no es juez y parte, se ha reducido el recurso a los estados de excepción en materia penal y han desaparecido figuras de judicialización violenta como la justicia regional y los jueces sin rostro. No obstante lo anterior, el desarrollo legislativo posterior a la expedición de las leyes 599 de 2000 y 906 de 2004 se puede caracterizar por una tendencia expansiva del derecho penal y la reducción de algunas garantías alcanzadas en materia del procedimiento, particularmente en lo que se refiere a la detención preventiva[57].

[57] Para un desarrollo extenso de las transformaciones que han sufrido las normas procesales que regulan la detención preventiva desde la expedición de la ley 906 de 2004, así como los pronunciamientos de la Corte Constitucional a la que éstas han dado lugar, véase el capítulo 1.

En un informe del año 2012, la Relatoría de Prisiones de la Universidad de los Andes señala que, por ejemplo, en lo últimos años se han expedido unas 14 leyes que han impactado la cantidad de la población carcelaria. Se cree que, por ejemplo, la ley 1453 de 2010 al haber flexibilizado las posibilidades de establecer detención preventiva, así como haber creado nuevos delitos e incrementar penas puede haber sido determinante en el importante incremento sufrido durante 2011. Los autores del informe consideran que las tendencias "evidencian la forma como el legislador colombiano y el Gobierno Nacional desconocen los serios efectos que pueden generar las normas que son expedidas en materia penal y carcelaria" (p. 6). Se trata de una política criminal fundamentalmente reactiva y poco basada en las situaciones de la realidad empírica. Entre las principales causas que se encuentran para que se mantenga la situación de hacinamiento, se habla de "**(i)** la implementación de políticas represivas de control que plantean la privación de la libertad como respuesta fundamental a las necesidades de seguridad ciudadana; **(ii)** el favorecimiento de la detención preventiva; **(iii)** obstáculos para dar respuesta adecuada a incidencias propias del proceso penal y permitir la salida de las personas privadas de la libertad; y **(iv)** la falta de infraestructura adecuada para alojar a la creciente población penitenciaria" (p. 4).

Por otra parte, en su informe la Comisión Asesora de Política Criminal (2012) identifica, como se mencionó antes, tres escenarios de análisis correspondientes con los momentos de la criminalización: la primaria, que se refiere a la definición de las normas penales; la secundaria, atinente a los procedimientos; y la terciaria, en lo que concierne a la ejecución de las penas. A partir de lo anterior, para realizar un análisis de las tendencias de política criminal en Colombia, la Comisión toma por separado el momento de la criminalización primaria y agrupa en una categoría la secundaria y terciaria identificando rasgos generales de cada grupo. A continuación se presentan algunos rasgos de la primera categoría, pues la segunda y tercera se tratan en otras partes de este documento.

En relación con la criminalización primaria, sostiene que "[u]n examen de las medidas de política criminal en Colombia en las últimas décadas muestra que carecemos de una política criminal consistente y de largo plazo, fundada empíricamente y enmarcada constitucionalmente. Por el contrario, la política criminal en Colombia se ha caracterizado

por [algunos] rasgos, que distan de ser positivos" (p. 25). A continuación se presentan algunos de los que se encuentran pertinentes para el análisis. En primer lugar, se trata de una política reactiva, sin fundamentación empírica, con incoherencias y falta de perspectiva de los Derechos Humanos, donde los gobiernos (en el sentido amplio) de turno han respondido a los alarmismos de los medios para mostrar eficiencia de la gestión contra la criminalidad e incluso se ha intentado recurrir a reformas constitucionales para incrementar la sensación de justicia y seguridad, como ocurrió con el fallido proyecto de cadena perpetua para quienes cometieran ciertos delitos donde el sujeto pasivo fueran niños o niñas. Por otro lado, no ha existido una racionalización en términos de proyección o seguimiento de las decisiones que se toman ya sea "i) a nivel normativo sobre la coherencia del sistema penal, o ya sea a nivel empírico sobre ii) la carga de trabajo de los operadores de justicia, o iii) sobre el sistema carcelario y penitenciario, o iv) sobre la evolución misma de los fenómenos criminales" (p. 26). Por otra parte, ha habido falta de sistemas claros y unificados de información (policía, fiscalía, rama judicial e INPEC), así como se han tomado medidas contradictorias entre sí para enfrentar la criminalidad. Además, se señala la falta de enfoques diferenciales que atiendan a situaciones de edad, sexo, pertenencia a grupos étnicos, diversidades sexuales, etc. Por otra parte, como ya se ha señalado aludiendo a otras fuentes, hay una tendencia clara al incremento de las conductas criminalizadas y a las penas para las mismas, con especial incidencia en los topes mínimos. No obstante lo anterior, la Comisión resalta que estudios empíricos han demostrado que no es la severidad de las penas, sino la eficiencia de la justicia, la seguridad de que habrá sanción lo que podría tener alguna incidencia en la reducción de los índices delictivos. Por último, vale la pena destacar de entre las reflexiones de la Comisión sobre el particular que "la política criminal, sin confundirse con la política social, ni absorberla, no debe ignorar la aguda pobreza, desigualdad y discriminación que existen en Colombia. Pero en general las decisiones de política criminal han sido bastante insensibles a estos fenómenos" (p. 36).

3.2. Política Penitenciaria en Colombia: la Política Pública de Ampliación de cupos y el desatinado énfasis en lo cuantitativo.

Como se mencionó antes, entre otras órdenes, la Corte Constitucional (1998) prescribe la realización de un plan de construcción y refacción carcelaria dirigido a superar la situación

de hacinamiento en que se encontraba en ese momento el sistema carcelario y penitenciario de Colombia, con el objetivo de hacer más dignas las condiciones de reclusión de los personas privadas de la libertad (Corte Constitucional 1998). La respuesta de las autoridades administrativas, en cabeza del Departamento Nacional de Planeación y el CONPES fue la Política Pública de Ampliación de cupos donde, coincidiendo con la Corte, se partía de la idea de que en la medida en que hubiera una mayor cantidad de cupos, las condiciones de habitación se harían menos precarias.

Un documento CONPES es un "documento técnico presentado por el DNP en coordinación con el Ministerio y/o las entidades públicas encargadas de ejecutar los programas en el área bajo discusión" (Ministerio del Interior, 2012, p. 3). En otras palabras, son la forma de plasmar de manera clara la intervención del Estado sobre los asuntos sociales problemáticos a través de políticas públicas que implican coordinación de acciones entre instancias estatales y disposición de recursos encaminadas a un objetivo definido como deseable por la autoridad o la sociedad.

El primer documento CONPES en que se trata el tema del hacinamiento carcelario es el Conpes 3277 de marzo del año 2004 titulado "Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios" en el que expone la situación del momento en que era evidente una diferencia entre el número de cupos existentes y el número de personas privadas de la libertad, lo que en opinión de los elaboradores del documento repercutía en que no era posible cumplir con la finalidad de la pena (DNP, 2004).

El origen de estos problemas es identificado en el incremento de la población penitenciaria debido a "factores como la efectividad de la política de Seguridad Democrática, [por lo que] en los últimos meses se ha observado el ingreso y permanencia en el Sistema Penitenciario y Carcelario del orden nacional de un promedio de 1.000 internos por mes" (p. 8). El incremento de la demanda de cupos penitenciarios y la permanencia en el tiempo de la oferta de los mismos ha traído como consecuencia el hacinamiento, que se irá incrementando con el tiempo si las tasas de crecimiento se mantienen como en los meses anteriores al estudio. De acuerdo con el DNP, para diciembre de 2003 había un déficit de 14.147 cupos, con un hacinamiento del 29% (p. 14). Se calcula una proyección para diciembre de 2006 con base en las suposiciones de que se mantiene la capacidad actual y la

población seguirá creciendo en los niveles que lo ha hecho recientemente. No se tiene en cuenta la posibilidad de cambios en la población derivados de loa aplicación de políticas legislativas o patrones de cambio en la comisión de conductas delictivas y la eficiencia de la justicia. En ese escenario, se proyecta que para diciembre de 2006 la población penitenciaria ascendería a 86.833 internos, con un 80% de hacinamiento y un 52% de población sindicada – habría una tendencia al incremento de la población sindicada con respecto de la condenada.

Posteriormente, en el mismo documento se plantea la Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios. Lo que se proyecta es que con esta ampliación el nivel de hacinamiento sea del 20%, que si bien no es una situación idónea para el cumplimiento de las funciones de la prisión, "garantiza retornar a niveles de sobrepoblación que no se clasifican como críticos" (p. 18). "Como complemento de las intervenciones en infraestructura se requiere impulsar modificaciones de carácter sustantivo y procesal y en materia penitenciaria y carcelaria –compatible con la política de Seguridad Democrática-, con el propósito de ejercer control sobre variables que aumentan la demanda por cupos penitenciarios a nivel de todo el SPC y en especial de los ERON" (Ibíd.). En el documento se plantean dos escenarios de intervención: a) un plan de ampliación, adecuación y dotación de los establecimientos existentes (AAD) y b) un plan de construcción, dotación y mantenimiento de nuevos establecimientos (CDM). Se espera agregar 24.331 cupos con esta política.

Dos años después aparece el documento CONPES 3412 (DNP, 2006) de seguimiento al CONPES 3277. El documento es esencialmente técnico-administrativo y se limita a enunciar la permanencia e incremento del hacinamiento y a proponer que para la estrategia b) de ampliación de cupos penitenciarios del CONPES 3277, a saber, la creación de once nuevos ERON (Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional) que aporten 21.169 cupos nuevos (casi la totalidad de los 24.331 que pretendía crear el CONPES 3277) se utilice el mecanismo de contratación de obra pública en lugar de la concesión debido a que el primero permitiría realizar menos gastos de transacción y de indexación del dinero invertido en el tiempo.

Por último, el CONPES 3575 de 2009 tiene también un carácter más técnico, consistente en la modificación de los montos y fuentes de financiación para la construcción de los once nuevos ERON y se incrementan en 1.103 los cupos inicialmente previstos. De acuerdo con un cuadro presentado en el documento, se espera crear 22.703 cupos nuevos además de los 3.010 ya entregados, para un total de 25.713 (DNP, 2009, p. 16). "La propuesta está orientada a asegurar el cumplimiento de la política pública de expansión de la capacidad de cupos de reclusión y la consecuente reducción del hacinamiento penitenciario" (p. 1).

Se expone que para finales del año 2008 la sobrepoblación se mantenía con un sobre cupo del 27,8%, manteniéndose los niveles críticos denunciados por el primer documento CONPES en 2004. A pesar de que se logró desarrollar la primera parte de la estrategia (Ampliación, Adecuación y Dotación de cupos en establecimiento existentes) y se crearon 3.010 cupos nuevos, los cupos crecieron con menor aceleración que la entrada de internos. Los costos de interventoría y otros imprevistos incrementan el monto de la inversión necesaria para cumplir con los montos previstos en el CONPES 3412.

Si nos atenemos a las estadísticas del INPEC (2014), no es difícil sostener que esta política no ha funcionado: para junio de este año, el hacinamiento se encontraba en un 53,2%, más de diez puntos porcentuales más de lo que ocurría en 1998[58]; a pesar de que los cupos han crecido, la cantidad de internos es cada vez superior en razón a los incrementos punitivos constantes ya enunciados.

El profesor Libardo Ariza (2011) atribuye tal fracaso a un excesivo énfasis en lo cuantitativo que, en última instancia, ha terminado por legitimar el sistema penal partiendo del supuesto de que la solución es construir cada vez más cárceles para más personas sin tener en cuenta las innumerables dificultades de la política criminal ya enunciadas: "la cuestión penitenciario se convierte en una operación matemática, en donde el cociente resultante de dividir el número de personas encerradas por la cantidad de cupos señala el grado de violación de derechos fundamentales. El importante debate sobre la justificación del encierro penitenciario en condiciones infrahumanas, y sobre las respuestas judiciales posibles, es dejado de lado" (p. 21). Lo anterior implica entonces que debe reincorporarse

[58] Para una caracterización pormenorizada del hacinamiento y la población privada de la libertad en Colombia, véase el aparte 2 del capítulo 2.

el debate acerca del *porqué* encarcelar, a *quiénes*, *cuánto tiempo*, *en qué condiciones*, y no basta con reducir el asunto a un tema numérico.

