

# **PERSPECTIVAS SOCIOJURÍDICAS SOBRE EL CONTROL DEL CRIMEN**

**LIBARDO JOSÉ ARIZA  
MANUEL ITURRALDE  
FERNANDO LEÓN TAMAYO ARBOLEDA  
(COORDINADORES ACADÉMICOS)**





# **PERSPECTIVAS** SOCIOJURÍDICAS SOBRE EL CONTROL DEL CRIMEN

doi de la obra: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.613>

# **PERSPECTIVAS SOCIOJURÍDICAS SOBRE EL CONTROL DEL CRIMEN**

**Libardo José Ariza**  
**Manuel Iturralde**  
**Fernando León Tamayo Arboleda**  
(coordinadores académicos)

Nombre: Ariza Higuera, Libardo José, coordinador académico, autor; | Iturralde Sánchez, Manuel Alejandro, coordinador académico, autor; | Tamayo Arboleda, Fernando León, coordinador académico, autor;

Título: Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen / Libardo José Ariza, Manuel Iturralde, Fernando León Tamayo Arboleda (coordinadores académicos)

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2022. | 404 páginas : ilustraciones ; 15 x 24 cm. Colección Estudios Cijus

Identificadores: ISBN 9789587983265 (rústica) | 9789587983272 (electrónico)

Materias: Crimen – Colombia | Crimen – América Latina | Política criminal | Criminología | Derecho penal

Clasificación: CDD 364–dc23

SBUA

Primera edición: noviembre del 2022

- © Libardo José Ariza Higuera, Manuel Alejandro Iturralde Sánchez, Fernando León Tamayo Arboleda (coordinadores académicos, autores)
- © Julián Andrés Muñoz Tejada, Leyder Humberto Perdomo Ramírez, Yesid Reyes Alvarado, Juan Oberto Sotomayor Acosta, David Enrique Valencia, María Camila Correa Flórez, Yennifer Yiseth Suárez Díaz, Norberto Hernández Jiménez, Julio Andrés Sampedro Arrubla, Diana Patricia Arias Holguín, Susana Escobar Vélez, Beatriz Eugenia Suárez López, Juan Pablo Uribe Barrera, Geovana Andrea Vallejo, Salim Chalela Naffah, Mario Andrés Torres, Maria Mauersberger, Marcela Briceño-Donn
- © Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: (60-1) 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

[infeduni@uniandes.edu.co](mailto:infeduni@uniandes.edu.co)

ISBN: 978-958-798-326-5

ISBN e-book: 978-958-798-327-2

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.613>

Corrección de estilo: Tatiana Grosch

Diagramación interior: Nancy Cortés

Diagramación de cubierta: Angélica Ramos

Imagen de cubierta: Igor Ovsyannykov, en Pixabay; tomada de <https://pixabay.com/es/photos/resumen-antecedentes-negro-ciudad-2915769/>

Impresión:

Imageprinting

Carrera 27 n.º 76-38

Teléfono: (60-1) 6311350

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.

Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964.

Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia.

Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

# CONTENIDO

|                                                                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUCCIÓN.                                                                                                                                                      |    |
| UNA SOCIOLOGÍA JURÍDICA DEL CRIMEN PARA COLOMBIA                                                                                                                   | 11 |
| Libardo José Ariza                                                                                                                                                 |    |
| Manuel Iturralde                                                                                                                                                   |    |
| Fernando León Tamayo Arboleda                                                                                                                                      |    |
| <br>PRIMERA PARTE                                                                                                                                                  |    |
| <b>EL CAMPO DEL CONTROL DEL CRIMEN EN COLOMBIA Y LATINOAMÉRICA</b>                                                                                                 |    |
| <br>DEL GIRO PUNITIVO AL GIRO DECOLONIAL: LA DISTANCIA ENTRE EL DERECHO PENAL, LA CRIMINOLOGÍA Y LAS PRÁCTICAS DEL CONTROL DEL CRIMEN EN COLOMBIA Y AMÉRICA LATINA | 19 |
| Libardo José Ariza                                                                                                                                                 |    |
| Manuel Iturralde                                                                                                                                                   |    |
| <br>POPULISMO Y EXPERTOS EN MATERIA PENAL: DEBATE SOBRE EL ROL DE LOS EXPERTOS EN EL DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL                                                | 49 |
| Julián Andrés Muñoz Tejada                                                                                                                                         |    |
| <br>EL GOBIERNO ILEGAL DEL CRIMEN Y LA INMORALIDAD: CASTIGO EN LAS MILICIAS POPULARES DE MEDELLÍN                                                                  | 69 |
| Leyder Humberto Perdomo Ramírez                                                                                                                                    |    |
| <br>VIGILANCIA Y CONTROL DEL CRIMEN EN LAS CIUDADES LATINOAMERICANAS                                                                                               | 95 |
| Fernando León Tamayo Arboleda                                                                                                                                      |    |

## SEGUNDA PARTE

**PODER PUNITIVO Y ESTADO DE DERECHO**

## ¿PREVENIR O CASTIGAR? 117

Yesid Reyes Alvarado

## REFORMAS LEGALES Y JUSTICIA PENAL EN COLOMBIA:

LA LENTA E IMPERCEPTIBLE CONFIGURACIÓN  
DE UN MODELO «EFICIENTISTA»

141

Juan Oberto Sotomayor Acosta

## LAS CONSECUENCIAS DEL PUNITIVISMO INTERNACIONALISTA

SOBRE EL PROCESO PENAL REFORMADO: DE LA *CULTURA*  
PROCESAL LIBERAL A UNA *CULTURA* PROCESAL AUTORITARIA

165

David Enrique Valencia

## CONSUMO DE DROGAS Y AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD

PENAL: UN DISCURSO JURISPRUDENCIAL DOGMÁTICO  
EN CLAVE DE DERECHOS

187

María Camila Correa Flórez

## LA DUALIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LOS

CRÍMENES DE PODEROSOS

209

Yenifer Yiseth Suárez Díaz

## SANCIONES RESTAURATIVAS SIN PROCEDIMIENTOS

RESTAURATIVOS: UNA CRÍTICA AL PROCEDIMIENTO  
DIALÓGICO EN LA JEP

233

Norberto Hernández Jiménez

Julio Andrés Sampedro Arrubla

## TERCERA PARTE

**DISCURSOS CONSTITUCIONALES Y CASTIGO**CEPO, FUETE Y PRISIÓN: EL CASTIGO DEL CUERPO INDÍGENA EN  
EL ESTADO MULTICULTURAL MODERNO

255

Libardo José Ariza

Manuel Iturralde

|                                                                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| EL INFRAMUNDO DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL:<br>UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS MÁRGENES DEL CONTROL<br>CONSTITUCIONAL A PARTIR DEL CASO DE LOS CENTROS<br>DE RECLUSIÓN TRANSITORIA EN MEDELLÍN | 275 |
| Diana Patricia Arias Holguín<br>Susana Escobar Vélez                                                                                                                                           |     |
| LA PRISIÓN DOMICILIARIA PARA LAS MADRES CABEZA<br>DE FAMILIA EN COLOMBIA                                                                                                                       | 301 |
| Beatriz Eugenia Suárez López<br>Juan Pablo Uribe Barrera                                                                                                                                       |     |
| CUARTA PARTE<br><b>CÁRCEL Y SOCIEDAD</b>                                                                                                                                                       |     |
| PERSECUCIÓN PENAL Y POBLACIONAL PRIVADA DE LA LIBERTAD<br>ENTRE LOS 18 Y 29 AÑOS: REFLEXIONES EN TORNO AL<br>JUVENICIDIO SIMBÓLICO EN COLOMBIA                                                 | 325 |
| Geovana Andrea Vallejo<br>Salim Chalela Naffah                                                                                                                                                 |     |
| OPORTUNIDADES Y RETOS DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO<br>A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA                                                                                            | 353 |
| Mario Andrés Torres                                                                                                                                                                            |     |
| UNA APUESTA A LA CONSTRUCCIÓN DE CIUDADANÍA<br>DESDE LA PRISIÓN                                                                                                                                | 375 |
| Maria Mauersberger<br>Marcela Briceño-Donn                                                                                                                                                     |     |
| SOBRE LOS AUTORES                                                                                                                                                                              | 395 |



## **Introducción**

### **Una sociología jurídica del crimen para Colombia**

Los textos sobre el crimen y su control que se publican usualmente en Colombia y Latinoamérica suelen destacarse por su relevancia y originalidad en el debate local y regional. La búsqueda permanente de la novedad del ejercicio académico lleva a pensar a sus autores que cada texto es único y abre nuevos caminos de investigación. Y, aunque en ocasiones este puede ser el caso, también lo es que las reflexiones más originales e innovadoras son el resultado de un esfuerzo continuado y colectivo por ampliar, profundizar y complejizar la comprensión del campo del control del crimen en los contextos colombiano y latinoamericano. Así, antes de que referirnos a la novedad e importancia del presente libro, debemos comenzar por evocar la historia de los esfuerzos anteriores que lo han hecho posible.

En su clásico texto sobre la criminología en Latinoamérica, Rosa del Olmo<sup>1</sup> explica detalladamente que existen dos comunes denominadores en las preocupaciones tempranas por el problema del delito en la región. En primer lugar, los intereses académicos se concentraron en dar cuenta de las causas del crimen como paso necesario para enfrentar la criminalidad y la violencia que afecta a los países latinoamericanos. Este enfoque predominantemente positivista fue apoyado por los gobiernos nacionales, interesados en fortalecer los aparatos punitivos y de control estatal para reprimir poblaciones consideradas como amenazas para el orden público, e impulsado por médicos y abogados. Los primeros a través de un entendimiento del crimen como manifestación de patologías tanto individuales como sociales, que podían ser tratadas e inocuizadas. Los segundos

1 Rosa del Olmo, *América Latina y su criminología* (Madrid-México D. F.: Siglo XXI Editores, 1999).

basados en la ilusoria pretensión de juristas ilustrados y capaces de configurar la realidad social a través de la reforma normativa e institucional del Estado.