Para pensar en otras alternativas, Ariza estudia tres formas de intervención judicial en América Latina en relación con los problemas del hacinamiento y condiciones infrahumanas propias del *infierno carcelario*; "las variaciones en la interpretación del problema, así como la forma de intervención que acarrean, indican que las instancias judiciales cuentan con un margen de maniobra importante y que, por lo tanto, las respuestas pueden cambiar en cada contexto" (p. 34). La primera de ellas consiste en la *no intervención*, que parte del supuesto, por una parte, de que muchas veces quienes interponen acciones judiciales en favor de los detenidos no cuentan con *legitimación en la causa*, o, de otra, que las condiciones de reclusión no corresponden a la órbita de competencia de las autoridades judiciales, sino que hacen referencia a la autonomía de las autoridades penitenciarias. La segunda es la respuesta judicial como reforma estructural, basada en el supuesto de que los problemas de las condiciones de reclusión atañen a una crisis estructural del sistema: "Esta aproximación se presenta generalmente cuando existe hacinamiento. En este tipo de intervención se suele conceder un plazo temporal al Estado para que solucione las circunstancias materiales que se considera generan la violación de los derechos de las personas presas, mientras que al mismo tiempo se le recrimina por las condiciones infrahumanas de detención sin adoptar medidas inmediatas" (p. 40). No se busca solucionar el caso o las condiciones específicas de inmediato, sino que se espera una mejora del sistema y mayor oferta de cupos en el futuro, las cuales traerían como consecuencia la mejora de las condiciones de reclusión. "La sentencia judicial se convierte en el primer paso hacia el fortalecimiento estructural del sistema penitenciario, buscando que las manifestaciones locales de la prisión se ajusten al modelo ideal consagrado en las normas nacionales e internacionales" (Ibíd.). Por último, la respuesta más interesante y que puede servir como un referente de intervención es el cierre de prisiones, control y reducción del encierro, consistente en buscar alternativas para reducir el ingreso de personas a las prisiones cuando las condiciones son indignas. Se trata de privilegiar la libertad de la persona y su dignidad frente a las condiciones reales de los establecimientos de reclusión y su disconformidad con lo dispuesto por los ordenamientos jurídicos. Ariza muestra cómo tribunales en Brasil, Costa Rica y Argentina han utilizado como criterio interpretativo la

prohibición de los Estados de proveer tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes[59]. De igual manera, es posible tomar medidas dirigidas al mejoramiento de las condiciones de vida, en lugar de limitarse a ordenar la creación de nuevos cupos. Teniendo en cuenta lo anterior, Ariza asume una posición crítica frente a la decisión de la Corte de 1998 y la orientación de la política penitenciaria oficial en Colombia que no mira el problema más allá de las cifras.

Aunado a lo anterior, en un estudio reciente, la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos presenta algunas de las principales dificultades cualitativas de lo que se ha deisgnado como el *Modelo ERON*, el modelo de los nuevos establecimientos basados en la *nueva cultura penitenciaria* que cuenta con una marcada injerencia estadounidense. De acuerdo con este informe, muchas de las dificultades para las pretensiones resocializadoras de la pena se mantienen y han aparecido otras nuevas con la construcción de los nuevos ERON. Para empezar, la Reclusión de Mujeres de Cartagena nunca se construyó "por corrupción, ineficiencia e incompetencia crasa" (p. 7), como relatan en el informe donde se muestra un comunicado de la Contraloría y el IGAC acerca de las dificultades con el terreno; el ERON de Guaduas también tuvo retrasos en la entrega.

Entre las principales dificultades identificadas por el Comité se encuentran la pésima ubicación de los establecimientos (fuera de las ciudades, al estilo norte americano) donde los internos son aislados de sus familias, de servicios de salud y de la posibilidad de recibir asistencia jurídica, así como la política de traslados del INPEC donde muchos internos no son de la zona donde se encuentran detenidos. Se supone que los nuevos ERON cuentan con un diseño bioclimático tomado de las prisiones de los Estados Unidos, sin embargo, se toma el mismo molde para todos los establecimientos y en muchos hay problemas de humedad, exceso de calor o de frío y han generado situaciones difíciles para los internos; algunos de los nuevos establecimientos no cuentan con ventanas para la entrada de luz natural ni suficiente ventilación, lo que genera problemas de salud física y mental. Además,

[59] Por ejemplo, en Sentencia del 3 de marzo de 1998, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sostuvo que "En cuanto, a que la Institución recurrida no les brinda camarotes a los privados libertad para dormir, no puede ser a juicio de esta Sala otra cosa más que un castigo y un trato degradante contrario a la dignidad humana, que no se puede soslayar de ninguna forma" (Citado en Ariza, 2011, p. 49).

no hay una proporción entre los espacios para visitas y los cupos creados en los nuevos ERON, así como se mantienen los tratos abusivos y dificultades para las visitas familiares y conyugales.

Por último, en relación con el objetivo de la resocialización, el supuesto sentido del tratamiento penitenciario, se denuncia que hay altos niveles de desocupación entre los internos, y hay otros tantos que si bien se encuentran formalmente vinculados a programas de redención de pena, no suelen realizar actividades útiles y coherentes encaminadas a resignificar o re orientar su proyecto de vida. En un informe de la Procuraduría General de la Nación del año 2011 citado por el comité, se afirma que "en la mayoría de los establecimientos construidos más recientemente en Colombia, la infraestructura física de los mismos facilita las tareas de resocialización y trato digno a los reclusos, sin embargo, hay un inconveniente mayúsculo relativo a la inexistencia en el Inpec de programas que cobijan a la totalidad de los internos por Establecimientos y no se limiten a unos pocos convirtiendo estos beneficios en privilegios y no en un proceso de carácter obligatorio" (Ibíd. P. 30).

4. Conclusiones.

Como se pudo observar a lo largo de este capítulo, es posible identificar la Política Criminal como la forma organizada mediante la cual los Estados disponen una serie de herramientas -entre las cuales se encuentra, no como exclusivo, el derecho penal- para reducir el delito y las situaciones de conflictividad social que se encuentran en su génesis o que se derivan de él. Esta forma organizada de respuesta puede enmarcarse en el ámbito de las políticas públicas con el objetivo de darle cierta racionalidad y un sentido con objetivos, tiempos, metas, instrumentos, indicadores y posibilidades de evaluación que permitan (re) formular nuevas alternativas de política.

No obstante lo anterior, es posible reconocer que al menos en el caso colombiano, y en otros países como lo han reseñado los autores referenciados, tal política responde a un conjunto desordenado, desarticulado y poco claro de normas que se basan fundamentalmente en la necesidad de conferirle una eficacia simbólica al derecho penal y las instituciones que se sustentan en él, así como legitimar el *status quo*, a pesar del fracaso

histórico que han representado y, lo que es peor, a pesar de los demostrados impactos negativos que han generado sobre la noción de estado de Derecho y las vidas de decenas de miles de seres humanos que sufren las consecuencias de este sistema en Colombia.

En el ámbito de la política penitenciaria, el panorama no es más alentador: como consecuencia del exacerbado énfasis en lo cuantitativo de la Corte y de las autoridades administrativas, se ha presentado un plan de ampliación de cupos que no ha tomado en consideración la realidad de las precarias condiciones de reclusión, ni tampoco ha pensado en otras alternativas que podrían asumirse teniendo en cuenta que el carácter profundo del problema carcelario y penitenciario encuentra su origen en el crecimiento de las disposiciones penales y de procedimiento penal, es decir, se está atacando al síntoma –el hacinamiento-, y no a la enfermedad. Adicional a lo anterior, problemas de corrupción y de poca previsión al plantear e implementar el modelo han dado lugar a una serie de dificultades que van más allá de lo numérico e inciden sobre la dignidad de las personas privadas de la libertad y la posibilidad de que la pena privativa de la libertad cumpla con las funciones que se le han atribuido oficialmente.

En este contexto, se hace urgente materializar la propuesta de una Política Criminal como política pública y/o como disciplina autónoma de análisis donde la intervención del Estado en este ámbito se encuentre organizada, regulada, abierta al debate democrático, cuente con mecanismos de proyección y evaluación, así como se base en datos de la realidad y se ubique en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

Capítulo IV

La Sociología del Castigo como referente de Análisis Teórico Frente al Encarcelamiento.

1. Introducción.

Con el objetivo de dar justificación al abordaje de los temas que se presentarán en seguida, en este aparte se pretenden esbozar algunas líneas propuestas para plantear el objeto de estudio teórico de la criminología y la sociología del castigo. Aclarar el objeto de estudio permitirá comprender la pertinencia de abordar algunos desarrollos teóricos que se han hecho en torno de la prisión y del castigo como instituciones sociales más allá de las funciones que han sido declaradas explícitamente por los órdenes normativos jurídicos y discursivos de la sociedad moderna. Se pretende enriquecer y plantear nuevas perspectivas para comprender el desarrollo y la crisis que se ha derivado del uso indiscriminado (o tal vez discriminatorio) de la detención preventiva como medida procesal por excelencia.

En primer lugar, hay que decir que históricamente la criminología nace como saber con *estatus* científico delimitando como objeto de estudio al individuo delincuente en sus caracteres físicos y psicológicos, así como su ambiente social con el objetivo de determinar las *causas* del comportamiento desviado. A este enfoque, por pretender utilizar métodos y postulados de las ciencias naturales en el estudio del fenómeno criminal se le conoce como *Escuela Positivista* (Agudelo, 2008). En la actualidad, no existe un objeto definido y aceptado universalmente para los estudios sobre la criminalidad y el castigo, ello en parte debido a la crisis que a lo largo de las últimas tres décadas del Siglo XX y la primera del Siglo XXI han sufrido las categorías de saber científico y en este caso particular la pretensión de una *ciencia sobre la desviación*[60].

No obstante lo anterior, para el análisis teórico de las repercusiones y funciones sociales de la prisión en la modernidad, así como sus transformaciones, se tomarán como punto de partida los derroteros epistemológicos enunciados por Baratta (2009), Zaffaroni (2011) y Garland (2006) con ciertos matices. Por una parte, en su obra clásica *Criminología Crítica*

[60] Al respecto, pueden encontrarse historias del saber criminológico en Baratta (2009) y Larrauri (2006)

y Crítica del Derecho Penal, el maestro Alessandro Baratta (2009) delimita y define el objeto de la *sociología jurídico penal*, que estudia cuatro asuntos, a saber: los comportamientos normativos relativos a la formación y aplicación de un sistema penal; los efectos del sistema penal; las reacciones no institucionales (controles sociales informales) y las convergencias con sistemas de control formal; por último, pero no por ello menos central dentro del análisis de la criminología crítica, las conexiones entre los sistemas penales específicos y la estructura económico social, particularmente desde las perspectivas de las *funcionalidades de la desviación* dentro de un sistema de producción determinado.

De otro lado, Zaffaroni (2011) plantea una renuncia al supuesto carácter no político y neutral de cualquier abordaje epistemológico, específicamente en el ámbito de la criminología donde los discursos se han construido históricamente a partir de una categoría que es por excelencia política: el Derecho Penal –y de procedimiento penal, se podría agregar. A partir de lo anterior, para su construcción de un amplio estado del arte de la criminología, considera que hay que ir más allá de *las palabras de la academia*, es decir, el objeto de estudio de la criminología debe exceder los desarrollos que se han hecho desde los claustros universitarios y abordar dos fenómenos adicionales: de una parte, lo que Zaffaroni llama *la palabra de los muertos*, donde de lo que se trata es de preguntarse desde un paradigma que tenga como punto de partida los Derechos Humanos por las situaciones de *victimización* que no han sido tenidas como relevantes por los sistemas jurídico-penales, así como aquellas que se cometen con ocasión de la intervención del sistema de justicia penal; de otra parte, *las palabras de los medios*, que hacen referencia a la construcción discursiva que en las últimas décadas se ha hecho posible a través de la masificación de los medios de comunicación y que ha permitido que calen ciertos imaginarios sociales alrededor de la criminalidad utilizados de forma oportunista por gobernantes para endurecer los sistemas penales y, paradójicamente, producir más muertes.

De las propuestas de Baratta y Zaffaroni vale la pena destacar para este análisis que de lo que se trata es de plantear una perspectiva que tenga en cuenta los efectos y funcionalidades sociales e individuales que pueda tener la prisión como institución, así como su cercanía con estructuras sociales, económicas, culturales y relaciones de poder más profundas para

comprender algunas de las vicisitudes que se pueden presentar con ocasión de la imposición de la detención preventiva.

Aunado a lo anterior, es difícil desligar los efectos y funcionalidades de la prisión como medida preventiva y como sanción, y más en un contexto como el colombiano por dos razones: la primera es que, como ya se mencionó, la prisión y el castigo son instituciones sociales con funciones y efectos mucho más profundos que los señalados por el ordenamiento jurídico, y la segunda es que en nuestro país y en general en América Latina, la detención preventiva y la pena privativa de la libertad no se diferencian sustancialmente; en efecto, quienes se encuentran detenidos por una u otra designación jurídica se encuentran en los mismos espacios, y son sometidos a las mismas vejaciones y estigmas sociales. La idea anterior se refuerza con la tesis de Zaffaroni de la detención preventiva como *penalidad anticipada*: "la persona que permanece privada de libertad dos o tres años tomará como una broma de mal gusto que se le diga que no se preocupe, porque se trata sólo de una medida *cautelar"* (2011, p. 533).

Desde los aportes de la criminología colombiana, el profesor Jesús Antonio Muñoz Gómez (2013) propone retomar la categoría de *funciones latentes* utilizada por Merton para un análisis de la privación de la libertad: "Cuando se habla de las funciones latentes y las finalidades no reconocidas resultan *independientemente del título jurídico* con el cual se utiliza la privación de la libertad, se quiere significar que ellas *se producen con la utilización de la privación de la libertad sin importar que ella lo sea como medida de aseguramiento o como sanción penal*" (p. 146; énfasis propio).

Ahora bien, para cerrar este aparte vale la pena hacer referencia a la obra de David Garland (2006), quien se pregunta específicamente por la investigación y el objeto de estudio de la sociología del castigo. El criminólogo escocés parte de la idea de que en la actualidad existe una crisis de consenso acerca del sentido y la justificación del castigo, que se presenta fundamentalmente por la caída del concepto de "rehabilitación" y el desarrollo de motines en las cárceles a finales de los 60 e inicios de los 70. De acuerdo con Garland, la sociología del castigo pretende estudiar el derecho penal, la justicia penal y la sanción penal; se trata de un *corpus* que explora el complejo entramado de *relaciones entre castigo y sociedad*, resaltando con ello la idea de que no es posible desligar una cosa de la otra, así como

tampoco establecer una relación de linealidad, sino más bien una relación dialéctica en donde una y otro delimitan los contornos y desarrollos recíprocos. De igual manera, vale la pena destacar que, para su investigación sobre el castigo, Garland pretende ir más allá de la noción instrumental del mismo con la cual se pretende que solamente sirve para "controlar el delito", y hay que verlo en sus funcionalidades y consecuencias concretas y reales.

Hecha esta salvedad, en lo que sigue se presentarán algunos análisis teóricos críticos que se han hecho alrededor del castigo y de la prisión como institución social. Siguiendo a Garland, no se asume como definitiva, cierta o única alguna interpretación teórica, sino que se considera que deben tomarse elementos de cada una que permitan enriquecer el debate alrededor de una institución de la que no tenemos certeza de para qué sirve, porqué se utiliza, ni cómo o con qué mejorarla.

2. El Castigo y los valores sociales.

Tal vez una de las primeras reflexiones que se han hecho sobre el castigo y su valor y funcionalidad social es la del sociólogo francés Emilio Durkheim. Como es sabido, Durkheim es reconocido como uno de los fundadores de los estudios sociológicos y uno de sus principales aportes ha sido el desarrollo del método científico en investigaciones sociales específicas. Para este autor, el papel de la sociología consistía en identificar las formas de moralidad dominantes en las distintas sociedades, sus formas profundas y a partir de estos saberes optar por su pleno desarrollo con el objetivo de mantener a las sociedades unidas (Garland, 2006, pp. 39 y ss.). En su obra *La División del Trabajo Social* (2001), Durkheim se plantea como problema el origen de la solidaridad y la cohesión en las sociedades modernas caracterizadas por la masificación e individualización, y considera que una categoría fundamental para abordarlo es el castigo. Antes de desarrollar su argumento en concreto, vale la pena aclarar que Durkheim no cree en una noción ontológica del delito o del castigo, sino que considera que sus formas y contenidos varían de sociedad en sociedad, y por lo que se preocupa es más bien por los fundamentos del castigo como institución social, independientemente de estas variaciones.

La tesis central planteada por Durkheim alrededor del castigo y el delito es que son elementos *funcionales* dentro de toda sociedad en la medida en que sirven para cohesionar

y reforzar los sentimientos morales básicos de lo que una sociedad considera como apropiado. Estos sentimientos no necesariamente aparecen de forma explícita, sino que se encuentran latentes. A continuación se presentan algunas ideas centrales de su obra que permitirán comprender su tesis en cuanto sea pertinente para este estudio.

El delito se entiende como un acto que "ofende los estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva" (Durkheim, 2001, p. 62). La conciencia colectiva es definida por el autor francés como el "conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad" (p. 89). En suma, una conducta se sanciona y se define como delictiva en distintos tipos sociales como consecuencia de que ofende algunos valores profundamente arraigados, generando una reacción: la pena.

En el pensamiento de Durkheim, la *pena* se entiende como una *reacción pasional* de la sociedad, detrás de la cual se encuentra la idea la *sacralidad*, es decir, de unos valores y definiciones sagrados que el infractor ha quebrantado y generan una reacción violenta. Sin importar qué tan racionalizada se encuentre la forma en que se imputa, impone y ejecuta esa sanción, mantiene en el fondo su carácter de reacción pasional, y en ese sentido se habla de una *venganza racionalizada*, idea que se sostiene en la pervivencia de la noción de *retribución* en el establecimiento de las penas en la sociedad; en este caso, la pena se corresponde con el carácter de la conducta y no del autor[61]. Durkheim también rechaza el carácter *utilitario* de la pena de acuerdo con el cual se supone que con ella se pretende acabar con el delito, y reafirma su carácter de vindicta: "La naturaleza de una práctica no cambia necesariamente porque las intenciones conscientes de quienes la aplican se modifiquen" (p. 69). Lo mismo podría decirse acerca del carácter preventivo o sancionatorio de la privación de la libertad, y algunos desarrollos posteriores a Durkheim permitirán un acercamiento más específico al asunto desde varias perspectivas. En definitiva, para este pensador "la pena consiste, pues, esencialmente, en una reacción pasional, de intensidad graduada, que la sociedad ejerce por medio de un cierto cuerpo constituido sobre aquellos de sus miembros que han violado ciertas reglas de conducta" (p. 75).

[61] Esta es al menos la tendencia de la escuela clásica del derecho penal de acuerdo con la cual la pena debe estar conforme a la gravedad del acto.

Por último, y como antesala a algunos de los desarrollos teóricos a los que Durkheim abrió la puerta, vale la pena mencionar que si bien el sociólogo es incisivo en distinguir las *formas* de las *funciones sociales* del castigo, sostiene que las *formas* del castigo varían históricamente de acuerdo al desarrollo de las sociedades en la medida en que su intensidad va descendiendo. Es así como este autor encuentra una relación entre la humanización de los sistemas punitivos, la democracia y la generalización de la prisión como pena. Lo que vale la pena destacar acá es que de la misma manera que el delito y la pena se presentan como reacciones a la infracción de valores sociales fundamentales, en las sociedades más avanzadas el delincuente entra a hacer parte consideraciones humanitarias desde ese mismo axioma valorativo. Ello trae como consecuencia entonces que su sufrimiento sea tenido en cuenta y se busquen mecanismos que, de una parte, permitan reafirmar la autoridad del soberano y de los valores sociales y, de otra, no los vulneren en ese camino (Garland, 2006).

Para no entrar en detalles acerca de las críticas que se han hecho al enfoque de Durkheim[62], simplemente se presentarán un par de consideraciones que a partir de su pensamiento y bebiendo de otros marcos teóricos se han desarrollado en las últimas décadas y resultan pertinentes para un análisis teórico de la detención preventiva.

La primera de ellas corresponde a los estudios culturales de las sensibilidades realizados por Norbert Elias y Pieter Spierenburg, quienes en la misma línea de Durkheim encuentran un carácter dual en el castigo, pues por una parte se responde al temor social ocasionado por el delito, y por otra el desarrollo de sensibilidades ha limitado, en las sociedades contemporáneas, el uso de sanciones abiertamente violentas. Temor al delito y compasión por el penado juegan en un entramado de sensaciones sociales que delimitan los contornos de lo que le es permitido o vedado a la autoridad del sistema penal (ya sean jueces, guardias del sistema de cárceles y penitenciarías, policías, etc.); no obstante, no sobra aclarar que el temor al delito también genera una sensación de exclusión y rechazo del delincuente[63] que puede ampliar los estándares de violencia oficial aceptada. Lo anterior puede utilizarse

[62] Al respecto, véase Garland (2006) pp. 66 y ss.

[63] Problematizar la categoría de *delincuente* como lo hace Foucault (2010) llevándola más allá del *infractor de la ley penal* es un paso fundamental para comprender la pertinencia de los estudios críticos sobre la prisión para abordar el fenómeno de la detención preventiva

como marco explicativo del hecho de que las cárceles y penitenciarías sean espacios cerrados y el abandono de los castigos públicos explícitamente violentos, dado que pueden resultar desagradables para la sociedad. Sin embargo, "Debido a que el público no escucha la angustia de los presos ni de su familia, a que el discurso de la prensa y de la criminología popular presenta a los transgresores como "diferentes" y *menos humanos*, y a que la violencia penal generalmente es aséptica, situacional y de baja visibilidad, el conflicto entre nuestras sensibilidades civilizadas y las rutinas a menudo brutales de castigo se menosprecia o se hace más tolerable" (Garland, 2006, p. 284). De manera que existe un juego de fuerzas que desde las sensibilidades construidas por la cultura y la injerencia que sobre ellas tienen los medios, así como del hecho de que las prisiones sean lugares cerrados al público da lugar a que se acepten formas de castigo o de privación de derecho eufemísticamente designadas como medidas cautelares más o menos agresivas contra el infractor.

La segunda corresponde a los estudios sobre *Criminalidad y Psicoanálisis* que, entre otros, han desarrollado Alexander y Staub (2008) y George Herbert Mead a partir de la idea del castigo como una reacción pasional (Garland, 2006). La formulación fundamental que se pretende rescatar para esta investigación consiste en que tanto el público como las personas que materializan el sistema penal desencadenan sus pulsiones violentas de manera legítima o aceptada en contra del *delincuente* (no necesariamente infractor) con ocasión de una autorización implícita que el sistema penal les da para ello. Mientras que el *delincuente* exterioriza sus impulsos violentos a través de una conducta ilícita, los hombres "normales"[64] los exteriorizan a través de rituales lícitos como los deportes violentos, las guerras o la *vindicta* más o menos racionalizada (Alexander y Staub, 2008). Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en los fenómenos de *linchamiento*, donde por fuera de cualquier proceso o garantía legal las multitudes desencadenan su violencia en contra de la persona con una complicidad compartida. Valdría la pena preguntarse si en el desarrollo del proceso penal la detención injustificada de las personas que de acuerdo con ciertos

[64] Sobre la supuesta diferenciación biológica de los delincuentes y los no delincuentes, y una marcada distancia con el positivismo, Alexander y Staub sostienen: "La investigación psicoanalítica de la vida anímica permite asegurar que la parte del hombre que se ha adaptado a la sociedad representa un producto tardío y relativamente endeble de su desarrollo, mientras que no hay diferencia entre el hombre sano y el criminal respecto al núcleo, más eficaz y cuantitativamente más fuerte, de la personalidad que no es susceptible de adaptación" (p. 37).

estereotipos pueden categorizarse como *delincuentes* y a quienes además de la libertad se les priva de toda una serie de derechos[65] esenciales no responde a la necesidad de expulsar pulsiones reprimidas y disfrutar del sufrimiento del *otro*. En ese sentido, desde la perspectiva del psicoanálisis y la psicología social se ha sostenido que "la justa indignación de la sociedad hacia el delincuente es en realidad una sublimación de los instintos agresivos y de la hostilidad destructiva que se esconden tras la cooperación y la competencia sociales (…) Por lo general las inhibiciones sociales interiorizadas de las que depende la vida social reprimen esta hostilidad, pero los rituales del proceso penal permiten liberarlas. Al participar en la defensa emocional de los "intereses de la sociedad" contra la conducta criminal, las agresiones del individuo en contra el "intruso" se exacerban y se refuerzan, ya que es su propia identificación con la comunidad y con sus intereses de grupo lo que está en riesgo. Según Mead, es este proceso de identificación reforzada de grupo y la liberación de la agresión lo que confiere a las emociones punitivas su sello y fuerza característicos" (Garland, 2006 p. 85).

3. La prisión y el mercado de trabajo.

Desde un énfasis teórico distinto, se han realizado investigaciones acerca de las relaciones que se puedan establecer entre el sistema de producción y el desarrollo de los sistemas punitivos en perspectiva histórica. Probablemente los textos de mayor reconocimiento de la corriente marxista sean los de Rusche y Krchheimer (1984) y Melossi y Pavarini (2008), los cuales se preguntan por los orígenes de la prisión como forma de sanción generalizada y el porqué ésta se impone prácticamente en todo el mundo occidental por encima de otras formas de sanción. Si bien llegan a conclusiones algo distintas y podría decirse que por el abundante material histórico del que disponían las afirmaciones de Melossi y Pavarini son mucho más consistentes que las de Rusche y Krchheimer, lo cierto es que ambas obras toman como punto de partida el análisis de los sistemas de producción para comprender el desarrollo histórico de los sistemas punitivos y que pueden servir como marco explicativo de algunas de las funcionalidades latentes de la privación de la libertad en el marco de una economía capitalista. De esta manera, el análisis no es fundamentalmente histórico sino estructural-funcional.

[65] Al respecto, véase el capítulo 2.

En su propuesta metodológica, Rusche y Kirchheimer sostienen que "para el efecto de ofrecer un enfoque más fructífero de la sociología de los sistemas punitivos, resulta necesario despojar a las instituciones sociales dedicadas a la ejecución de las penas de sus velos ideológicos y apariencias jurídicas y describirlas en sus relaciones reales" (2008, p. 3). Este va a ser un postulado fundamental de los análisis marxistas tanto en este como en otros escenarios de la vida social: ir más allá de los discursos y designaciones oficiales y preguntarse por las relaciones y los efectos reales.

Aunado a lo anterior, puede decirse en términos generales que la propuesta de análisis marxista sostiene que *la historia de todas las sociedades que han existido hasta nuestros días es la historia de la lucha de clases* (para traer a colación la famosa apertura del *Manifiesto*). Así como en otras sociedades, en la sociedad capitalista existen dos clases sociales: los proletarios, cuya única riqueza es su fuerza de trabajo y la burguesía, que se ha apropiado de los medios de producción a través de la ficción jurídica de la propiedad privada. El trabajo que se produce socialmente es apropiado de manera individual por los propietarios de los medios de producción a través del *plusvalor* que imprimen los trabajadores en las materias primas. Para mantener los precios bajos de la mano de obra y garantizar la ganancia, se ha constituido un *ejército industrial de reserva* conformado por desocupados que generan una oferta que excede la demanda de la mercancía mano de obra[66]. Con estas ideas fundamentales es posible una breve reconstrucción de los trabajos marxistas sobre el desarrollo de los sistemas punitivos.