La falta de consolidación de una disciplina criminológica independiente hizo que los estudios sobre el crimen y las maneras de enfrentarlo provinieran principalmente de juristas especializados en un derecho penal liberal y garantista. Tal orientación ideológica contribuyó a que estos juristas abrazaran los postulados de la criminología crítica europea de la segunda mitad del siglo xx para analizar las problemáticas derivadas de la inestabilidad política, los altos niveles de violencia, criminalidad y desigualdad en la región, así como para cuestionar los regímenes dictatoriales y autoritarios que gobernaban mayoritariamente en esta parte del mundo. Los estudios de criminología crítica en América Latina estuvieron marcados por una profunda crítica a los sistemas penales de la región y a los procesos selectivos de criminalización de clases sociales marginadas y vulnerables. Así, durante la segunda mitad del siglo xx, el conocimiento criminológico latinoamericano se dividió en dos grandes vertientes: una enfocada en proveer un conocimiento, pretendidamente científico pero políticamente informado, para gobernar el crimen; y otra que desarrolló un análisis normativo crítico, preocupado por la defensa de las libertades ciudadanas frente a los abusos del poder coercitivo de los regímenes políticos latinoamericanos, por medio de la difusión de un discurso penal liberal y garantista.

A partir de la última década del siglo xx, las perspectivas del estudio del crimen y el control social en la región se transformaron en un doble sentido. Por un lado, aumentaron las investigaciones sobre el crimen y el castigo desde diferentes perspectivas, ya no solo positivistas-criminológicas o normativo-críticas, sino antropológicas, históricas y sociológicas. Por otro lado, también cambiaron los actores que desarrollaron este nuevo tipo de discursos. Los penalistas y médicos fueron paulatinamente desplazados por economistas, psicólogos, politólogos, sociólogos, antropólogos e historiadores, quienes aportaron nuevas temáticas, perspectivas teóricas y métodos de investigación en la materia<sup>2</sup>. Estas transformaciones han dado lugar a que actualmente un amplio conjunto de académicos e investigadores latinoamericanos estén realizando contribuciones a las discusiones regionales y globales sobre la criminalidad y el control social en las sociedades contemporáneas. Esta nueva ola ha servido también para romper con lo que Del Olmo denomina *escolasticismo científico*, entendido como

2 Cfr. Farid Samir Benavides Vanegas, "La criminología crítica en Colombia", en *Criminología en Colombia*, editado por Farid Samir Benavides Vanegas (Bogotá: Ibáñez, 2017); Fernando León Tamayo Arboleda, *Del Estado al parque: El gobierno del crimen en las ciudades contemporáneas* (Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2021).

la importación acrítica de teorías complementada por perspectivas locales, que confían ciegamente en un conjunto de verdades previamente establecidas en los países europeos y anglosajones.

Aunque ciertamente los académicos regionales siguen sometidos de diversas maneras a la economía política mundial del conocimiento, no puede perderse de vista cierta madurez en el pensamiento regional, mucho más consciente de sus posibilidades de participación en el escenario global, con capacidades y posibilidades mucho más aptas para dicha tarea, y sin dejar de mantener el compromiso político y epistemológico de generaciones anteriores por comprender, cuestionar y transformar la realidad latinoamericana, inserta en un contexto cada vez más globalizado. Este libro es fruto de tal esfuerzo continuado por analizar la situación de la región —en particular de Colombia—, generar marcos conceptuales y empíricos relevantes para el estudio del crimen y el castigo, así como proponer alternativas que lleven a la superación de las estrategias de control del crimen autoritarias y excluyentes que han lastrado a Latinoamérica por décadas.

En el contexto nacional, durante los últimos años, se han publicado diversas obras monográficas y colectivas que se han enfocado en analizar el crimen y el castigo desde diferentes puntos de vista<sup>3</sup>, enriqueciendo enormemente la literatura nacional en la materia. El presente libro continúa dicha senda, enfocándose en analizar los problemas del crimen y el castigo desde una perspectiva que privilegia el derecho y su relación con la sociedad. Esto lo convierte no solo en un texto original en materia de sociología del castigo, sino que lo hace fundamental para la aún joven sociología jurídica del crimen y el castigo en el país.

En efecto, todas las cuestiones mencionadas anteriormente sobre la transformación del conocimiento sobre el crimen y el castigo en la región han demandado de los abogados —como son de formación la mayoría de quienes escriben en esta obra colectiva— una metamorfosis en su manera de aproximarse a la cuestión criminal. Las provocativas críticas normativas a la política criminal que han sido precursoras de la criminología crítica latinoamericana siguen siendo fundamentales y están presentes en el texto, pero una mirada interdisciplinaria más amplia y empíricamente fundamentada es también un deber ineludible para el fortalecimiento del

3 En años recientes pueden encontrarse los siguientes textos sobre el tema: Juan Sebastián Hernández Moreno, *La paradoja punitiva: Las medidas alternativas al encarcelamiento y la política criminal inflacionaria en Colombia* (Bogotá: Dejusticia, 2020); Marcela Gutiérrez Quevedo y Ángela Marcela Olarte Delgado (eds.), *Pluralismo jurídico y derechos humanos: Perspectivas críticas desde la política criminal* (Bogotá: Universidad Externado, 2020); Héctor Gallo, *Crimen, locura y subjetividad* (Medellín: Universidad de Antioquia, 2020); Tamayo, *Del Estado al parque*; Norberto Hernández Jiménez (ed.), *Temas criminológicos latinoamericanos: Teoría, evidencia empírica y ejecución penal* (Bogotá-Valencia: Pontificia Universidad Javeriana-Tirant lo Blanch, 2021); Libardo José Ariza, Manuel Iturralde y Fernando León Tamayo Arboleda (eds.), *Cárcel, derecho y sociedad: Aproximaciones al mundo penitenciario en Colombia* (Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2021); Jorge Luis Vargas Valencia et al. (eds.), *Seguridad y convivencia ciudadana en Colombia: Teorías, datos y estrategias aplicadas* (Bogotá: Policía Nacional, 2021).

pensamiento criminológico latinoamericano. Con este texto pretendemos contribuir en esta dirección.

Con los anteriores objetivos en mira, el presente libro se encuentra dividido en cuatro secciones. En la primera parte hemos agrupado aquellos textos que analizan de forma crítica la manera en que se ha estructurado el campo del control del crimen en Colombia y Latinoamérica. La segunda sección se ocupa de analizar la manera específica en que el discurso jurídico, y más específicamente el penal, han influenciado la manera en que se ha construido en Colombia el fenómeno de la criminalidad y la política criminal que pretende darle respuesta. La tercera parte del libro se centra en la importancia de las narrativas constitucionales para moldear y dar sentido a la experiencia particular del castigo en el país. Y, finalmente, la cuarta sección aborda las relaciones y tensiones entre las instituciones jurídicas del castigo y una sociedad libre y democrática.

La primera sección del libro se abre con el texto “Del giro punitivo al giro decolonial” de Libardo José Ariza y Manuel Iturralde. En este, los autores abordan las contradicciones teóricas y prácticas del derecho penal latinoamericano, haciendo énfasis en las complejas relaciones epistemológicas que se han tejido entre la criminología y el derecho penal, la manera en que estas han condicionado el campo del control del crimen regional y cómo han mostrado sus limitaciones para transformar la realidad de un régimen de control social autoritario y excluyente, a pesar del predominio de una dogmática penal liberal y garantista. En el siguiente texto de esta sección, “Populismo y expertos en materia penal”, Julián Andrés Muñoz Tejada nos muestra cómo se legitiman actualmente los *expertos* encargados de hablar y decidir sobre lo adecuado e inadecuado en cuanto a las estrategias de control del crimen. En específico, el autor analiza el papel restringido, pero al mismo tiempo fundamental, que juegan los expertos jurídicos en la elaboración de la política criminal. La tercera contribución de la primera parte del libro está a cargo de Leyder Humberto Perdomo Ramírez y su artículo “El gobierno ilegal del crimen y la inmoralidad”. En este, el autor realiza una detallada presentación de la manera en que las milicias urbanas de Medellín se han convertido en agentes de vigilancia, disciplinamiento y castigo en una ciudad marcada por una profunda historia de violencia. La primera parte del libro se cierra con el texto “Vigilancia y control del crimen en las ciudades latinoamericanas”, en el que Fernando León Tamayo Arboleda analiza la creciente importancia de los estudios sobre vigilancia en la región, y la manera en que el campo del control del crimen ha sido influenciado y modificado por estrategias que combinan viejas formas de supervisión y gestión de poblaciones, con nuevas tecnologías de vigilancia.