El texto de Rusche y Kirchheimer (1984) presenta de manera general el desarrollo de los sistemas punitivos desde la Baja Edad Media hasta las primeras décadas del Siglo XX. La tesis central de estos autores es que las formas punitivas son un reflejo de los sistemas de producción, y una variable fundamental para comprender el desarrollo de los mismos es el mercado de trabajo: en la medida en que la relación entre oferta y demanda de mano de obra varía, varían las formas en que se responde a la criminalidad. Así mismo, hay un principio fundamental que recorre toda la obra: la idea de menor elegibilidad o *less elegibility,* de acuerdo con la cual las condiciones de vida de quienes están siendo

[66] Para un desarrollo más pormenorizado sobre algunos elementos generales del marxismo y los aspectos centrales del análisis marxista de la criminología, véanse: Larrauri (2006, pp. 63 y ss.); Garland (2006, pp. 105 y ss.)

sancionados siempre tienen que ser inferiores a las de los trabajadores libres, pues de lo contrario éstos preferirán permanecer recluidos que insertarse en el mercado de trabajo. Por otra parte, si bien sostienen una relación directa entre la estructura económica y el desarrollo de los sistemas punitivos, Melossi y Pavarini (2008) le dan algo de complejidad al asunto y utilizan como categoría central la idea de *disciplinamiento para el trabajo* como función de la privación de la libertad en los orígenes de la prisión, aunque, como resaltarán más adelante Wacquant (2010) y los italianos, en momentos de excedente de oferta de mano de obra hay una degradación profunda de las instituciones de reclusión hasta convertirlas en espacios de exterminio y de terrorismo de clase: "su función en Europa, al menos durante esta situación, o sea más allá de la mitad del Siglo [XIX], adquiere un tono cada vez más terrorífico y de mero control social; el principio de la disciplina *tout court* prevalece sobre la disciplina *productiva* de la fábrica (…) sucede así que en las cárceles comienzan a enfermarse los presos y a morirse de inanición; la teoría malthusiana tiende a realizar su propia teoría de exterminar al proletariado" (Melossi y Pavarini, 2008, pp. 85-86).

A continuación se presentarán algunos de los elementos históricos centrales a través de los cuales de sostienen y desarrollan en concreto las tesis generales de los pensadores marxistas sobre este asunto.

De acuerdo con Rusche y Kirchheimer, con el advenimiento del mercantilismo (Siglo XVI, en Europa) y en los primeros momentos de desarrollo del capitalismo[67] ante la imposibilidad de la naciente industria de acomodar a los nuevos trabajadores "libres" en puestos de trabajo, así como la reticencia de muchos de ellos a adaptarse a las nuevas condiciones, y el decrecimiento demográfico debido a pestes y guerras, se generó una

[67] Desde la propia obra de Marx se ha identificado en la *Acumulación Originaria* el momento en que los siervos se convierten en trabajadores "libres" que tienen que vender su fuerza de trabajo en el mercado como consecuencia del cercamiento de los bienes y de las tierras comunales y el desplazamiento a las grandes ciudades donde no todos serían absorbidos de inmediato por la naciente manufactura: "El proceso que crea la relación del capital, pues, no puede ser otro que el proceso de escisión entre el obrero y la propiedad de sus condiciones de trabajo, proceso que, por una parte, transforma en capital los medios de producción y subsistencia sociales, y por otra convierte a los productores directos en asalariados. La llamada acumulación originaria no es, por consiguiente, más que el proceso histórico de escisión entre el productor y los medios de producción. Aparece como "originaria" porque configura la prehistoria del capital y del modo de producción correspondiente al mismo. La estructura económica de la sociedad capitalista surgió de la estructura económica de la sociedad feudal. La disolución de esta última ha liberado los elementos de aquélla". Marx, *El Capital,* citado por Melossi y Pavarini (2008, p. 29).

situación de falta de mano de obra para el mercado, por lo que se hacía necesario disciplinar y en algunos casos explotar[68] el trabajo, lo que trajo como consecuencia una re-valorización del cuerpo humano como objeto del cual se podía sacar provecho, así como implicó una transformación de los sistemas punitivos –particularmente, la reducción de penas de muerte. Es en ese tiempo que se utilizan como sanciones las galeras[69], la deportación de criminales[70], el envío de reclusos a la guerra y, tal vez lo más importante, nacen las conocidas *casas de trabajo* o *casas de corrección* en Europa.

Se trataba de una casa "donde todos los vagabundos, los malhechores, los holgazanes y gentuza del mismo tipo pudiera ser recluida como castigo y pudieran ser ocupados en algún trabajo durante el tiempo que los magistrados juzgaran conveniente, después de considerar sus culpas y fechorías" (Melossi y Pavarini, 2008, p. 38); eran "instituciones donde los remisos se vieron obligados a conducir su vida cotidiana conforme a las necesidades de la industria (…) su objeto principal consistía en transformar en socialmente útil la mano de obra díscola" (Rusche y Kirchheimer, 1984, pp. 47-48). Estas casas de corrección o de trabajo han sido reconocidas como el antecedente inmediato de la prisión, al ser utilizadas como un lugar de encierro y castigo, pero que tenía tres objetivos fundamentales en su momento histórico: 1) Un objetivo moral, coincidente con el espíritu del protestantismo[71] de acuerdo con la cual la vagancia y el mendigar se oponían a los valores fundamentales; 2)

[68] Sobre la idea de la explotación de la mano de obra en los primeros sistemas punitivos y la rentabilidad que ésta pudiera haber generado existen discusiones y en la actualidad es casi un consenso decir que las llamadas *casas de trabajo* no generaban ganancia económica.

[69] Se trata de trabajos forzados como remeros en barcos para hombres de buena contextura, que serían posteriormente abandonados con el desarrollo de la tecnología naval (Rusche y Kirchheimer, 1984).

[70] Esta forma de sanción consistía en enviar a los criminales a trabajar como mano de obra barata en las colonias. Esta práctica se abandonó por tres motivos: en primer lugar, por ejemplo en el caso de Australia los colonos libres se opusieron a la competencia que para ellos implicaban los internos; en segundo lugar, el uso de esclavos negros en las colonias empezó a hacer menos rentable el trabajo de los reclusos deportados y, en tercer lugar, y siguiendo el principio de *less elegibility,* en los tiempos de mayor desarrollo de la industria esta forma de sanción pierde sentido debido a que los trabajadores "libres" eran mucho más miserables de lo que eran los presidiarios deportados, motivo por el cual la pena dejaba de cumplir su papel de disuasorio.

[71] Sobre la incidencia de la moralidad protestante en el disciplinamiento como una herramienta de coerción sobre la voluntad, Melossi y Pavarini citan un poderoso pasaje de Marx: "Lutero venció, efectivamente, a la servidumbre por la devoción, porque la sustituyó por la servidumbre por la convicción. Acabó con la fé en la autoridad, porque restauró la autoridad de la fe (…) Liberó al hombre de la religiosidad externa, porque erigió la religiosidad en hombre interior. Emancipó de las cadenas al cuerpo porque cargó de cadenas el corazón (…) Ahora, ya no se trataba de la lucha del seglar con el cura fuera de él, sino de la lucha con su propio cura interior, con su naturaleza curesca". Marx, *La Sagrada Familia,* Citado por Melossi y Pavarini (2008, p. 47).

un objetivo de poder, consistente en el disciplinamiento de los campesinos expulsados que no se adaptaran a las condiciones de trabajo; 3) un objetivo económico, consistente en la regulación del mercado de trabajo y la explotación directa de la mano de obra.

En Europa, la casa de trabajo se utiliza como depósito para la corrección y explotación de indeseables. Entretanto, las pocas prisiones que existen se utilizan con finalidades de detención preventiva o prisión de custodia durante el proceso[72]. No obstante, para mediados del Siglo XVIII empiezan a hacerse difusas las distinciones entre la prisión procesal y la casa de corrección y muchos condenados empiezan a cumplir sus penas en las prisiones destinadas exclusivamente con fines procesales. Con el desarrollo de la industrialización que hace mucho más eficientes los procesos productivos en el exterior de las casas, su consiguiente pérdida de rentabilidad económica y un nuevo crecimiento demográfico, casas de corrección y cárceles se van fusionando y degradando hasta convertirse en meros depósitos de seres humanos indeseables. La casa de trabajo se convierte en un lugar con pésimas condiciones de habitación donde el trabajo se convierte en una tortura y un castigo (Melossi y Pavarini, 2008).

Si bien las condiciones económicas en la recientemente independizada colonia eran distintas, en el caso de los Estados Unidos se presenta un proceso más o menos similar. Así como en su momento Europa introdujo el trabajo como castigo y herramienta de disciplinamiento, en este país se generan choques entre dos sistemas de castigo con ocasión de las transformaciones productivas. Hacia finales del Siglo XVII se presentaba la misma dualidad que en Europa: "el *country jail* debería haber conservado su papel de cárcel preventiva, mientras que una nueva institución –la *house of correction*-, organizada según el modelo holandés, estaba habilitada para internar a los *fellons* (transgresores de las normas que no comportaban pena corporal o pena de muerte), quienes coactivamente debían ser obligados al trabajo forzado" (p. 141). Con el despegue industrial y la idea de

[72] El profesor Muñoz Gómez (2013) señala que en Colombia la privación de la libertad tampoco fue una práctica extendida sino con el advenimiento del capitalismo: "la privación de la libertad, en efecto, no era comúnmente utilizada como forma de sanción, sino –para decirlo en términos contemporáneos- como detención preventiva, esto es, para garantizar la presencia del sujeto en su propio proceso y la efectividad de la pena –usualmente no privativa de la libertad- que se le impusiere en el evento de ser condenado. En este aspecto, pues, en nuestro medio no ocurrió nada distinto de lo que ocurrió en Europa y Norteamérica, donde igualmente el uso sistemático de la pena privativa de la libertad apareció con la introducción del capitalismo (…)". (pp. 228-229)

una economía del pleno empleo, se empieza a suponer que la falta de trabajo corresponde a una desviación individual y moral, y la privación de la libertad en *jails* adquiere un papel específicamente de castigo: "se transformó en pena propiamente dicha, en la que el aspecto de terror e intimidación tomó definitivamente la delantera sobre la inicial finalidad reeducativa" (p. 167).

Ahora bien, para finales del Siglo XVIII se empieza a promover un modelo de aislamiento celular en que los internos debían estar durante todo el día encerrados y sin hablar unos con otros con el objetivo de que, desde una perspectiva cristiana del arrepentimiento[73] reflexionaran sobre lo que habían hecho y modificaran sus actitudes interiores, además se imponían formas de trabajo antieconómicas; se trata del modelo de Filadelfia, también llamado *solitary confinment*. Este modelo fue cuestionado por otro modelo norteamericano que haría historia, el *silent system* o modelo Auburn, en el cual se reintroduce la lógica de trabajo productivo en la prisión con estructura idéntica a la de la fábrica, donde la disciplina del trabajo y de los incentivos reemplaza a la disciplina del castigo, y que divide el tiempo de los internos en trabajo productivo durante el día y aislamiento solitario durante la noche.

El trabajo carcelario tuvo cierto nivel de rentabilidad hasta el desarrollo industrial que haría poco competitivo el trabajo de la prisión: "El efecto inmediato y directo de esta situación "externa" fue le elevada "desocupación" de la fuerza de trabajo en las cárceles" (p. 181). No obstante, el papel de la cárcel en ese momento histórico se encontraba cumplida: transformar al criminal en *proletario.* En las conclusiones que presentan Melossi y Pavarini sobre el desarrollo del sistema de prisiones en los Estados Unidos, sostienen que detrás de la lógica más o menos moral y económica del encarcelamiento, hay que identificar una lógica de control y disciplinamiento hacia los sectores subalternos que hoy día se identifican a sí mismos como delincuentes-encarcelados-no propietarios, y que por el temor al sistema penal deben escoger adoptar las condiciones de trabajo precario que se les ofrecen, convirtiéndose así la prisión en un pequeño modelo de "sociedad ideal" que pretende estar signada por el autoritarismo y la disciplina incesantes.

[73] Las comunidades de cuáqueros tuvieron una incidencia importante en el desarrollo de estas formas de castigo.

En suma, se puede decir que el enfoque marxista plantea la inquietud acerca de las relaciones de los flujos económicos y del mercado de trabajo con el desarrollo y adaptaciones de los sistemas punitivos, así como las necesidades de disciplinamiento del proletariado y la posibilidad de pensar por fuera de las categorías jurídicas, así como la forma en que éstas se van transformando y modifican sus discursos de acuerdo con el juego de fuerzas del mercado. En consonancia con lo anterior, si se parte de esta perspectiva de análisis no existe mayor distinción entre el internamiento como medida procesal o como sanción penal en la medida en que tanto en uno como en otro caso de lo que se trataría es de disciplinar y/o aterrorizar a los miembros de la clase trabajadora que no se adapten a las condiciones de trabajo precario. Entre las críticas que se han realizado a los enfoques marxistas (Garland, 2006), se encuentran que presentan una serie de imprecisiones históricas (particularmente la obra de Rusche y Kirchheimer), que su análisis no podría explicar las similitudes de los sistemas punitivos propios de sistemas capitalistas y del "socialismo real", que no tienen en cuenta la racionalización de las penas corporales y que parten de un reduccionismo economicista que no ve más allá de la determinación del mercado.

4. El nacimiento y consolidación de la prisión como estrategia-reflejo del poder.

Hablar sobre sociología y estudios críticos de la prisión sin hacer referencia a la obra de Michel Foucault haría que cualquier análisis sobre el tema quede incompleto. Y es que además de lo descrito en su obra clásica *Vigilar y Castigar (2010)*, así como en la menos conocida *La Verdad y las Formas Jurídicas* (2003) donde se recogen un ciclo de conferencias del autor sobre el saber-poder y el conocimiento en el ámbito específico del poder judicial, los elementos de análisis y el carácter relativamente unitario del pensamiento de este importante autor francés han marcado un punto de inflexión para la sociología y el pensamiento de las ciencias humanas contemporáneas. En las siguientes páginas se expondrán algunos aspectos esenciales de su obra que dan cuenta de la forma en que la prisión se consolida durante los Siglos XVIII y XIX alrededor de una serie de relaciones de saber-poder y poder sobre el cuerpo como parte de un entramado institucional de control y secuestro al que designa *la sociedad disciplinaria.*

Alrededor del tema de la prisión como institución social, Foucault se plantea fundamentalmente dos preguntas que son de interés para esta disertación: en primer lugar, cómo es que en un lapso de tiempo de tres cuartos de siglo (1757 – 1838[74]) hay una transformación tan radical en las formas de ejercicio del poder punitivo, ¿será suficiente hacer referencia a las teorías jurídicas para explicarlo?; en segundo lugar, Foucault se plantea la pregunta sobre la supervivencia de la prisión casi 200 años después de que se instaurara su uso generalizado a pesar del aparente fracaso de la institución y del cual han sido testigos algunos de sus primeros estudiosos[75].

El autor podría responder a ambas preguntas de manera sintética con la siguiente formulación: "estudiar la metamorfosis de los medios punitivos a través de una *tecnología política del cuerpo* donde pudiera leerse una *historia común de las relaciones de poder y de las relaciones de objeto.* De suerte que, por el análisis de la benignidad como técnica de poder, pudiera comprenderse a la vez *cómo el hombre, el alma, el individuo normal o anormal han venido a doblar el crimen como objeto de intervención penal* y cómo un modo específico de sujeción ha podido dar nacimiento al *hombre como objeto de saber* para un discurso con estatuto "científico" (Foucault, 2010, p. 33; énfasis propio). Del planteamiento anterior, puede extraerse la idea de que las transformaciones históricas de los sistemas punitivos no pueden abstraerse de un análisis general de las relaciones poder-saber-cuerpo, que este estudio debe situarse dentro de lo que Foucault llama *tecnología política del cuerpo* donde no obstante el discurso de acuerdo con el cual la penalidad moderna abandona al cuerpo[76], éste, junto con el alma –las "*virtualidades*"- siguen siendo el objeto privilegiado de intervención del sistema penal; el *delincuente* más allá de la *infracción.*

[74] El texto *Vigilar y Castigar* inicia presentando el contraste entre una ejecución violenta clásica de la Edad Media (la ejecución del acusado de parricidio Damiens), por una parte, y por la otra, el Reglamento de una casa de Jóvenes Delincuentes de París unos 75 años más tarde en donde fundamentalmente se administraban sin cesar el tiempo y las disposiciones de los internados, con una renuncia a los castigos físicos.

[75] Al respecto, Foucault trae a colación los famosos informes de Alexander de Tocqueville, quien realizó inspecciones a establecimientos de detención en varios países y cuyas memorias son referente obligado para las reconstrucciones históricas sobre los orígenes de la prisión.

[76] Acerca del supuesto abandono del cuerpo de los sistemas punitivos modernos, habría que presentar dos consideraciones desde Foucault: la primera corresponde al hecho de que desde su perspectiva teórica el cuerpo es el objeto por excelencia de disciplinamiento a través de las *instituciones de secuestro,* motivo por el cual a pesar de no ser objeto de castigo físico, sí lo es del control; la segunda tiene que ver con que los sistemas punitivos, por más insertados dentro del discurso de la *economía de los derechos* que se

Este punto de partida general nos pone de presente que, al igual que otros que se han presentado, el estudio del sociólogo francés es fundamentalmente un estudio sobre las *funciones latentes* de la privación de la libertad y, como se verá, ello trae como consecuencia que la designación jurídica que se le dé a la privación de libertad tiene poca relevancia para el análisis. A continuación se entrará con un poco más de profundidad en aspectos fundamentales de la obra de Foucault que se encuentran pertinentes y desarrollan de manera específica el enunciado general.

En relación con el paso de los castigos abiertamente violentos al castigo en un lugar encerrado y segregado, Foucault introduce dos variables que no habían sido tenidas en cuenta por los análisis marxistas históricos del origen de la prisión: los cálculos de poder en relación con las inconformidades populares con los rituales punitivos, así como la necesidad de certeza de los castigos a la cual el propio Beccaria haría alusión.

Alrededor del tema de las revueltas e inconformidades populares, Foucault recoge una serie de testimonios en donde cansados de que los pobres fueran sancionados violentamente, mientras que los ricos muchas veces recibían la conmutación de las penas o podían pagar multas, durante la primera parte del Siglo XVIII se desarrollaron pequeñas acciones de insurrección alrededor del cadalso. En el marco de estas acciones los pobladores llegaban a liberar a los condenados, destruir los instrumentos de la ejecución e incluso a linchar a los verdugos, así como mostraban un rechazo por la ley y la justicia de los príncipes. Los delincuentes se convertían muchas veces en héroes víctimas de un poder insensible y desmedido. Un ejemplo de lo anterior ocurría con escritos literarios sobre la vida de los delincuentes y folletos de *las últimas palabras* donde el poder real se veía amenazado en su ejercicio soberano de imponer y administrar justicia. Sobre el rechazo popular de estas prácticas, Foucault sostiene que "jamás se sentía el pueblo tan cerca de aquellos que sufrían la pena como en estos rituales que hubiesen debido mostrar el crimen abominable y el poder invencible; jamás se sentía más amenazado, como ellos, por una violencia legal que

encuentren, siguen causando sufrimiento físico: "Castigos como trabajos forzados o incluso la prisión –mera privación de libertad- no han funcionado jamás sin cierto suplemento punitivo que concierne realmente al cuerpo mismo: racionamiento alimentario, privación sexual, golpes, celda. ¿Consecuencia no perseguida, pero inevitable, del encierro? De hecho, la prisión en sus dispositivos más explícitos ha procurado siempre cierta medida de sufrimiento corporal (…) es justo que un condenado sufra físicamente más que otros hombres. La pena no logra disociarse fácilmente de un suplemento de dolor físico. (Foucault, 2010, p. 25).

carecía de equilibrio y de mesura" (p. 75). Tal vez sea por ello, diría Foucault, que se pasa *de las sanciones públicas* al *proceso público* y la *sanción oculta* de la prisión.

Adicional a lo anterior, un motivo central de esta transformación lo encuentra Foucault en el desarrollo del mercantilismo y la generalización de los bienes muebles en espacios públicos[77]. Esta hipótesis la presenta como una forma de oposición al discurso de acuerdo con el cual es gracias al iluminismo y los reformadores del sistema penal que se abandonan las prácticas crueles y se generaliza el uso de la prisión como pena por excelencia. En efecto, refiriendo varios textos y proyectos de los reformadores, Foucault encuentra que su objetivo fundamental consistía en superar el problema de la falta de certeza de la justicia y la relajación que existía frente a muchos ilegalismos populares en los tiempos precedentes.

La preocupación fundamental de los reformadores sería entonces combatir estas conductas que en la nueva situación económica ya no podían ser tolerables. Para oponerse a ellas, era necesario que el poder punitivo se esparciera por todo el cuerpo social, que hubiera certeza de ser castigado: "Lo que se perfila es sin duda menos un respeto nuevo por la humanidad de los condenados (…) que una tendencia a una justicia más sutil y más fina, a una división penal en zonas más estrechas del cuerpo social (…) la intolerancia por los delitos económicos se aumenta, los controles se hacen más densos y las intervenciones penales más precoces y más numerosas a la vez" (2010, p. 91). Debe haber certeza y claridad en el castigo de todas estas infracciones menores, no basta con el carácter resonante y de cobertura limitada propio de los suplicios. Por último, vale la pena señalar como uno de los principios propuestos por los reformadores para la reducción de este tipo de ilegalismos era el *mecanismo de fuerzas*, consistente en "disminuir el deseo que hace atractivo el delito, aumentar el interés que convierte la pena en algo temible; invertir la relación de las intensidades, obrar de modo que la representación de la pena y de sus desventajas sea más viva que la del delito y sus placeres" (p. 123). Vale la pena recordar que el propio Beccaria

[77] En este aspecto, Foucault (2003) también encuentra una coincidencia con el nacimiento de la policía como institución encargada del control del orden y la seguridad en las ciudades, de entre las cuales algunas nacen desde instituciones privadas: "Las grandes compañías y sociedades comerciales se organizan como policías privadas para defender su patrimonio, sus *stocks,* sus mercancías y barcos anclados en el puerto de Londres contra los amotinadores, el bandidismo y el pillaje cotidiano de los pequeños ladrones (…) cuando la riqueza comienza a acumularse en forma de *stocks,* mercadería almacenada y máquinas, la cuestión de su vigilancia y seguridad se transforma en un problema insoslayable(…) (p. 109).

proponía la esclavitud como una forma idónea de sanción penal[78], entonces ¿por qué termina siendo la prisión prácticamente la única forma de castigo en la sociedad moderna?

La noción de *disciplina*[79] es el concepto que sirve como bisagra para articular las transformaciones históricas de las formas punitivas, así como de ejercicio de poder sobre el cuerpo y constitución de saber sobre los individuos. Para no desviarse del tema de las funcionalidades de la prisión, baste acá con decir que la disciplina es una forma de poder sobre los individuos que se desarrolla en lo que Foucault llama *instituciones de control* o *red institucional de secuestro* (Foucault, 2003), que tienen como función moldear a los individuos, hacerlos dóciles en espacios controlados donde son objeto de la constitución de conocimientos encaminados a controlar, predecir y regularizar. Estas instituciones de control hacen parte de un *continuum carcelario* y cada una de ellas brinda distintos elementos de disciplinamiento. Entre otras, vale la pena mencionar el cuartel como el escenario donde el espacio se distribuye de una manera que garantice la vigilancia sobre todos los campamentos, los ejercicios que se realizan en el ejército y las técnicas de escritura y de disposición del cuerpo en las escuelas como formas de amoldar y hacer eficiente el uso del cuerpo, el trabajo común y la administración del tiempo de los internados en la fábrica[80] como herramienta de disciplinamiento sobre el uso del tiempo y el trabajo, el constante archivo y seguimiento a las observaciones e *historias individuales*

[78] "Si se me dijese que la esclavitud perpetua es tan dolorosa, y por tanto igualmente cruel que la muerte, responderé que sumando todos los movimientos infelices de la esclavitud lo será aun más; pero éstos se reparten sobre toda la vida, y aquella ejercita toda su fuerza en un momento; y en esto se halla la ventaja de la pena de esclavitud, que atemoriza más a quien la ve que a quien la sufre(…)". (Beccaria, 1822, p. 123).

[79] Para ahondar en la noción de la disciplina y varios de sus desarrollos específicos, véase: Foucault, 2010, pp. 155 y ss.

[80] En *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Foucault presenta el reglamento de una fábrica-internado donde se controlaban prácticamente todos los momentos de la vida de las internas y plantea que no tiene sentido pretender distinguir el reglamento de esta institución con el de otras que hacen parte de ese *continuum carcelario*. Existe una transformación en la sociedad moderna: se pasa de un control sobre el *espacio* a un control sobre el *tiempo.* Para el caso colombiano, y en relación con el disciplinamiento en la fábrica, en su reconstrucción histórica de los sistemas punitivos colombianos el penalista Jesús Antonio Muñoz Gómez (2013) presenta cómo en el caso de la industrialización antioqueña de los años 20-30 del Siglo XX se presenta un fenómeno similar en la productora de tejidos Fabricato: "El deseo de obtener mano de obra barata y sumisa, lleva a Fabricato, en sus primeros años de existencia, a reclutar mano de obra femenina, de corta edad, de origen campesino, cristianas, las cuales condena prácticamente al celibato (…) Recordemos cómo la clientela favorita de las casas de corrección europea fueron los jóvenes, puesto que ellos son quien en forma más fácil se adaptan a las nuevas condiciones de trabajo (…) lo más significativo de Fabricato es haber recluido a las trabajadoras en un internado anexo a las instalaciones de la fábrica. Es este un control de la clase obrera similar al que se utilizó en las casas de corrección (…)" (pp. 272-273).

de las personas en los hospitales y casas de asilo, y por último, la disposición del espacio para la observación y la distribución de los alumnos en el aula de acuerdo con sus méritos y virtualidades de la escuela (pp. 155 y ss.). Todas estas formas de disciplinamiento y control se condensan en la prisión, y es tal vez por ello que, de acuerdo con Foucault, ésta ha logrado imponerse como una institución de la cual no obstante sus críticas es difícil que la sociedad se desprenda[81].

Otro elemento central para la comprensión del asentamiento de la prisión en la modernidad es el de las relaciones de *saber-poder*. Este tipo de relaciones están en la base de la emergencia de los saberes de las ciencias sociales a finales del Siglo XIX, entre los cuales se encuentra la criminología que sólo lograría ser desarrollada con la observación continua y el uso del archivo de manera que se lograran desarrollar unos marcos de conocimiento con estatus científico y posibilidades de prueba y error. La prisión y las instituciones de encierro se constituyen entonces en pequeños laboratorios de lo humano y lo social. Es también en las primeras prisiones y con el desarrollo de la criminología positivista donde es posible desarrollar técnicas dirigidas a la corrección, observación ininterrumpida e identificación de las virtualidades propias de los *individuos desviados* (Foucault, 2010, pp. 273 y ss.). Es también en el momento en que se centra la atención en el *individuo* y ya no tanto en la *infracción* que aparece la categoría de la *delincuencia*, tal vez una de las más significativas para comprender la funcionalidad de la prisión en las sociedades modernas.