La segunda parte del libro se abre con el texto “¿Prevenir o castigar?” de Yesid Reyes Alvarado, en el que se analiza la manera en que los juristas justifican el castigo, y las consecuencias de asumir una u otra

postura en la materia. El segundo texto de esta sección está a cargo de Juan Oberto Sotomayor Acosta. En “Reformas legales y justicia penal en Colombia” el autor discute la economía política del aparato penal y procesal colombiano, mostrando las relaciones que se construyen entre castigo y eficiencia en la elaboración de la política criminal nacional. Esta sección continúa con el texto “Las consecuencias del punitivismo internacionalista sobre el proceso penal reformado”, en el que David Enrique Valencia estudia la manera en que los discursos, normas y jurisprudencia internacionales sobre el castigo moldean —y desfiguran— el proceso penal en Colombia. En el cuarto texto de esta sección, “Consumo de drogas y ausencia de responsabilidad penal”, María Camila Correa Flórez muestra cómo la guerra contra las drogas y la lucha por las libertades constitucionales colisionan en materia del castigo del consumo de estupefacientes. En el texto, la autora sostiene que la política penal estatal, la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia penal en materia de drogas se han enfrascado en una disputa conceptual con múltiples consecuencias para los derechos fundamentales de los colombianos. La quinta contribución de esta segunda parte es el texto “La dualidad del Estado colombiano frente a los crímenes de poderosos”, de Yenifer Yiseth Suárez Díaz. En este, la autora analiza las luces y sombras de las estrategias del Estado colombiano para encarar sus obligaciones internacionales de perseguir y castigar a los poderosos. En especial, el texto analiza las formas de castigo utilizadas en el marco del conflicto armado, con especial énfasis en los procesos transicionales y restaurativos. Finalmente, en la misma línea del texto anterior, la segunda sección se cierra con el texto “Sanciones restaurativas sin procedimientos restaurativos”, en el que Norberto Hernández Jiménez y Julio Andrés Sampedor Arrubla revelan las contradicciones entre el modelo de castigo asumido por la Justicia Especial para la Paz y los objetivos trazados por los modelos de justicia restaurativa.

La tercera parte del texto se abre con el artículo “Cepo, fuate y prisión”, en el que Libardo José Ariza y Manuel Iturralde estudian las paradojas y manifestaciones del castigo en Estados multiculturales como el colombiano. Los autores analizan la manera en que la teoría liberal del derecho penal, el multiculturalismo, la protección jurídica de los derechos de las minorías étnicas y raciales, y las garantías constitucionales de indemnidad de la integridad personal, se enfrentan y complementan en la configuración del castigo penal contemporáneo. El segundo texto de esta sección está a cargo de Diana Patricia Arias Holguín y Susana Escobar Vélez, quienes en “El inframundo del estado de cosas inconstitucional” discuten los problemas sociales de las cárceles en Colombia, la vulneración de derechos fundamentales en estos establecimientos y el impacto de estos sobre la discusión jurídica constitucional de reforma e intervención en las prisiones del país. Esta sección se cierra con el texto “La prisión domiciliaria para las madres cabeza de familia en

Colombia”, de Beatriz Eugenia Suárez López y Juan Pablo Uribe Barrera. En este artículo discuten la situación actual de las madres cabeza de familia presas en el país, y la manera en que el discurso jurídico traduce y configura la realidad que estas habitan.

La última parte del libro inicia con “Persecución penal y población privada de la libertad entre los 18 y 29 años”, de Geovana Andrea Vallejo y Salim Chalela Naffah, quienes discuten la manera en que la violencia criminal de la ciudad de Medellín y el castigo penal se entrelazan para exterminar de manera real y simbólica la juventud de la capital antioqueña. El segundo texto de esta sección, de Mario Andrés Torres, “Oportunidades y retos de la enseñanza del derecho a personas privadas de la libertad en Colombia”, caracteriza el estado actual de la educación en los establecimientos penitenciarios nacionales y las posibilidades de esta para apoyar la resistencia y reintegración de los privados de la libertad. Finalmente, el texto “Una apuesta por la construcción de ciudadanía desde la prisión” cierra esta sección, y el libro. En este, Maria Mauersberger y Marcela Briceño-Donn presentan diferentes estrategias que favorecen la reincorporación de los privados de la libertad, y destacan la importancia de que estas tengan lugar, no solamente una vez se da su liberación sino desde su estadía en la cárcel.

Esperamos que cada una de las contribuciones publicadas en el presente libro sea un aporte a las discusiones nacionales y regionales sobre el campo del control del crimen. La particular relevancia que cada texto otorga a los discursos jurídicos y su relación con la realidad social son, además, un poderoso anuncio del futuro de los estudios penales y criminológicos en el país, al insertarse en la creciente literatura que critica y subvierte las aproximaciones políticamente neutrales y epistemológicamente abstractas típicas de los análisis jurídico-penales tradicionales. Los textos que componen este libro son un paso significativo en la consolidación de una sociología jurídica del castigo en el país y la región, así como de los análisis interdisciplinarios sobre el crimen, el castigo y los mecanismos institucionalizados y no institucionalizados de control.

*Libardo José Ariza*

*Manuel Iturralde*

*Fernando León Tamayo Arboleda*

PRIMERA PARTE

# **EL CAMPO DEL CONTROL DEL CRIMEN EN COLOMBIA Y LATINOAMÉRICA**



# **Del giro punitivo al giro decolonial**

**La distancia entre el derecho penal,  
la criminología y las prácticas del  
control del crimen en Colombia  
y América Latina\***

Libardo José Ariza  
Manuel Iturralde

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.614>

## Introducción: cuál es el problema

En Colombia y América Latina, las teorías sobre la justificación del castigo estatal han estado estrechamente ligadas a las teorías del derecho penal provenientes de Europa. Estas dan por sentada la perspectiva weberiana de un Estado de derecho moderno y consolidado, el cual ejerce el monopolio de la violencia. Sin embargo, las perspectivas sociológicas y criminológicas sobre el crimen y el castigo, que ven las cosas de otra manera, han sido ignoradas o, si acaso, incluidas marginalmente como parte del discurso legitimador del orden penal existente.

El derecho penal ha sido el discurso hegemónico sobre el control del crimen, que a su vez ha sido ciego frente a las trayectorias históricas y las realidades políticas, económicas y sociales de los países latinoamericanos. Pese a sus importantes diferencias, estos han mostrado una versión tenue, aunque autoritaria, del Estado weberiano. Los Estados latinoamericanos no monopolizan la violencia, o lo hacen de forma parcial y selectiva en contra de grupos marginalizados (entre otras cosas, por razones de clase, raza o género), bajo un contexto de altos niveles de violencia y una desigualdad extrema. Estos factores son parte de lo que Pearce llama la “crisis de seguridad estatal” en los países latinoamericanos, que a su vez incide en la configuración de los Estados de la región como “Estados de seguridad fragmentados”<sup>1</sup>. A través de este tipo de Estado, las élites latinoamericanas protegen y promueven sus intereses<sup>2</sup>.

Lo anterior puede ayudar a explicar por qué la mayoría de los sistemas penales de la región (el colombiano entre ellos), a pesar de que

1 Jenny Pearce, “Elites and Violence in Latin American: Logics of the Fragmented Security State”, *Violence, Security and Peace Working Papers*, n.º 1 (2018), <http://www.lse.ac.uk/lacc/publications/PDFs/VSP1-Pearce-Elites-Violence-Latin-America-web.pdf>.

2 Pearce, “Elites and Violence”, 5.

discursiva e ideológicamente son liberales y garantistas, en la práctica son ineficaces para prevenir y disminuir el fenómeno social del delito, además de ser altamente punitivos y excluyentes. De esta forma, el derecho penal, y la criminología como auxiliar de este, son mecanismos que naturalizan y sostienen regímenes políticos y económicos injustos para buena parte de la población.

Haciendo énfasis en el caso colombiano, el presente texto abordará la aparente contradicción entre la teoría y la práctica del derecho penal latinoamericano, así como el papel auxiliar que ha jugado la criminología, desde una perspectiva decolonial. Asimismo, se discutirá si este tipo de perspectiva puede ser útil para cuestionar la utilidad y legitimidad del derecho penal en contextos de intensa violencia y exclusión social, así como para proponer alternativas a las autoritarias formas de control social que han predominado en Colombia y la región.

Con tal fin, en la primera parte del texto expondremos el problema de la ineficacia del derecho penal en América Latina y Colombia, así como a los tipos de adaptaciones a los que tal ineficacia ha dado lugar. Tales adaptaciones oscilan entre el *garantismo* y el *eficientismo* penales, dentro de un contexto social y político proclives a respuestas punitivas y excluyentes frente al problema del crimen. En este escenario, el papel de la criminología ha sido secundario, al punto de ser considerada una “ciencia auxiliar” del derecho penal. Con la notable excepción de la criminología crítica, la disciplina criminológica en Colombia y Latinoamérica ha tendido a legitimar el discurso penal bajo una perspectiva correccionalista de manejo del crimen.

En la segunda parte explicaremos cómo las perspectivas garantista y crítica, por un lado, y eficientista, por el otro, en realidad son dos caras de la misma moneda, pues forman parte del mismo proyecto de la modernidad, el cual se basa en el establecimiento global del capitalismo, la democracia y el liberalismo como las formas económicas, políticas y culturales predominantes. Desde una perspectiva decolonial, la modernidad es un proyecto eurocéntrico que no se basa principal ni exclusivamente en el dominio del capitalismo, sino que se constituye a partir de un entramado de sistemas, como el económico, el político y el cultural. Por lo tanto, el proyecto eurocéntrico de la modernidad opera simultáneamente en los niveles económico, político y epistemológico. Los discursos con que se explica la modernidad son parte integral y constitutiva de esta, al construir el lenguaje y la realidad a través de los cuales se comprende, reproduce y legitima una perspectiva provincial del mundo (la europea), a la que se le otorga el carácter de *universal*, y, por lo tanto, se presenta como verdadera e inevitable.

Desde esta perspectiva pretendidamente universal se juzgan, en términos de inferioridad, otros sistemas políticos, económicos y culturales. Desde el siglo xv, los sistemas de las sociedades sometidas al poder

colonial europeo fueron considerados como primitivos, atrasados, bárbaros, por lo que debían ser civilizados a través del lenguaje, la religión y las formas ordenadas de gobierno. Es decir, las sociedades colonizadas debían someterse al proyecto europeo de la modernidad, a imagen y semejanza (pero siempre detrás) de los imperios europeos. Bajo la excusa de su superioridad y de su deber civilizador, los Estados colonialistas europeos emprendieron una violenta conquista, primero del continente americano y luego del africano y del asiático, basada en la expoliación de tierras, la explotación, la servidumbre y la dependencia económica y política de las colonias frente a las metrópolis europeas.