En efecto, y para empezar a cerrar este aparte, la noción de *delincuencia* es decisiva en este análisis, en la medida en que es a través de la prisión que se separa y clasifica a una clase o categoría de individuos que más allá de haber cometido una infracción o no, deben ser excluidos y manejados para invisibilizar ilegalismos y situaciones de daño social ocasionadas por los sectores poderosos: "la prisión, al "fracasar" aparentemente (…)

[81] En un famoso pasaje de *La Verdad y las Formas Jurídicas,* Foucault (2003) representa esta idea de la prisión como reflejo del poder social: "La prisión es la imagen de la sociedad, su imagen invertida, una imagen transformada en amenaza. La prisión emite dos discursos: <He aquí lo que la sociedad es; vosotros no podéis criticarme, puesto que yo hago únicamente aquello que os hacen diariamente en la fábrica, en la escuela, etcétera. Yo soy, pues, inocente, soy apenas una expresión de un consenso social> (…) Pero al mismo tiempo, la prisión emite otro discurso: <la mejor prueba de que vosotros no estáis en prisión es que yo existo como institución particular separada de las demás, destinada solo a quienes cometieron una falta contra la ley>. Así, la prisión se absuelve de ser tal porque se asemeja al resto y al mismo tiempo absuelve a las demás instituciones de ser prisiones porque se presenta únicamente como válida para quienes cometieron una falta" p. 145.

contribuye a establecer un ilegalismo llamativo, marcado, irreductible a cierto nivel y secretamente útil, reacio y dócil a la vez; dibuja aísla y subraya una forma de ilegalismo que parece resumir simbólicamente todos los demás, pero que permite dejar en la sombra a aquellos que se quieren o que se deben tolerar. (…) La afirmación de que la prisión fracasa en su propósito de reducir los crímenes hay que sustituirla quizá por la hipótesis de que la prisión ha logrado muy bien producir la delincuencia, tipo especificado, forma política o económicamente menos peligrosa[82] –en el límite utilizable- de ilegalismo; producir delincuentes, medio aparentemente marginado pero centralmente controlado; producir al delincuente como sujeto patologizado. El éxito de la prisión: en las luchas en torno a la ley y los ilegalismos, especificar una "delincuencia" (pp. 321-322).

Hablar de *delincuencia*, entonces, es hablar de una categoría de individuos que deben ser encerrados y castigados por lo que *son,* no por lo que *han hecho.* Esto posiblemente tenga injerencia en la forma en que se distribuyen las etiquetas de delincuentes y la forma discriminatoria en que se imponen formas de privación de la libertad que no corresponden a una *conducta* comprobada dentro de todas las garantías del proceso penal; de igual manera, podría decirse que la reproducción de esa *delincuencia* que se da en la prisión como consecuencia del encierro y la interacción[83] tiene un sentido político dentro de los cálculos de gobernabilidad e impunidad del poder.

5. Transformaciones en los discursos y prácticas alrededor de la prisión en la sociedad contemporánea.

De acuerdo con los estudios de Garland (2005) y Wacquant (2010), por lo menos en Europa y Estados Unidos –esta hipótesis podría replicarse al menos en términos generales al mundo occidental- es posible encontrar coincidencias históricas relacionadas con las transformaciones en los discursos y las formas específicas en que se pretende responder al delito y gestionar la inseguridad social, de una parte, y el advenimiento del sistema económico neoliberal, de otra, a partir de mediados de los 70, es decir, el momento en que éste *se presenta* como única opción civilizatoria. Para plantear la relación de las

[82] Acerca del menor peligro político que representa la prisión, vale la pena recordar que un motivo que tuvo injerencia en la supresión de los suplicios fue la oposición popular a los mismos y los costos que en términos políticos podía implicar un rechazo al poder real y una aparente aceptación del acto del delincuente.
[83] Al respecto, véase el aparte 6 sobre críticas a la prisión desde los estudios sociológicos específicos.

transformaciones económicas y sociales con las estructuras de la penalidad, Garland sotiene: "mi argumento será que las fuertes similitudes que aparecen en las políticas y prácticas recientes de estas dos sociedades (…) son evidencias de los patrones subyacentes de transformación estructural y que estas transformaciones se producen como consecuencia de un proceso de adaptación a las condiciones sociales que actualmente caracterizan a estas (y otras) sociedades" (p. 40).

Para describir de manera detallada las transformaciones que se ocasionaron en torno de las políticas de tratamiento de la delincuencia, Garland presenta 12 tendencias, de entre las cuales vale la pena resaltar una transformación en la percepción que se tiene sobre el tratamiento penitenciario y la posibilidad de prevenir el delito a través del mismo. En efecto, a partir de la década de los 70, con ocasión de la denunciada crisis de la institución, así como –paradójicamente- de las agudas críticas que se desarrollarían a las pretensiones de reformar al delincuente que se harían desde la izquierda y una serie de discursos que logran imponerse y calan en un momento histórico que no les es para nada hostil, existe pues un decaimiento de ideal "*re*"; adicional a ello, el uso generalizado de los medios de comunicación sería un factor central que llevaría a que la idea de reinserción social fuera paulatinamente dejada de lado para darle cabida nuevamente a la idea de la retribución y la protección del público –o *neutralización* de los delincuentes, llamada *prevención especial negativa* en las teorías del Derecho Penal- como objetivos fundamentales de los mecanismos punitivos. "La prisión se ha reinventado como medio de contención incapacitante que apunta supuestamente a los delincuentes violentos y a los reincidentes peligrosos, pero que también afecta a quienes cometen delitos menores" (p. 48). Tal vez sea este cambio de perspectiva de acuerdo con la cual la función de la prisión es fundamentalmente neutralizar a los individuos peligrosos y alejarlos del público la que ha revertido la tendencia de disminución de la población recluida en los Estados Unidos y ha llevado a que incremente en un 500% en las últimas 3 décadas[84]. Adicional a la noción del

[84] La tendencia al crecimiento de la población recluida no es exclusiva de los Estados Unidos. En efecto Wacquant (2010) muestra cómo otros países europeos como Inglaterra, Francia, España, Portugal y Holanda han incrementado su población internada en niveles del 43, 39, 192, 140 y 240% respectivamente entre 1983 y 1997 (p. 116). En relación con la excesiva *prisionización* en el contexto de América Latina, Zaffaroni sostiene que "las cárceles están sobrepobladas: en el período 2005-2007 por cada 100 plazas de capacidad en Bolivia había 207 presos, en Brasil 173, en Ecuador 161, en Panamá 161, en Uruguay 145, etcétera. Estos datos de 2005 pueden verse en el texto de Elías Carranza, *Cárcel y justicia penal en América Latina: Cómo*

fracaso de la prisión, se fortalece la percepción de que el estado de bienestar es contraproducente en la tarea de reducir la delincuencia: "se llegó a la idea de que el <tratamiento> simplemente no funcionaba, ya fuese bajo la forma de la terapia individual o de los programas sociales más amplios" (p. 120).

Estas transformaciones en la concepción acerca del cómo reducir la delincuencia se encuentran asociadas con una nueva forma de percibir el delito en sí mismo. Se ha pasado de una percepción que relaciona las privaciones sociales con la realización de estas conductas a una percepción de la responsabilidad penal como desviación individual, lo cual ha permitido el desarrollo y fuerte arraigo de estrategias de *prevención situacional del delito* como la *tolerancia cero*[85]. Las estrategias de prevención situacional del delito, así como el discurso de la responsabilidad penal individual se difundirían en los Estados Unidos primero, y posteriormente en Europa a través de *Think Tanks* como el *Manhattan Institute* en Nueva York y el *Institute for Economic Affairs* en Londres que se encargaron a través de toda una estrategia de *marketing* que incluía conferencias, publicaciones, intervenciones de "expertos", presentaciones en *talk shows*, publicaciones de prensa, entre otras, que servirían para imponer ese *nuevo sentido común* de la penalidad neoliberal (Wacquant, 2010, pp. 27 y ss.).

El principal contraste que presentan Garland y Wacquant tiene que ver con la transición de un Estado benefactor, del *Welfare* donde la idea de la resocialización era central y sustentaba la institución de la prisión, e incluso con base en algunas de las críticas que esta

---

implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas" (p. 532). De acuerdo con el INPEC, para junio de este año el hacinamiento en Colombia se encontraba en un 55,5%. Uno de los principales problemas que señala Zaffaroni en relación con el hacinamiento y las precarias condiciones de vida de las personas privadas de la libertad en América Latina es que se pretende emular el modelo estadounidense de híper encarcelamiento con un presupuesto mucho más reducido que el de ese país.

[85] Desde una perspectiva crítica de la *Tolerancia Cero,* Wacquant trae a colación las palabras del criminólogo australiano Adam Crawford: "El concepto de "tolerancia cero" es una designación errónea. No implica la aplicación de todas las leyes, que sería imposible –por no decir intolerable-, sino más bien una imposición extremadamente discriminatoria contra determinados grupos de personas en determinadas zonas simbólicas. ¿Dónde está la ´tolerancia cero´ de los delitos administrativos, el fraude comercial, la contaminación ilegal y las infracciones contra la salud y la seguridad? En realidad, sería más exacto describir las formas de actividad policial realizadas en nombre de la "tolerancia cero" como estrategia de "intolerancia selectiva" (p. 17). Adicional a lo anterior, el texto de Wacquant presenta de forma específica cómo este tipo de estrategias trajo como consecuencia una serie de violaciones a Derechos Humanos y el incremento de la estigmatización y persecución policial selectiva contra ciertas áreas y sujetos afro descendientes y latinos en Nueva York, con un marcado carácter racista.

institución había recibido se intentaba minimizar su uso a un Estado neoliberal donde se criminaliza la miseria y la política social se reemplaza por la penal; Wacquant lo sintetiza en la consigna "menos estado (social); más estado (penal)". El sistema penal *welfare* se caracterizaba por una mezcla parcial de la idea de pena determinada de la escuela clásica y la posibilidad de reforma del individuo propia del positivismo criminológico; se trataba de una "estructura híbrida <penal-welfare>, que combinaba el legalismo liberal del proceso y su castigo proporcional con un compromiso correccionalista basado en la rehabilitación, el welfare y el conocimiento criminológico" (Garland, 2005, p. 71). Se partía del siguiente axioma básico: "las medidas penales, donde fuera posible, debían ser intervenciones destinadas a la rehabilitación en lugar de castigos negativos retributivos" (p. 82).

En contraste, el Estado neoliberal supone que las ayudas sociales incentivan la desocupación, la vagancia y la "degradación moral", motivo por el cual es necesario reducir todo tipo de asistencias sociales creando un *gobierno de la inseguridad social*, pero que esté acompañado de un fortalecimiento del aparato penal y sus herramientas de control de la delincuencia ocasionada por su propia miseria. De esta manera, el fortalecimiento del sistema penal es un correlato de la reducción del Estado social: "*a la atrofia deliberada del Estado social corresponde la hipertrofia distópica del Estado Penal"* (Wacquant, 2010, p. 94). Aunado a la relativa desaparición del Estado social se encuentra la imposición del trabajo asalariado precario impulsado por la flexibilización proveniente de la religión del libre mercado, al cual los pobres deben adaptarse so pena de hacerse parte de la población *criminal* y sufrir los horrores del sistema de prisiones. A la idea de la "desaparición del Estado" con que se suele caracterizar ingenuamente al neoliberalismo, Wacquant contrapone la idea del Estado penal: en términos fiscales ha habido un importante incremento de destinación económica al sector de las prisiones con un correspondiente descenso de la inversión social: "En un periodo de escasez fiscal debido a la fuerte baja de los impuestos pagados por las empresas y las clases altas, el aumento de los presupuestos y el personal destinados a las prisiones sólo fue posible gracias al recorte de las sumas dedicadas a la ayuda social, la salud y la educación (…) Para sus pobres, Estados Unidos eligió construir establecimientos de detención y penales en vez de dispensarios, guarderías y escuelas" (p. 101).

Por último vale la pena señalar dos tendencias de la penalidad neoliberal expuestas por Wacquant: la primera de ellas tiene que ver con el crecimiento del sector privado de las prisiones y de la seguridad como una industria fructífera y que cotiza sus acciones en la bolsa; por supuesto que lo más rentable para estas empresas es que haya cada vez más *clientes* que consuman sus servicios, es decir, más encarcelados. La segunda se refiere al carácter discriminatorio de los sistemas penales estadounidense y europeos en la medida en que las intervenciones y sanciones suelen recaer sobre afro descendientes y extranjeros con base en estigmas por parte de la policía, el patrullaje selectivo de ciertas zonas, y la imposición de sanciones y formas de detención más severas y prolongadas cuando se trata de extranjeros o inmigrantes que cuando se trata de los oriundos de la "zona civilizada". Lo anterior se relaciona con el discurso xenofóbico tan de moda en Europa y Estados Unidos sobre los inmigrantes como causantes de las desgracias sociales (Wacquant, pp. 103 y ss.).