La colonización es parte integral de la modernidad, la una no existe ni se explica sin la otra. Teniendo en cuenta esto es impreciso hablar de una era poscolonial, pues, desde la mirada decolonial, la matriz colonial de saberes y poderes no dejó de existir con la independencia política y jurídica de las colonias entre los siglos xix y xx. No nos encontramos en una etapa posmoderna; lo modernidad, con su matriz colonial, sigue vigente a nivel global (tanto en los espacios de las metrópolis como en los de sus excolonias). Esta mantiene las relaciones económicas y de poder desiguales que comenzaron a configurarse en el siglo xv con la expansión colonial de Europa, y se basa en formas de violencia material y simbólica que legitima a través de una epistemología universalista, planteada en términos binarios de inclusión/exclusión, superioridad/inferioridad.

En la tercera parte mostraremos cómo la postura decolonial es útil para analizar la distancia entre el derecho penal y la realidad colombiana y latinoamericana, así como las tensiones entre el garantismo y el eficientismo. Los países latinoamericanos siguen haciendo parte del proyecto de la modernidad y, por lo tanto, aunque obtuvieron la independencia política y jurídica de los poderes coloniales europeos en el siglo xix no se han decolonizado, pues, en términos políticos, económicos y culturales, aún siguen las reglas desiguales de la modernidad. El derecho penal y la criminología (por muy críticos que sean de la realidad latinoamericana) son saberes arraigados en las reglas y categorías de la modernidad, pues son parte de esta. El derecho penal, como toda disciplina moderna, crea los conceptos, las instituciones y prácticas que legitiman los saberes y las relaciones desiguales de poder propias de la modernidad. De esta forma, la defensa de un derecho penal liberal y garantista, respetuoso del Estado de derecho y los derechos humanos, es una forma de naturalizar el régimen político y económico existente, y contribuye a ocultar el lado oscuro de la modernidad, en el que prevalecen relaciones violentas de exclusión y subordinación.

El derecho penal y la criminología, como discursos modernos, terminan por reproducir y legitimar prácticas y discursos coloniales pues se basan en la idea, y exclusión, *del otro*, el delincuente, el anormal, el desviado, el desocializado, el enemigo; en fin, el sujeto colonial que debe

ser excluido, sometido, controlado. Esta ha sido la lógica detrás de buena parte de los discursos penal y criminológico en América Latina.

En la cuarta parte, a manera de conclusión, se discutirá brevemente la posibilidad de pensar alternativas epistemológicas y de acción, dado que el derecho penal liberal y la criminología positivista son saberes que forman parte de la modernidad y de las relaciones de poder que esta impone y naturaliza, por lo que no pueden ofrecer opciones reales frente al proyecto del que son parte, y al cual sostienen y reproducen.

## **La distancia entre el derecho penal y la realidad latinoamericana: una mirada decolonial**

La legitimidad del derecho penal moderno ha sido cuestionada desde sus comienzos. Y por buenas razones: el derecho penal no es otra cosa que la autorización al Estado de castigar a los ciudadanos. El castigo estatal es la imposición deliberada de dolor a individuos señalados de violar de forma grave normas esenciales de comportamiento y convivencia social. Por eso, desde la perspectiva liberal, semejante poder debe ser de origen democrático y estar sometido a estrictos controles que eviten, o cuando menos minimicen, los excesos en el uso estatal de la violencia<sup>3</sup>. Esta es la otra cara del poder coercitivo estatal: más que el puño férreo del Estado que castiga a los ciudadanos, el derecho penal es el que contiene a dicho puño, de forma tal que no termine por controlar y amoldar a golpes las libertades ciudadanas.

Si la legitimidad del derecho penal está siempre bajo sospecha, lo está más en las sociedades latinoamericanas, que, pese a sus diferencias, son fuertemente inequitativas y excluyentes, presentan altos niveles de criminalidad y violencia, además de una marcada tendencia a abusar del poder punitivo estatal. América Latina es la región más desigual del mundo. Aunque el coeficiente Gini<sup>4</sup> promedio ha tendido a bajar en las últimas dos décadas (pasó del 53,36 en el 2000 al 43,22 en el 2017)<sup>5</sup>, sigue siendo muy elevado. En cuanto a la violencia y la criminalidad, durante la última década, América Latina ha sido la región más violenta del

3 Roberto Gargarella, *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2016).

4 Aunque existen diversas maneras de medir la desigualdad (por ejemplo, en términos de riqueza o de la repartición del producto interno bruto), el coeficiente Gini es de los más usados por los organismos internacionales y la literatura que analiza el tema (véase Richard Wilkinson y Kate Pickett, *The Spirit Level: Why Greater Equality Makes Societies Stronger* (Londres: Penguin, 2010), 15-18. El coeficiente Gini mide la desigualdad de los ingresos dentro de un país y oscila entre 0 y 1, donde 0 corresponde a una igualdad perfecta (todos tienen los mismos ingresos) y 1 corresponde a una desigualdad perfecta (una persona tiene todos los ingresos y los demás ninguno).

5 Banco Mundial, "Gini index" (Estimado del Banco Mundial, 2017), <http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?locations=AR&view=map>.

mundo y ha presentado las tasas más altas de criminalidad. La población de esta región representa el 8 % de la población mundial, pero es víctima del 33 % de los homicidios. La tasa de homicidios de América Latina es de 21,5 % mil habitantes; más de tres veces el promedio mundial. De los 20 países (y 43 de las cincuenta ciudades) con las más altas tasas de homicidios 17 son latinoamericanos; América del Sur y América Central tienen los índices más elevados de hurtos violentos reportados (426,28 y 364,8 hurtos por 100.000 habitantes, respectivamente), mientras que el promedio en Europa occidental es de 226,60<sup>6</sup>.

Adicionalmente, en América Latina es común la narrativa de la ineficacia del derecho penal, tanto para castigar como para prevenir el crimen y la violencia. Según el Índice Global de Impunidad 2017, Colombia es el quinto país con mayores niveles de impunidad en América Latina, detrás de Venezuela, México, Perú y Brasil; y es el octavo a nivel global, entre 59 países que fueron medidos. Del total de delitos reportados en Colombia al 2018, el 71 % se encontraba en etapa de indagación previa. De estos, el 27 % estaban activos, mientras que en la etapa de investigación los procesos activos representaban solo el 1 % del total<sup>7</sup>.

La percepción social de que el derecho penal se ejerce de manera abusiva y selectiva, unida a la ineficacia de este para reprimir y prevenir la delincuencia, contribuyen a los altos niveles de desconfianza de los ciudadanos latinoamericanos hacia el Estado. Según Latinobarómetro, entre el 2004 y 2016, el porcentaje promedio de ciudadanos que creían que el gobierno protege el interés público fue del 24,5, mientras que el 68,4 % de la población creía que el gobierno protege los intereses de las élites<sup>8</sup>. En el 2017, en promedio, el 35 % la población confiaba en la policía, el 25 % en la rama judicial y el gobierno, el 22 % en el legislativo y el 15 % en los partidos políticos. En el 2017, el 52 % de los ciudadanos encuestados declararon que apoyaban la democracia, mientras que el 48 % (casi la mitad) no<sup>9</sup>.

Esta tendencia, que denota la precaria legitimidad de los regímenes democráticos latinoamericanos, se ha mantenido constante durante los últimos veinte años: en este periodo, el porcentaje promedio de personas que no apoyan la democracia es del 44,2 %; dicho porcentaje ha ido

6 Robert Muggah y Katherine Aguirre Tobón, "Citizen Security in Latin America. Facts and Figures", *Igarapé Institute Strategic Paper* 33 (2018), [https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Citizen-Security-in-Latin-America-Facts-and-Figures.pdf?utm\\_campaign=2018\\_newsletter\\_10&utm\\_medium=email&utm\\_source=RD+Station](https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Citizen-Security-in-Latin-America-Facts-and-Figures.pdf?utm_campaign=2018_newsletter_10&utm_medium=email&utm_source=RD+Station).

7 Índice Global de Impunidad Colombia (Puebla: UDLAP, PARES, CESIJ, SIMO, 2019), [https://www.udlap.mx/cesij/files/indices-globales/8-IGICOL\\_2019\\_ESP-UDLAP.pdf](https://www.udlap.mx/cesij/files/indices-globales/8-IGICOL_2019_ESP-UDLAP.pdf).

8 Latinobarómetro, *Informe Latinobarómetro 2017* (Buenos Aires: Corporación Latinobarómetro, 2017), <http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>.

9 Latinobarómetro, *Informe Latinobarómetro 2017*, 11.

creciendo de forma constante desde el 2010<sup>10</sup>. El bajo nivel de confianza ciudadana en las instituciones y la democracia forma parte de un entorno más amplio de desconfianza social: entre 1996 y el 2017, el porcentaje promedio de personas que confiaba en personas desconocidas era del 18,7 %; en el 2017, el promedio fue del 14 %<sup>11</sup>.

Por otra parte, las instituciones sociales en las que los ciudadanos latinoamericanos más confían son la Iglesia católica (65%) y las fuerzas armadas (46%)<sup>12</sup>, quienes tradicionalmente han tenido una mirada represiva en contra de quienes son señalados como desviados o enemigos de la sociedad o del Estado. Por esto, no es de sorprender que la cultura política latinoamericana muestre una tendencia favorable a gobiernos autoritarios si estos se muestran dispuestos a enfrentar el crimen y resolver los problemas económicos, que es lo que más preocupa a la población. Entre el 2002 y 2016, en promedio, el 51,6 % de la población afirmó que apoyaría gobiernos autoritarios si estos resolvieran sus problemas<sup>13</sup>.

Frente a la ineficacia de sistema penal y los altos niveles de desconfianza social (entre ciudadanos y con respecto al Estado), que perjudican la legitimidad del derecho penal y del Estado que lo aplica, ha habido diversos tipos de respuestas dentro del campo social del control del crimen, basadas en distintos discursos y prácticas. Por una parte, entre la academia y la dogmática penal predominantes en América Latina prima el discurso de un derecho penal *liberal y garantista*<sup>14</sup>, comprometido con el Estado de derecho, la democracia, los derechos humanos y la limitación del poder punitivo del Estado. Tal discurso se traduce en distintos tipos de prácticas, como la elaboración de manuales de derecho penal, que fijan la dogmática, es decir, el sustento epistemológico, los principios, los fines, los contenidos, la estructura y los contornos del derecho penal; y la formación de abogados penalistas, quienes se pueden dedicar a la práctica privada o desempeñar cargos estatales, especialmente los relacionados con el sistema penal.

Otra práctica importante de los académicos y dogmáticos penales es su intervención en el debate público y especialmente en la redacción y discusión de normas penales, en su calidad de expertos y actuando como dique de contención de discursos punitivistas y poco garantistas. Estos son aspectos fundamentales de la reproducción y mantenimiento del discurso y

10 Latinobarómetro, *Informe Latinobarómetro 2017*, 11.

11 Latinobarómetro, *Informe Latinobarómetro 2017*, 17.

12 Latinobarómetro, *Informe Latinobarómetro 2017*, 18.

13 Latinobarómetro, *Informe Latinobarómetro 2016* (Buenos Aires: Corporación Latinobarómetro, 2016), <http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>.

14 El garantismo penal es un término ampliamente utilizado en la dogmática y la filosofía del derecho penal. Pero quizá fue Luigi Ferrajoli quien trató en su obra *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995) de forma más sistemática este concepto y lo popularizó. El garantismo ha sido ampliamente acogido por la dogmática penal liberal latinoamericana.

las estructuras garantistas de los sistemas penales latinoamericanos. Los penalistas y el discurso liberal garantista siguen siendo los guardianes de la puerta, a pesar de los embates del giro punitivo de las últimas décadas.

El dominio de la dogmática penal sobre los discursos de control de la criminalidad ha dado al derecho penal latinoamericano un carácter elitista y conservador, por más que se presente como ideológicamente liberal. Buena parte de los penalistas de la región, tanto en la práctica profesional como en la academia, subestiman o desconfían de la intervención de otras disciplinas y miradas “no expertas”, así como de la opinión pública y del debate democrático en la definición de la estructura, contenido y alcance de esta rama del derecho. Esto es así porque los custodios de la dogmática penal parecen creer que las intervenciones de los profanos en el tema destruyen la pureza óptica del derecho penal y lo deforman hasta degradarlo a una expresión del populismo punitivo<sup>15</sup>.

Los discursos y las prácticas garantistas son un aspecto importante en la configuración del campo del control del crimen; sin embargo, como en todo campo social, se ven enfrentados por otros actores, intereses, visiones del mundo y formas de capital que compiten por el predominio dentro del campo<sup>16</sup>. Así, se puede decir que al garantismo penal se opone un *eficientismo penal*<sup>17</sup>, cuyo fin primordial es reprimir y prevenir el delito por medio del castigo, además de tranquilizar a la población, a través del uso expansivo del derecho penal y el control social sobre los miembros de grupos sociales excluidos, que son etiquetados como enemigos.

Bajo esta perspectiva, el orden y la seguridad son una precondition del ejercicio de los derechos y deben ser garantizados por el Estado. Los derechos de quienes han violado el contrato social, o incluso si solo se sospecha que lo han hecho, deben ceder frente al interés general. El puño de hierro del eficientismo se quita el guante del garantismo para cumplir su misión. Esta postura goza de amplios niveles de aceptación social: según Latinobarómetro<sup>18</sup>, entre el 2004 y 2016, en promedio, el 53,3 % de las personas encuestadas manifestaron que preferían el orden a la libertad y la protección de derechos.

15 Gargarella, *Castigar al prójimo*, 130.

16 Pierre Bourdieu, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *La fuerza del derecho* (Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar-Pontificia Universidad Javeriana, Siglo del Hombre, 2000), 153-220.

17 El término eficientismo penal también ha sido utilizado ampliamente por varios autores de la dogmática penal y la filosofía del derecho penal, particularmente en Europa continental y en América Latina. Luigi Ferrajoli en *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 1995, utiliza el término eficientismo penal como modelo contrapuesto al garantismo. En Colombia, el eficientismo penal ha sido ampliamente discutido por varios autores, entre los que destaca Alejandro Aponte, con su libro *Guerra y derecho penal de enemigo: Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, fruto de su tesis doctoral, dirigida por Alessandro Baratta. Alejandro Aponte, *Guerra y derecho penal de enemigo: Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo* (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2009).

18 Latinobarómetro, *Informe Latinobarómetro 2016*, 28.

Desde un punto de vista pragmático, el eficientismo señala la incapacidad del garantismo en combatir los altos niveles de impunidad. Aunque es difícil encontrar entre la academia y la dogmática penal latinoamericanas una defensa del discurso eficientista, este suele permear la legislación penal, además de estar presente en los discursos de las instancias estatales de control y persecución del delito, desde el Gobierno nacional y su Ministerio de Justicia, hasta la Policía, la Fiscalía, alcaldías y no pocos jueces penales. Las perspectivas económicas del crimen, que suelen ser defendidas desde las facultades de Economía, y algunos centros de pensamiento, y que cada vez producen más tecnócratas que hacen parte de las filas estatales de control y persecución del crimen, tienden a alinearse con las posturas pragmáticas del eficientismo y a darles el sello de cientificidad.

La discusión sobre el crimen y su control se ha politizado de forma intensa, con lo que los políticos latinoamericanos y numerosos colectivos sociales han tendido a alinearse con el discurso eficientista<sup>19</sup>. Así, se han aprobado leyes de mano dura contra el delito a través de la sanción más drástica de un mayor número de conductas, así como de la restricción de los derechos de los procesados, con el fin de obtener más detenciones y condenas, que es como se miden la justicia impartida y el combate a la impunidad.

Este ha sido un factor importante del surgimiento del denominado giro punitivo en América Latina, que, además, suele ser señalado como una tendencia global de los últimos cuarenta años<sup>20</sup>. Entre 1995 y el 2019, la tasa de encarcelamiento en 17 países latinoamericanos aumentó un 199 %. Pasó de un promedio de 106 personas encarceladas por cada 100.000 habitantes a uno de 273 (un incremento del 158 %)<sup>21</sup>. En Colombia, entre 1992 y el 2020, la población carcelaria creció un 356 % (pasó de 27.000 a 123.106 personas); la tasa de encarcelamiento aumentó de 90 personas por cada 100.000 habitantes en 1995 a 249 en el 2019 (un incremento del 177 %)<sup>22</sup> (véase la tabla 1).

19 Manuel Iturralde, "Neoliberalism and its impact on Latin American crime control fields", *Theoretical Criminology* 23, n.º 4 (2019): 471-490; Máximo Sozzo, "Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur: A modo de introducción", en *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*, editado por Máximo Sozzo (Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2016), 9-28.

20 Iturralde, "Neoliberalism and its impact", 471-490; Sozzo, "Postneoliberalismo y penalidad en América", 9-28.

21 The World Prison Brief, *World Prison Brief Data*, 2020, <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>.

22 The World Prison Brief, *World Prison Brief Data*.

TABLA I.

Cambios en las tasas de encarcelamiento de países latinoamericanos (1995-2019)

| País                          | Tasa de encarcelamiento<br>(por 100.000 habitantes)<br>1995-1996 | Tasa de encarcelamiento<br>(por 100.000 habitantes)<br>2017-2019 | Porcentaje de incremento |
|-------------------------------|------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|--------------------------|
| El Salvador                   | 125 (1995)                                                       | 604 (2019)                                                       | 383 %                    |
| Paraguay                      | 57 (1995)                                                        | 199 (2017)                                                       | 249 %                    |
| Venezuela                     | 101 (1996)                                                       | 178 (2017)                                                       | 76 %                     |
| Ecuador                       | 85 (1995)                                                        | 233 (2019)                                                       | 174 %                    |
| Perú                          | 87 (1995)                                                        | 278 (2018)                                                       | 220 %                    |
| Costa Rica                    | 100 (1995)                                                       | 374 (2017)                                                       | 274 %                    |
| Colombia                      | 90 (1995)                                                        | 246 (2019)                                                       | 173 %                    |
| México                        | 101 (1995)                                                       | 163 (2018)                                                       | 61 %                     |
| Brasil                        | 107 (1995)                                                       | 348 (2019)                                                       | 225 %                    |
| Guatemala                     | 58 (1995)                                                        | 143 (2019)                                                       | 147 %                    |
| Uruguay                       | 99 (1995)                                                        | 295 (2018)                                                       | 198 %                    |
| Argentina                     | 73 (1995)                                                        | 230 (2018)                                                       | 215 %                    |
| Panamá                        | 237 (1995)                                                       | 401 (2019)                                                       | 69 %                     |
| Bolivia                       | 69 (1996)                                                        | 158 (2018)                                                       | 129 %                    |
| Nicaragua                     | 98 (1995)                                                        | 332 (2018)                                                       | 239 %                    |
| Chile                         | 163 (1995)                                                       | 238 (2019)                                                       | 46 %                     |
| Honduras                      | 158 (1995)                                                       | 229 (2018)                                                       | 45 %                     |
| <i>Promedio de incremento</i> |                                                                  |                                                                  | 199 %                    |

Fuente: The World Prison Brief, *World Prison Data* (2020).