El panorama presentado da cuenta de la forma en que los discursos y prácticas penales se van transformando de manera paralela a las tendencias más amplias sobre la percepción de la economía, la pobreza y la delincuencia. Es difícil sostener que la tendencia estudiada por Garland y Wacquant en Europa y Estados Unidos no se ha replicado, por supuesto que con sus matices, en muchos de los países latinoamericanos y particularmente en Colombia. Estas transformaciones en las percepciones sobre el delito y la delincuencia, así como inciden en el incremento de las tasas de encarcelamiento, indudablemente inciden en el tratamiento y los prejuicios que se tienen sobre los posibles o probables delincuentes a quienes se les impone la detención preventiva de manera discriminatoria, con base en los estigmas que se imponen sobre las personas y determinados tipos de criminalidad sobre los que se prenden las alarmas del *peligrosismo*.

6. La privación de la libertad y los mecanismos de socialización: una crítica a la idea de resocialización desde la sociología de la prisión.

Para cerrar este capítulo, se abordará un asunto que se considera neurálgico en cualquier tipo de reflexión en torno al papel de la prisión en la sociedad. Tiene que ver con la idea de que la prisión tiene como función fundamental reinsertar socialmente a los individuos. Si bien ha habido transformaciones recientes en el discurso sobre la resocialización, en muchos sectores se mantiene esa noción como objetivo fundamental de la institución que

justifica que continúe su existencia. Contrario a esta intuición, varias investigaciones han demostrado que los efectos de la privación de la libertad aparecen como opuestos. En efecto, desde una perspectiva radical como el abolicionismo[86], se sostiene que el sistema penal es anómico: "las normas del sistema no cumplen las funciones esperadas; no protegen ni la vida, ni la propiedad, ni las relaciones sociales. La amenaza mediante normas penales no ha evitado la comisión de "delitos" o la presentación de conflictos; por el contrario, ellos se han multiplicado y sofisticado; es decir, la función de *prevención general* no se cumple". (Martínez Sánchez, 1995, p. 57). En seguida se presentarán algunos argumentos en ese sentido.

Adicional al análisis foucaultiano sobre la funcionalidad de la prisión en la construcción imaginaria de *la* delincuencia, Baratta (2009) señala que "los centros de detención ejercen efectos contrarios a la reeducación y a la reinserción del condenado, y favorables a su estable integración en la población criminal" (p. 194). Si el objetivo de la educación es formar seres libres y autónomos, el internamiento en la prisión genera todo tipo de efectos contrarios: una especie de "infantilización" donde el interno no se hace responsable de sí mismo, de su familia o de sus necesidades, sino que entra a ser completamente dependiente de la asistencia que le preste el Estado en el mejor de los casos, o en el peor, para la satisfacción de sus necesidades dependerá de insertarse en pandillas y grupos de poder al interior del establecimiento que le provean de manera violenta de las necesidades que no logra satisfacer el Estado. En ese sentido, Zaffaroni (2011) sostiene que "el preso es sumergido en un medio completamente artificial, se lo introduce en una sociedad con valores que nada tienen que ver con los de la vida libre y que parece una escuela de niños bastante complicada. El personal penitenciario debe controlar un gran número de presos, lo que sólo es posible mediante una regimentación interna. Como resultado, todo lo que la

[86] El criminólogo colombiano Mauricio Martínez Sánchez ha llamado la atención acerca del hecho de que no se puede hablar del abolicionismo como una corriente de pensamiento homogénea, sino que es diversa pero se encuentra en la necesidad de abolir el sistema penal; como corrientes moderadas se habla del *minimalismo penal* o el *abolicionismo en el largo plazo* por el cual se han inclinado grandes maestros como Baratta, Ferrajoli y Zaffaroni, quienes consideran que en este momento histórico no es posible eliminar el sistema de Derecho Penal en la medida en que no obstante sus efectos negativos, éste también se erige como garantía para los sectores marginados seleccionados por el sistema. De esta manera, los partidarios del *derecho penal mínimo* abogan por la reducción al mínimo del uso de la prisión y la intervención del sistema penal encaminado a las conductas que generan mayores daños y conflictividad social (Martínez Sánchez, 1995, pp. 4 y ss.).

persona hacía en la vida cuando podía o quería, conforme a su libertad de adulto, pasa a hacerlo bajo control y en la forma en que se le prescribe: se levanta, come, se higieniza, cena y duerme cuando y como se lo ordenan, es decir, que vuelve a una vida infantil sometida a las limitaciones que le imponía su grupo de crianza o la escuela" (p. 537).

De igual manera, en relación con la noción de la prisión como una "universidad del delito", se ha dicho que las personas privadas de la libertad en prisiones son sometidas a dos procesos coetáneos: de una parte, una *desculturización* consistente en la pérdida de aptitudes y sentido de responsabilidad necesarios para la vida en libertad, y de otra, un proceso de *culturización* en la *subcultura carcelaria,* que se caracteriza por ser violenta e ilegal (Baratta, 2009). Para nadie es un secreto que en las cárceles de países como Colombia se presentan fenómenos como el caciquismo, la distribución inequitativa de los pocos recursos que hay con base en relaciones de poder o capacidad de pago, la inseguridad y corrupción permanentes, e incluso la organización y realización de actividades delictivas al interior de los establecimientos. Ello trae como consecuencia que en el espacio de la prisión se formen *carreras delincuenciales* donde pequeños infractores –o *no infractores*, como en el caso de los procesados- se envuelvan en la espiral del mundo de la delincuencia.

Es en ese sentido que Zaffaroni sostiene que "La prisionización reproduce criminalidad, genera reincidencia, condiciona patologías psíquicas (neurosis de carácter y reactivas regresivas) y refuerza los roles desviados por efecto de la exigencia de asumirlos en la vida carcelaria para sobrevivir sin provocar disrupciones agresivas. La intervención penal por desviaciones primarias genera otras secundarias más graves y la reclusión de adolescentes prepara carreras criminales. La prisionización innecesaria *fabrica delincuentes*, al igual que la estigmatización de minorías en una clara *profecía autorrealizada* (jóvenes con dificultades de identidad asumen los roles desviados imputados mediáticamente, reafirmando los prejuicios propios del estereotipo)" (2011, p. 529).

Desde una perspectiva teórica más amplia, al referirse al *labelling approach* como una nueva perspectiva de estudio de la criminología en su momento, Elena Larrauri (2006) aporta algunos elementos de análisis relativos a los impactos de la imposición de la etiqueta de "delincuente" sobre una persona. En primer lugar, la persona a la que le es asignada la etiqueta de delincuente posiblemente tenderá a asumir el rol de desviada como propio y

comportarse conforme al mismo; el sujeto asume una identidad que le permite insertarse en circuitos de socialización propios de su nuevo estatus y es así como empieza a desarrollar una *carrera delictiva:* "la adscripción del sujeto a este nuevo estatus (de delincuente) implica una degradación, que conlleva una limitación en sus alternativas de comportamiento. Determinadas opciones le serán ya vedadas por el hecho de haber sido definido como delincuente" (p. 36). De esta manera, se plantea una crítica al proceso penal en la medida en que termina por imponer de manera definitiva el rol de desviado en una persona –este no es un efecto definitivamente necesario, pero se puede presentar. Desde las teorías del etiquetamiento, se ha establecido la distinción entre *procesos de desviación primaria* y *desviación secundaria*: la primera corresponde a una desviación relacionada con factores psíquicos o sociales específicos, mientras que la secundaria se presenta como consecuencia de la asunción del rol de desviado (Larrauri, 2006). En ese sentido, adquiere mayor contundencia la afirmación de Zaffaroni: "La reincidencia no es ninguna prueba de una personalidad inclinada al delito, sino de una personalidad lábil que responde positivamente al condicionamiento reproductor del propio sistema" (2011, p. 542).

Habría que preguntarse si esa asunción de un rol de desviado se limita al caso de quienes han sido condenados o si, junto con los impactos de la *subcultura carcelaria*, se transmiten también a quienes son encarcelados *a la espera de recibir una sentencia.*

Por último, vale la pena hacer referencia al supuesto impacto de la *prisionización* en la reducción de las conductas delictivas. Zaffaroni apunta que a más elevadas tasas de prisionización, no se reducen las tasas de homicidios y visceversa, entonces, ¿porqué mantener niveles inaceptables de imposición de dolor, privaciones y sufrimiento? En efecto, este autor sostiene que, por el contrario, los niveles de prisionización tienen más que ver con la flexibilización de las llamadas *medidas cautelares* de detención preventiva en las distintas legislaciones así como su imposición se relaciona con los prejuicios sobre la *delincuencia* y sobre el *otro* que tienen los funcionarios judiciales y en general el público. "Las tasas de prisionización latinoamericanas no varían en razón de las penas previstas en los códigos penales, sino en función de disposiciones procesales que amplían o limitan la prisión preventiva" (p.533). De acuerdo con el juez argentino, esta forma de *medida cautelar* se la puede asemejar con un secuestro con riesgo para la víctima. Sin importar si

finalmente la persona es declarada inocente o culpable, los efectos de estigmatización, vulneración sistemática de sus derechos y des socialización serán prácticamente los mismos.

7. Conclusiones.

Los abordajes teóricos que se pueden realizar desde la sociología del castigo en relación fundamentalmente con la generalización del uso de la prisión asociada a la modernidad y sus características esenciales en algunos escenarios sociales específicos como el cultural, el de las relaciones de poder, o el económico permiten una comprensión más profunda del papel del *castigo* –formalizado o no- en nuestros contextos.

Si bien no se puede adoptar una posición unívoca o lineal que *explique definitivamente* el castigo y sus desarrollos en las sociedades modernas, lo cierto es que estos referentes teóricos nos dan una lectura mucho más profunda que las ficciones enunciadas a través de las disposiciones jurídicas. Adicional a lo anterior, los estudios específicos de la sociología de la prisión y las teorías del etiquetamiento nos permiten complementar el diagnóstico sobre Derechos Humanos y el parcializado cumplimiento del fin resocializador de la prisión presentado en el capítulo 2 para el caso colombiano.

En primer lugar, los estudios culturales y de psicoanálisis plantean la importancia del tema de las sensibilidades en la definición de lo que se puede tolerar de las representaciones sociales de la delincuencia y del castigo, así como hacen referencia al propio carácter violento y vindicativo del sistema penal. De otra parte, los abordajes marxistas y del poder han permitido abordar el desarrollo histórico de las instituciones de encierro –y a través de ellas de la prisión- indagando a través del mismo por los discursos y *funcionalidades latentes* dentro de determinadas estructuras que si bien es posible aceptar que pueden tener una injerencia relevante, no son necesariamente determinantes. Finalmente, abordar las discusiones sobre las transformaciones discursivas y funcionales de los años recientes ha contribuido a ubicar más específicamente estas disertaciones.

CONCLUSIONES GENERALES

Del estudio realizado alrededor de la Medida de Aseguramiento Privativa de la Libertad en Establecimiento Carcelario y en relación con la pregunta acerca de cómo o, tal vez mejor, en qué sentido resolver las tensiones que se presentan entre el *eficientismo* y el *garantismo* penal para el caso de esta institución, es viable concluir que en el contexto jurídico constitucionalizado en que nos encontramos, y partiendo de los diagnósticos sobre las realidades del sistema de prisiones en Colombia, así como la situación de afectación de derechos específica que sufre la población procesada, y la falta de organización clara de la Política Criminal en Colombia, es urgente que la balanza se incline en favor de las personas procesadas y privadas de la libertad al menos en varios ámbitos:

En primer lugar, es necesaria una revisión detenida de la legislación vigente sobre la materia que permita reformularla a la luz de principios política criminales claros y que coincidan con el carácter Social, Democrático y de Derecho de Estado declarado en la Constitución colombiana.

En segundo lugar, si bien se reconocen como positivos algunos esfuerzos de la Corte Constitucional en el sentido de limitar la imposición de medidas de aseguramiento a un carácter excepcional y en el marco de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, lo cierto es que la timidez del alto tribunal por entrar a plantear desarrollos concretos de Política Criminal y el recurrente uso de la *libertad de configuración legislativa* como excusa para no intervenir en este ámbito ha traído dificultades como una constante aceptación de la ampliación de estas medidas. Tal vez el problema radique en la tendencia de la Corte a realizar una valoración de las normas meramente en el ámbito de lo abstracto, dado que ha sostenido reiteradamente que los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia no son absolutos, es decir, pueden reducirse parcialmente y no se ven violentados por este tipo de medidas en tanto que se restrinjan de manera excepcional y dentro de los parámetros normativos de la Constitución. De igual manera, parece haber una exacerbada –y difícilmente creíble- insistencia en que no se trata de medidas sancionatorias sino cautelares por la simple denominación jurídica. Partiendo de lo anterior, es posible hablar de una posición ambivalente de la Corte posiblemente relacionada con una percepción de fondo en relación con el papel del juez de constitucionalidad, quien, de acuerdo con esta

concepción, debería limitar sus funciones a un control negativo en el sentido de evitar situaciones de vulneración de derechoso contradicciones del orden jurídico solamente en lo abstracto.

En tercer lugar, si se parte de la afirmación reiterada por la Corte de acuerdo con la cual las personas privadas de la libertad no pierden su estatus de sujetos de derechos, lo cual trae como consecuencia afirmar que las normas relativas a las condiciones de habitación y dignidad en las prisiones no son meras formalidades o disposiciones de eficiencia administrativa, sino que tienen como base el respeto por los detenidos, y,de igual manera, si la presunción de inocencia como norma de tratamiento del procesado exige que éste no se encuentre en condiciones iguales o peores que las de las personas condenadas, es posible identificar un fuerte contraste entre la noción de *seguridad pública* en abstracto asociada con las tendencias y discursos de *eficientismo* en el derecho penal y la garantía de los derechos específicos de las personas sometidas a privación de la libertad; como se ha observado históricamente, ésta parece ser una tensión inevitable. Hacia qué lado se mueva la balanza en los tiempos próximos dependerá fundamentalmente de las posiciones que se asuman en este momento con una perspectiva proyectiva que incluya en los cálculos y diagnósticos de la Política Criminal como Política Pública, y que utilice como uno de sus instrumentos las disposiciones del procedimiento penal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, con todo lo que ello implica.