En la mayoría de los países latinoamericanos, entre ellos Colombia, el pragmatismo crudo del eficientismo tiene cautivo al garantismo penal, cuyo nivel de incidencia política parece limitarse a la nada despreciable defensa de las fronteras del derecho penal, garante del Estado democrático de derecho y de los derechos humanos. No obstante, a pesar de la contención garantista, el eficientismo ha expandido de forma sostenida los límites del derecho penal y, con ellos, la intromisión del Estado en las libertades y los derechos de los individuos, particularmente de aquellos pertenecientes a grupos sociales excluidos.

Evidencia de lo anterior es el impresionante aumento de la población privada de la libertad y de las tasas de encarcelamiento en prácticamente todos los países latinoamericanos durante las últimas tres décadas, así como la homogeneidad étnico-racial, de clase y género de la población reclusa (en su gran mayoría, hombres jóvenes, pobres, mestizos o pertenecientes a minorías étnicas, poco educados y desempleados). Sin embargo,

este aparente incremento de la eficacia del aparato estatal de control del delito no ha servido para reducir de forma significativa los niveles de violencia y criminalidad, así como los índices de impunidad.

Más importante aún, la tozuda realidad muestra que el aumento de la “eficacia” del sistema penal (medida en términos punitivos) en sociedades con altos niveles de inequidad social y económica está lejos de lograr uno de los fines declarados del derecho penal: la prevención general como expresión de una política criminal encaminada a proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos y evitar la comisión de nuevos delitos. Para mencionar un ejemplo diciente, según datos de la Policía Nacional, el número de hurtos denunciados en Colombia aumentó un 252 % entre el 2004 y 2016 (de 55.081 a 193.818)<sup>23</sup>. En un cálculo conservador, si se encarcelara a la mitad de quienes cometieron hurtos en el 2016 (más de 90.000 personas), la capacidad del sistema penitenciario debería incrementarse en un 73 %. Según el Inpec, la creación de un nuevo cupo carcelario cuesta alrededor de 120 millones de pesos, con lo que el Estado y la sociedad colombianos deberían desembolsar casi 10,8 billones de pesos.

Este ejemplo básico muestra que la vía punitiva no solo es una mala política, sino que es irrealizable (lo que genera falsas expectativas), insostenible (no hay recursos suficientes para financiarla y mantenerla en el tiempo) y fundamentalmente injusta, al concentrarse de forma desproporcionada en los grupos más excluidos (predominantemente hombres jóvenes y pobres de las periferias urbanas) de una sociedad extremadamente desigual<sup>24</sup>. Como sostiene Gargarella, en contextos como este es apenas previsible que el aparato coercitivo estatal termine al servicio de los intereses de los grupos sociales que más se benefician de dicha desigualdad, con lo que el control social sirve para el mantenimiento y reproducción de la inequidad existente<sup>25</sup>.

La anterior línea de argumentación no es novedosa en América Latina. Desde los años setenta, los penalistas y criminólogos críticos denunciaron la injusticia de los sistemas penales de la región y cómo, en las condiciones en que funcionaban, se convertían en el sostén de un *statu quo* injusto, autoritario y brutal. Los penalistas críticos se concentraron en la denuncia de los abusos del derecho penal bajo los sistemas capitalistas y regímenes autoritarios latinoamericanos. Y, como respuesta a esta denuncia, reivindicaron la defensa de los principios y valores liberales para volver a un derecho penal verdaderamente garantista, que pusiese freno a los abusos

23 Ministerio de Defensa, *Logros de la política de defensa y seguridad* (2019), [https://www.mindefensa.gov.co/inj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/estudios\\_sectoriales/info\\_estadistica/Logros\\_Sector\\_Defensa.pdf](https://www.mindefensa.gov.co/inj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/estudios_sectoriales/info_estadistica/Logros_Sector_Defensa.pdf).

24 Manuel Iturralde, “Colombian prisons as a core institution of authoritarian liberalism”, *Crime, Law and Social Change* 65, n.º 3 (2016): 137-162.

25 Gargarella, *Castigar al prójimo*, 11.

del poder y que estuviese del lado de los más débiles, teniendo en cuenta las particularidades del contexto latinoamericano<sup>26</sup>. Zaffaroni<sup>27</sup> es uno de los principales exponentes de esta perspectiva.

Por su parte, los criminólogos críticos, influenciados por criminólogos europeos como Alessandro Baratta<sup>28</sup>, desde una postura más cercana al marxismo, señalaron a la estructura económica capitalista como la principal causa de los altos niveles de desigualdad y violencia en la región. Asimismo, denunciaron cómo la respuesta represiva y selectiva del Estado, a través del sistema penal, era un mecanismo de dominación y naturalización de los intereses capitalistas. Emiro Sandoval (también penalista y criminólogo crítico, discípulo de Reyes Echandía y de Baratta) fue uno de los principales exponentes de esta perspectiva en Colombia y América Latina<sup>29</sup>.

Según la criminología crítica, la única opción para acabar con este estado de cosas inicuo era derrocar el sistema penal vigente y crear uno nuevo, para lo cual también era indispensable transformar las relaciones de poder y las estructuras económicas y sociales en que se basaban. Cualquier concesión al sistema capitalista equivalía a convertirse en cómplice o idiota útil de este, y haría de la criminología lo que venía siendo desde su origen: una disciplina correccionalista cuya función primordial era normalizar a los desviados y mantener el *statu quo*.

A pesar de estas críticas pertinentes y del debate que generaron, y sin desconocer el impacto que hayan podido tener en los campos penales latinoamericanos, en las últimas décadas se han desgastado los discursos garantistas y críticos y no parecen ser suficiente contrapeso al giro punitivo, que continúa apoderándose de la política criminal y el debate público de forma sostenida. Por otra parte, la generación de criminólogos críticos cayó en el olvido, en buena medida porque sus pretensiones utópicas y radicales de superación del sistema capitalista no tuvieron eco en las sociedades latinoamericanas de los ochenta y noventa. La gran mayoría de estas, de la mano de los Estados Unidos, bajo el contexto de la Guerra Fría y la lucha anticomunista, abrazaron la doctrina de la seguridad nacional y del enemigo interno para combatir a los disidentes y desviados por medio de brutales dictaduras o de democracias muy restringidas.

Luego, a la sombra de la caída del comunismo y del triunfo del capitalismo y la democracia como los regímenes económicos y políticos predominantes, el neoliberalismo y las teorías económicas del crimen y la

26 Farid Samir Benavides Vanegas, "La criminología crítica en Colombia", en *Criminología en Colombia*, editado por Farid Samir Benavidez Vanegas (Bogotá: Ibáñez, 2017), 16.

27 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de derecho penal - Parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2006); Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas* (Buenos Aires: Ediar, 2003).

28 Benavides, "La criminología crítica en Colombia", 27.

29 Emiro Sandoval, *Sistema penal y criminología crítica* (Bogotá: Temis, 1989).

seguridad ciudadana se convirtieron en los discursos y las prácticas hegemónicas de control del crimen, en no pocas ocasiones con un fuerte respaldo popular. Estos discursos avocaban por el aumento de los costos de cometer un delito, a través del fortalecimiento del aparato punitivo estatal, bajo la lógica del actor racional y egoísta<sup>30</sup>.

Adicionalmente, una importante ambivalencia (consciente o inconsciente) estuvo siempre presente entre los criminólogos críticos latinoamericanos: la mayoría de ellos se había especializado en derecho penal y ejercía sus profesiones en esta rama del derecho<sup>31</sup>. Estos penalistas sagazmente entendieron la importancia de disciplinas como la criminología para darle contexto y una narrativa al derecho penal latinoamericano. Por lo tanto, muchos de ellos se convirtieron en criminólogos, además de penalistas. A manera de ejemplo, Alfonso Reyes Echandía en Colombia y Eugenio Raúl Zaffaroni en Argentina son reconocidos penalistas que, a su vez, impulsaron la criminología en sus países y la región, publicaron textos desde esta perspectiva<sup>32</sup> y la utilizaron como base de su mirada crítica a los sistemas penales latinoamericanos.

Esta doble identidad generó cierta ambigüedad en las posturas de los penalistas/criminólogos críticos frente a los problemas que estudiaban: por una parte, podían tener una mirada crítica y criminológica sobre el funcionamiento del sistema penal, pero las soluciones que solían ofrecer venían más desde su faceta de penalistas. En sus discursos y sus prácticas, los penalistas/criminólogos críticos se inclinaron a pensar con optimismo que el derecho penal siempre tendría una oportunidad de reformarse y regresar a su esencia garantista y liberal. Así, defendían la existencia y legitimidad de un derecho penal garantista, estrechamente ligado con el Estado de derecho y un régimen liberal y democrático; y, al hacerlo, asignaban a la criminología el papel de ciencia auxiliar del derecho penal. En última instancia predominó una “mirada legalista de la cuestión criminal”<sup>33</sup>.

## **La modernidad vino para quedarse (aunque nunca hemos sido modernos)**

A pesar de sus diferencias, los discursos del penalismo y la criminología críticos se caracterizaron por su denuncia de la selectividad e injusticia

30 David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

31 Benavides, “La criminología crítica en Colombia”, 29.

32 Alfonso Reyes Echandía, *Criminología* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1968); Eugenio Raúl Zaffaroni, *Criminología: Aproximación desde un margen* (Bogotá: Temis, 1988).

33 Benavides, “La criminología crítica en Colombia”, 21.

del sistema penal en los países latinoamericanos, y también por su incapacidad de cambiar el rumbo del control social (punitivo y excluyente) en la región. De esta situación surgen algunas preguntas: ¿por qué, a pesar de su limitado impacto en la vida social y política de los países latinoamericanos (y especialmente en el campo del control del crimen), el discurso penal garantista sigue predominando en las facultades de derecho, en los manuales de derecho penal y en la retórica de los principios legales y constitucionales de esta rama del derecho? ¿Por qué la criminología no ha sido capaz de emanciparse de los discursos y las prácticas penales dominantes y ha sido marginal? Y, aún más apremiante, ¿se justifica el derecho penal en sociedades tan injustas y desiguales? Todo lo anterior en un contexto de poca confianza ciudadana en las instituciones democráticas, entre estas el sistema penal, del cual, sin embargo, se tienen altas expectativas.

Acá esbozaremos algunas ideas que buscan abordar estas preguntas desde un punto de vista decolonial. Esta mirada, poco explorada en el derecho penal y la criminología latinoamericanas, puede ayudarnos a comprender cómo la ineficacia del derecho penal liberal garantista no es un fallo del sistema, sino que tiene una razón de ser y un papel que jugar, mientras que la aparente tensión entre el garantismo y el eficientismo no es tal; ambos son dos caras de la misma moneda. El sistema penal, tanto en su vertiente garantista como en la eficientista, buscan, por distintos caminos, la preservación de un orden económico capitalista, entrelazado con una cultura liberal y una política democrática, los cuales apuntalan el proyecto de la modernidad. Como sostienen Castro-Gómez y Grosfoguel<sup>34</sup>: “Debemos entender que el capitalismo no es sólo un sistema económico (paradigma de la economía política) y tampoco es sólo un sistema cultural (paradigma de los estudios culturales/poscoloniales en su vertiente ‘anglo’), sino que es una red global de poder, integrada por procesos económicos, políticos y culturales, cuya suma mantiene todo el sistema”.

Desde la mirada decolonial, tanto la dogmática penal garantista como la criminología crítica son epistemologías, discursos y prácticas que tienen una capacidad de transformación limitada, pues se mueven dentro del proyecto de la modernidad. Y este proyecto se constituyó a partir del proceso de colonización de América por parte de los poderes imperiales europeos desde el siglo xv. La colonización es un elemento inescindible de la modernidad; la primera no existe ni puede ser entendida sin la segunda, y viceversa. Esto significa que la modernidad se creó y se sostiene a partir de un proceso económico, político y cultural de dominio y explotación de los países europeos en contra de sus colonias, del sujeto colonial, *el otro*,

34 Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel, “Prólogo: Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico”, en *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, editado por Santiago Castro Gómez y Ramón Grosfoguel (Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2007), 9-23.

marcado por la discriminación etno-racial, que es una invención colonial. Tal dominación fue posible no solo por la superioridad de la fuerza militar de los poderes imperiales sino por la legitimación y naturalización de los diversos discursos (económicos, religiosos, políticos, jurídicos, antropológicos) que daban por supuesta la superioridad, en todos los aspectos, de Europa sobre sus colonias y, por lo tanto, el derecho de gobernarlas. A estas solo les quedaba el camino del desarrollo y la civilización, siguiendo los pasos y órdenes de sus amos europeos.

La primera ola de decolonización, que se produjo en América entre los siglos xviii y xix, y continuó en las colonias africanas y asiáticas durante el siglo xx, significó el nacimiento de los Estados nación postcoloniales, de la periferia, y con ellos la independencia política y jurídica de los imperios europeos. No obstante, las relaciones asimétricas de poder entre Europa (y luego también los Estados Unidos) y sus excolonias se mantuvieron. Esto se debió en buena medida al apogeo del sistema económico capitalista a nivel mundial, que beneficiaba a los poderes europeos que lo impusieron y aun se basaba en una relación de explotación y subordinación de las excolonias. La teoría de la dependencia, una de las más conocidas teorías sociales latinoamericanas, sostenía esta postura, desde una perspectiva estructuralista donde primaba el sistema económico como factor de configuración y cambio del orden social<sup>35</sup>.

Pero las relaciones asimétricas de poder entre la metrópoli y sus excolonias también se mantuvieron debido a la continuación de un modelo epistemológico eurocéntrico (algo que la teoría de la dependencia deja en un segundo plano), que lleva a las disciplinas sociales y humanas, tanto del sur como del norte global, a pensar y actuar dentro del paradigma de la modernidad. De esta manera, las estructuras de dominación de la modernidad se naturalizan y no son cuestionadas, pues ni siquiera son percibidas como tales. La perspectiva decolonial sostiene que “el mundo no ha sido completamente descolonizado”<sup>36</sup>. A pesar de la descolonización política y jurídica de los países americanos desde el siglo xviii, la matriz colonial, con sus relaciones de poder y dominación basadas en jerarquías binarias (superior/inferior, desarrollado/primitivo, civilizado/salvaje) y sus conceptos de diferencia/superioridad étnico-racial, se mantiene vigente<sup>37</sup>.

Las teorías decoloniales, de origen latinoamericano<sup>38</sup>, entienden la modernidad como un proyecto europeo que comenzó a expandirse a nivel

35 Castro-Gómez y Grosfoguel, “Prólogo: Giro decolonial”, 18; Benavides Vanegas, “La criminología crítica en Colombia”, 21-23.

36 Castro-Gómez y Grosfoguel, “Prólogo: Giro decolonial”, 17.

37 *Ibidem*.

38 Castro-Gómez y Grosfoguel, “Prólogo: Giro decolonial”; Walter D. Mignolo, “Introduction: Coloniality of power and de-colonial thinking”, en *Globalization and the Decolonial Option*, editado por Walter D. Mignolo y Arturo Escobar (Londres: Routledge, 2010a), 1-22; Walter D. Mignolo, “Delinking: The

global a partir del siglo xvi, con el “descubrimiento” de América. Este fue un punto crucial en el proceso de consolidación y expansión del sistema económico capitalista. Sin embargo, a diferencia de las posturas estructuralistas, como el marxismo o la teoría de la dependencia, el decolonialismo reconoce la importancia del sistema económico, pero no como único elemento constitutivo de la modernidad, sino como parte de una red de sistemas que la constituyen<sup>39</sup>.

Uno de estos sistemas es el cultural, en el cual se enfocan los estudios poscoloniales (predominantemente anglosajones). Estos enfatizan la relevancia de la agencia humana, a través de la constante interacción social, que construye discursos y maneras de ver el mundo que estructuran la forma y sentido de la modernidad y el capitalismo. A diferencia de los estudios poscoloniales, el decolonialismo, aunque destaca la centralidad del sistema cultural en la construcción de realidades sociales, lo ve solo como parte integral de un entramado más complejo que da forma al capitalismo y la modernidad en que viven tanto las sociedades del norte como las del sur global<sup>40</sup>.

Tanto las perspectivas estructuralistas como las culturales pierden de vista que la modernidad se funda desde su comienzo en una estructura etno-racial que establece una jerarquía binaria entre lo europeo y lo no europeo, *la diferencia colonial*<sup>41</sup>, que, con base en una supuesta superioridad de la cultura europea, construye y usa categorías de inclusión (de lo europeo) y exclusión (del otro no europeo y sus saberes subalternos) y naturaliza relaciones económicas desiguales entre el norte global y el sur global<sup>42</sup>. Las teorías decoloniales sostienen que la modernidad es el paradigma predominante a nivel global, tanto entre los antiguos poderes coloniales y los Estados Unidos (actualmente denominados países centrales o del norte global) como entre sus excolonias (los países periféricos y semiperiféricos, o del sur global). Dicho paradigma se caracteriza por su pretensión totalizante al presentar su visión del mundo como la única verdadera, excluyendo así a todas las demás<sup>43</sup>.

Esta pretensión absolutista de universalizar un provincialismo está íntimamente ligada a su pretensión de superioridad<sup>44</sup>. De la verdad se

---

rhetoric of modernity, the logic of coloniality and the grammar of de-coloniality”, en *Globalization and the Decolonial Option*, editado por Walter D. Mignolo y Arturo Escobar (Londres: Routledge, 2010b), 303-368; Arturo Escobar, “Worlds and knowledges otherwise: The Latin American modernity/coloniality research program”, en *Globalization and the Decolonial Option*, editado por Walter D. Mignolo y Arturo Escobar (Londres: Routledge, 2010), 33-64.

39 Castro-Gómez y Grosfoguel, “Prólogo: Giro decolonial”, 15-16.

40 *Ibidem*.

41 Escobar, “Worlds and knowledges otherwise”, 39.

42 Castro-Gómez y Grosfoguel, “Prólogo: Giro decolonial”, 16-17.

43 Escobar, “Worlds and knowledges otherwise”, 38.

44 *Ibidem*.

deriva la perfección, por lo que los sistemas económicos, políticos y culturales que estructuran el paradigma de la modernidad (que exaltan la racionalidad, autonomía y responsabilidad del ser humano en medio de una economía de libre mercado) son superiores a aquellos sistemas subalternos que, al no coincidir con los postulados más “avanzados” de la modernidad, son tildados de básicos, simples, primitivos, atrasados; en fin, inferiores. Son sistemas que ocupan otro espacio geográfico (la imagen de los trópicos) y otro tiempo (el pasado) y que constituyen la matriz espacio-temporal colonial. El sujeto colonial es un ser primitivo que debe desarrollarse de la mano civilizadora de la modernidad. El desarrollismo se convierte así en el continuo camino que les es ofrecido a los países del sur global para seguir la estela de los países del norte global, siempre bajo el horizonte de la modernidad<sup>45</sup>.

A pesar de la hegemonía del proyecto de la modernidad, este nunca ha logrado imponerse como una realidad total pues siempre ha habido, y persisten, prácticas y discursos alternativos que constituyen órdenes sociales que resisten, se oponen o viven en los márgenes de la modernidad. Esta es territorializada, híbrida, heterogénea, múltiple. Aun así, todas estas modernidades son reflejo de un orden social eurocéntrico<sup>46</sup>.