Por otra parte, desafortunadamente debe decirse que no obstante la declaratoria de Estado de cosas inconstitucional por parte de la Corte Constitucional hace más de 15 años y las evidentes contradicciones que se encuentran entre las condiciones materiales de vida que se viven en los establecimientos de reclusión de Colombia y los enunciados constitucionales, y lo que se ha desarrollado desde la esfera de la producción legislativa y los análisis de interpretación que hacen jueces y fiscales sobre este tipo de medidas desde el eficientismo, parece que la situación no ha mejorado sustancialmente, sino que en algunos aspectos incluso ha ido empeorando.

Es importante resaltar que no es viable en este contexto equiparar política criminal a política penal. La Política Criminal de un Estado Social y Democrático de Derecho le imprime unos caracteres específicos, no puede dejarse al arbitrio absoluto del legislador o

de las agencias que se encargan de ella y actúan de forma descoordinada bajo el rótulo de la "libertad de configuración".

De igual manera, vale la pena recalcar la necesaria existencia de una tensión entre la Política Criminal como política pública: la tensión que se da entre la democracia y la tecnocracia. Si bien es central y urgente la racionalización de la Política Criminal a partir de instrumentos metodológicos propios del *análisis de políticas públicas* para desarrollar una disciplina y estudios específicos de *análisis de política criminal* que permitan criticar y proponer tendencias que se sometan a debates democráticos amplios, también hace falta que se incorporen como guías las experiencias y estudios alrededor de la implementación de ciertas medidas o tendencias de política, así como desarrollen en la mayor medida de lo posible los valores consagrados en la Constitución y normas de Derechos Humanos como garantías del procesado y en general de la persona privada de la libertad. En medio de esta aparente disyuntiva, es necesario plantear la necesidad de la coordinación de las autoridades estatales en la materia, la organización y centralización de datos e informaciones de que éstas dispongan, así como una informada y fundamentada deliberación democrática, pública y amplia donde autoridades de diversas esferas, academia, sociedad civil y organizaciones de familiares y apoyo a las personas privadas de la libertad, y cómo no, los mismo internos, participen en la formulación de líneas claras de Política Criminal en la materia.

Así mismo, vale la pena señalar que en caso de que las respuestas y el sistema jurídico no logren cumplir con las expectativas exigidas al mismo y resulte generando situaciones peores de aquellas que pretende prevenir, debe renunciarse al uso de la privación de la libertad como mecanismo de respuesta ante el procesamiento penal de una persona, o reducirse al máximo; unos criterios interesantes para efectuar tal reducción podrían ser la negatividad social de las conductas (su alto impacto y no incidencia) y el cese de las medidas para delitos asociados con el abandono social a que el Estado ha sometido a la mayoría de la población. Por supuesto que lo anterior implicaría, en el fondo, en el corto o largo plazo, la necesidad de cuestionar y replantear los procesos de desmonte del Estado de bienestar que se han desarrollado en los últimos tiempos.

En los pronunciamientos de la Corte no parece haber relación entre límites constitucionales sobre detención preventiva y límites frente a la Política Criminal y libertad de configuración legislativa. Hace falta introducir una pretensión de racionalidad como límite a tal libertad, pues de lo contrario, toda propuesta que se pueda hacer para darle mayor sentido y coherencia con el texto constitucional a la política que se desarrolle en relación con la privación de la libertad queda en el aire. Si se ha hablado de que en el caso de la detención preventiva en el ámbito de la política criminal la libertad de configuración legislativa es limitada y debe operar sólo de manera excepcional, es necesario tomar en consideración a los jueces, abogados litigantes, defensoría pública y fiscales como actores que ejecutan y desarrollan la política pública en la materia, por lo que, a pesar de la dispersión y falta de sistematicidad de la información de que se dispone al respecto, para darle alguna orientación a sus decisiones específicas es necesario que consulten de manera permanente los desarrollos y decisiones de la Corte Constitucional en tanto que el ejercicio de sus funciones no puede estar aislada del marco jurídico constitucional que les da unos cursos de acción específicos al comportamiento de las autoridades judiciales y ministerio público.

Yendo un poco más allá, experiencias como la referida en varios países de América Latina donde los jueces han intervenido incluso en la configuración de algunos lineamientos en materia penitenciaria y criminal en cuanto han preferido ordenar el cierre de establecimientos o negar el ingreso de personas privadas de la libertad (cierre de prisiones, control y reducción del encierro) por cuanto en su papel de jueces constitucionales (recordemos que en Colombia el juez de control de garantías es, ante todo, un juez constitucional) han considerado que en las condiciones de nuestros sistemas penales y penitenciarios no es coherente establecer una privación de la libertad que va a someter -injustamente y antijurídicamente- a una persona a una pena cruel, inhumana y degradante.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCUR, Nodier (2008). *Grandes Corrientes del Derecho Penal. La Escuela Clásica.* Bogotá: Temis.

ALEXANDER, Franz y STAUB, Hugo (2008). *Criminalidad y Psicoanálisis. Estudio del Delincuente y sus Jueces.* Bogotá: Leyer.

APONTE CARDONA, Alejandro (2006). *Captura y Medida de Aseguramiento: el régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia.* Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura

ARIZA, Libardo José (2011). *Reformando el Infierno: Los Tribunales y la Transformación del Campo Penitenciario en América Latina.* En: ARIZA, Libardjo José e ITURRALDE, Manuel, *Los Muros de la Infamia*. Bogotá: Universidad de los Andes. Pp. 18-109.

BARATTA, Alessandro (2009). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal.* México: Siglo XXI Editores.

_____ (1999). *Reintegración Social del Detenido.* En MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio (coautor y compilador) *La Pena: Garantismo y Democracia. A propósito de la Reforma Penal en Curso.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

BECCARIA, Cesare (1822). *Tratado de los Delitos y de las Penas.* Madrid: Imprenta de Albán. Disponible en: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097388/1080097388_MA.PDF

BERNAL, Carolina y LA ROTA, Miguel. *Independencia Judicial Insuficiente, Prisión Preventiva Deformada. Informe Colombia.* En Due Process of Law Foundation. *Independencia Judicial insuficiente, Prisión Preventiva Deformada. Los Casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú.* Washington: DPLF. Pp. 65-114.

BINDER, Alberto (2012). *Análisis Político Criminal.* Bogotá-Buenos Aires: Universidad del Rosario.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS CIJUS (2000). *Análisis de la situación carcelaria en Colombia: un enfoque cualitativo. Siete estudios de Caso.* Bogotá: Ediciones Uniandes.

COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL (2012). *Informe Final. Diagnóstico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado Colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas.* Washington: Organización de Estados Americanos.

CORPORACIÓN COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO (199). *La Sin Razón. Situación Carcelaria en Colombia.* Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-774 de 2001. M.P: Rodrigo Escobar Gil. (2001-a)

_____ Sentencia C- 646 de 2001. M.P: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. (2001-b).

_____. Sentencia C – 816 de 2004. M.P: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

_____. Sentencia C-591 de 2005. M.P: Clara Inés Vargas Hernández. (2005 –a)

_____. Sentencia C-730 de 2005. M.P: Álvaro Tafur Galvis. (2005 – b)

_____. Sentencia C-1001 de 2005. M.P: Álvaro Tafur Galvis. (2005 – c)

_____. Sentencia C-1154 de 2005. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. (2005-d)

_____. Sentencia C-154 de 2007. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra (2007-a).

_____. Sentencia C-209 de 2007. M.P: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. (2007-b)

_____. Sentencia c 1198 de 2008. M.P: Nilson Pinilla Pinilla. (2008-a)

_____. Sentencia C-425 de 2008. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra. (2008-b)

_____. Sentencia C-318 de 2008. M.P: (2008-c)

_____. Sentencia T-468 de 2009. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (2009-a).

_____. Sentencia de Tutela 971 del 2009. Magistrado ponente: Dr. Mauricio González Cuervo (2009-b).

_____. Sentencia de Tutela 764 del 2012. Magistrado ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

_____. Sentencia C-121 de 2012. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva (2012 – a)

_____. Sentencia T- 764 de 2012. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (2012 – b).

_____. Sentencia C-695 de 2013. M.P: Dr. Nilson Pinilla pinilla.

DEFENSORÍA DELEGADA PARA LA POLÍTICA CRIMINAL Y PENITENCIARIA (2011). Seguimiento al Cumplimiento de la Sentencia de Tutela 971 del 2009 (Separación entre Condenadas y Sindicadas). Bogotá: Defensoría del Pueblo.

DURKHEIM, Emilio (2001). *La División del trabajo Social.* Madrid: Akal.

FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal.* Madrid: Trotta.

_____ (1999). *La Pena en una Sociedad Democrática.* En MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio (coautor y compilador) *La Pena: Garantismo y Democracia. A propósito de la Reforma Penal en Curso.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

FOUCAULT, Michel (2003). *La Verdad y las Formas Jurídicas.* Barcelona: Gedisa.

_____ (2010). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión.* México: Siglo XXI Editores.

GARLAND, David (2005). *La Cultura del Control.* Barcelona: Gedisa.2006).

_____ (2006). *Castigo y Sociedad Moderna.* España: Siglo XXI Editores.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (1999). *Presunción de Inocencia y Prisión Sin Condena.* En MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio (coautor y compilador) *La Pena: Garantismo y Democracia. A propósito de la Reforma Penal en Curso.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

ITURRALE, Manuel (2011). *Prisiones y castigo en Colombia: la construcción de un orden social excluyente,* En: ARIZA, Libardjo José e ITURRALDE, Manuel, *Los Muros de la Infamia*. Bogotá: Universidad de los Andes. Pp. 110-185.

INPEC (2013). *Informe Estadístico Segundo Semestre 2013.* Bogotá: INPEC.

_____ (2014). *Informe Estadístico Junio 2014.* Bogotá: INPEC.

LARRAURI, Elena (2006). *La Herencia de la Criminología Crítica.* España: Siglo XXI Editores.

LONDOÑO, César Augusto. *Medidas de aseguramiento. Análisis Constitucional*, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2009, p. 35.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio (1995). *Estado de Derecho y Política Criminal.* Bogotá: Temis.

_____ (1990). *La abolición del Sistema Penal.* Bogotá: Temins.

_____ (1999). *La Crisis de la Justicia Penal en Colombia*, Santafé de Bogotá: Temis.

MELOSSI, Darío y PAVARINI, Massimo (2008). *Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario (Siglos XVI – XIX).* México: Siglo XXI Editores.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2013). *12 Pasos Para Hacerle Frente a la Crisis del Sistema Penitenciario y Carcelario.* Bogotá: MinJusticia.

MISIÓN INTERNACIONAL DERECHOS HUMANOS Y SITUACIÓN CARCELARIA (2001). *Centros de Reclusión en Colombia: Un Estado de Cosas Inconstitucional y de flagrante violación a los Derechos Humanos.* Bogotá: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina en Colombia.

MUÑOZ GÓMEZ, Jesús Antonio (2013). *Los Sistemas Punitivos a la Luz de un Modelo de la Complejidad.* Bogotá: Ibañez.

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDA PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2006). *Personas privadas de libertad. Jurisprudencia y Doctrina.* Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unida para los Derechos Humanos.

ORDÓÑEZ-MATAMOROS, Gonzalo (Dir.). *Manual de Análiis y Diseño de Políticas Públicas.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

OROZCO ABAD, Iván y GÖMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Criminal.* Bogotá: Temis.

PÁSARA, Luis (2013). *La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial,* en Due Process of Law Foundation. *Independencia Judicial insuficiente, Prisión Preventiva*

Deformada. Los Casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú. Washington: DPLF. Pp. 5- 28.

PINZÓN, Antonio José (2014). *¿Superar el Hacinamiento?* Artículo de Opinión en Portal Virtual Palabras al Margen. 15 de Mayo de 2014. Disponible en: http://palabrasalmargen.com/index.php/articulos/nacional/item/superar-el-hacinamiento?category_id=138

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2004). "*El sistema de prisiones colombiano opera bajo niveles de presión crecientes; los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en riesgo".* Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

RELATORÍA DE PRISIONES Y GRUPO DE DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (2012). *Informe Rendido a la CIDH Relativo a las Personas privadas de la Libertad en Colombia.* Bogotá: Universidad de los Andes.

RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto (1984). *Pena y estructura social.* Bogotá: Temis.

SASTRE ARIZA, Santiago (2006). *Para ver con mejor luz.Una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica.* En: Courtis, Christian (ed). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica.* Madrid: Trotta.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y GUZMÁN, Diana Esther (2010). *"Política de drogas y situación carcelaria en Colombia".* En: Pien Metaal y Coletta Ypungers (eds.) *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina.* Buenos Aires: Docuprint. Pp. 40-50.

WACQUANT, Loïc (2010). *Las Cárceles de la Miseria.* Buenos Aires: Manantial.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2011). *La palabra de los muertos.* Buenos Aires: Ediar.