La modernidad ha sido muy exitosa en posicionar el discurso “experto” y totalizador de las ciencias (naturales, sociales y humanas) como la única narrativa capaz de explicar y ordenar la realidad por medio de la clasificación y el establecimiento binario de opuestos, usualmente en términos de superioridad e inferioridad. Aunque el discurso científico hegemónico ha sometido o marginalizado los discursos y saberes alternos, estos no han dejado de existir<sup>47</sup>.

La “realidad” del proyecto de la modernidad es más bien una condición de hibridez, fruto de la continua interacción y transformación de los opuestos. Como afirma Latour<sup>48</sup>, refiriéndose tanto al norte como al sur global, “nunca hemos sido modernos”. Para el decolonialismo, la realidad social es multiforme, multidimensional y está en continuo cambio; no es monolítica ni estática; no tiene un curso o una inercia inalterables. En consecuencia, la modernidad es un proyecto inconcluso y en marcha. Por esto, cuestionar el proyecto de la modernidad, u oponerse a él, no implica negar su existencia ni los aportes que ciertos aspectos de este han hecho al bienestar de la humanidad. Pero sí implica la oposición y resistencia frente a su pretensión de legitimidad, esto es, su autoproclamación como el único paradigma que debe gobernar el mundo entero<sup>49</sup>.

45 Escobar, “Worlds and knowledges otherwise”, 38.

46 *Ibid.*, 37.

47 *Ibidem*.

48 Bruno Latour, *We Have Never Been Modern* (Cambridge: Harvard University Press, 1993).

49 Mignolo, “Introduction”, 15.

## El derecho penal, la criminología y el lado oscuro de la modernidad

Como saberes epistemológicos, el derecho penal y la criminología reproducen los presupuestos básicos de la modernidad, que dan por sentados. Así, la discusión sobre la justificación y alcance del poder de castigar del Estado son discutidos por la dogmática penal, el derecho constitucional, la filosofía política, dentro del mismo marco normativo que da por su-puesta la existencia (una forma específica de existencia) y justificación del Estado de derecho weberiano, los derechos civiles y políticos y los regímenes democráticos; todo lo anterior, en el marco de una economía de mercado capitalista. Incluso las teorías más radicales, como el marxismo, se mueven dentro del paradigma de la modernidad, pues, por una parte, pretenden ser visiones totales (y, por lo tanto, únicas y exclu-yentes) de la realidad; y, por otra, son visiones *européas* de la realidad, con lo cual excluyen e ignoran otras versiones. Las visiones totalizantes de la realidad social justifican su imposición y expansión bajo la premisa de su verdad o corrección científica; esto, a su vez, implica la exclusión y some-timiento de los saberes y las visiones del mundo que se le opongan. Desde este punto de vista, el liberalismo, el marxismo y el islamismo radical se asemejan en su pretensión totalizadora de explicar la realidad y de ignorar o de someter, incluso por medio de la violencia material y simbólica, los saberes alternativos. Por otra parte, a pesar de su diferencia de perspectivas, el derecho penal y la criminología latinoamericanos com-parten presupuestos fundamentales, lo que evidencia que son distintos aspectos de la matriz colonial de poderes y saberes. Ambos viajaron de Europa hacia América Latina de la mano de las élites criollas, que los acogieron como saberes y tecnologías para gobernar los nuevos Esta-dos y para construir el discurso civilizador de la modernidad, de la cual querían hacer parte, tomando a los Estados y sociedades europeas como el modelo a seguir<sup>50</sup>.

Desde finales del siglo xix, los manuales de derecho penal de la región consistían básicamente en traducciones, adaptaciones y glosas de los modelos penales europeos<sup>51</sup>. Al hacer esto, la dogmática penal latino-americana adoptó el discurso moderno del desarrollo lineal, ascendente y progresivo de la historia del derecho penal, que cada vez se perfeccionaba más para llegar al ideal moderno de la racionalidad, la sistematicidad y la previsibilidad del derecho como mecanismo civilizador y garante del orden social.

50 Benavides, "La criminología crítica en Colombia"; Sozzo, "Traducción, viajes culturales e historia".

51 Benavides, "La criminología crítica en Colombia", 19.

De manera similar, y por la misma época, las élites criollas también importaron el saber y métodos de la criminología positivista como una forma empírica de abordar el problema del delito y el delincuente, y así dar sustento científico al análisis dogmático penal, que mantenía el privilegio de definir ontológicamente el delito, categoría que será objeto de estudio de la criminología. Desde un comienzo esta estuvo subordinada y fue vista por los penalistas como una ciencia auxiliar del derecho penal<sup>52</sup>. Por otra parte, tanto el derecho penal como la criminología latinoamericanos reprodujeron un aspecto esencial de la matriz colonial: la *diferencia colonial* como elemento estructurador de sus aproximaciones epistemológicas. Tanto el uno como la otra adoptaron una *epistemología del otro colonial*; ambos se estructuran en torno a clasificaciones binarias que crean inclusiones (donde se encuentra el ciudadano civilizado) y exclusiones (el lugar del sujeto colonial).

El derecho penal diferencia (y clasifica) al sujeto racional, capaz de ser responsable penalmente, del sujeto incapaz de ser imputable penalmente: el inimputable, que está por fuera de la esfera de responsabilidad penal, pero quien, por medio de esta exclusión, es incluido en otras formas de control social, a través de las medidas de seguridad. A su vez, el sujeto penalmente responsable (el delincuente, el desviado) se clasifica como un *mal* ciudadano; indisciplinado, egoísta, recalcitrante, problemático, quien entra en la esfera del control penal y, al hacerlo, es excluido de la sociedad, su ciudadanía plena es suspendida y es rebajado a la condición del sujeto colonial, no digno de confianza y que debe ser controlado. El etiquetamiento de un sujeto como delincuente, a través de la adscripción de responsabilidad penal, también sirve para reforzar, por contraste, la imagen del sujeto moderno civilizado: el *buen* ciudadano, quien cumple con las normas y acata la autoridad, por lo que no requiere del control penal.

La pena impuesta sobre el delincuente simboliza su *no* pertenencia, al menos por un tiempo, a la comunidad política a la que ha agraviado y amenazado. Bien sea el inimputable atávico, patológico, primitivo, o el ser racional calculador y egoísta, ambos tipos de sujeto son resultados de los saberes y poderes coloniales que se constituyeron a partir de la afirmación de la superioridad europea (en este caso expresada a través de la razón y el derecho) y por medio del señalamiento, exclusión y sometimiento del sujeto colonial, reacio o incapaz de comprender y acatar las normas de la civilización. Así, debe hacerse un ejemplo del sujeto colonial, primitivo o recalcitrante, para que su conducta no sea imitada y el proyecto de modernización no sea cuestionado.

Por su parte, la criminología positivista que ha predominado en América Latina, con la importante excepción de la criminología crítica (que,

52 Benavides, "La criminología crítica en Colombia"; Sozzo, "Traducción, viajes culturales e historia".

no obstante, presenta rasgos positivistas), también reproduce la diferencia colonial al crear al individuo desviado, anormal, patológico, que está condicionado a delinquir por su incapacidad de interiorizar las normas del orden colonial. Este no es otro que el sujeto colonial que manifiesta su atavismo a través de comportamientos criminales, los cuales son definidos por una dogmática penal basada en entidades abstractas universales, libradas de enfrentar la realidad de un contexto social, económico y político fuertemente inequitativo y violento<sup>53</sup>.

Tanto el derecho penal como la criminología crean, entonces, al sujeto colonial que debe ser controlado, disciplinado, civilizado. Al negar su carácter sesgado, producto de la matriz colonial de poder, ni la dogmática penal ni la criminología positivista conciben el carácter selectivo del sistema penal que, más que combatir el delito, somete a los sujetos que con sus acciones y saberes cuestionan la hegemonía de su poder. Por esto, son los grupos sociales más excluidos (con base en criterios etno-raciales, de clase y género) quienes padecen de forma intensa el lado oscuro de la modernidad, pues, al vivir en los márgenes de la civilización, lo viven de cerca. Y por esto, porque sufren la modernidad, la cuestionan y se resisten a ella, son quienes más comúnmente caen presa del sistema penal que restablece la unidad y el orden al eliminar la fragmentación y la anarquía<sup>54</sup>. De esta forma, controlar el delito es un mecanismo para controlar la sociedad<sup>55</sup>. Desde una perspectiva decolonial se podría agregar que es una forma de controlar al sujeto colonial, *el otro*, a partir del que se configuran la criminología y el derecho penal.

El discurso penal y criminológico predominantes también son una forma de silenciar los discursos y saberes alternos para imponer su versión. Un ejemplo de esto es el concepto de responsabilidad penal. Un sujeto debe sufrir un castigo penal si su conducta típica y antijurídica le es reprochable por no actuar conforme a las normas y expectativas sociales de comportamiento, pudiendo hacerlo. Se reprocha al individuo libre y racional que debió y pudo elegir actuar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y no lo hizo. En sentido contrario, si el derecho penal establece que la persona señalada de cometer un delito en realidad no estuvo en condiciones de elegir su actuar conforme al ordenamiento (es decir que la conducta conforme a derecho no le era exigible en la situación o condición en que se encontraba), la imposición de una pena se vuelve injusta e ilegal. Esto porque no se le puede exigir a un sujeto racional que motive su conducta de acuerdo con un mandato legal si, por un lado, no

53 Rosa del Olmo, *América Latina y su criminología* (México: Siglo XXI Editores, 1981); Benavides, "La criminología crítica en Colombia", 18.

54 Darío Melossi, *Controlar el delito, controlar la sociedad: Teorías y debates sobre la cuestión criminal, del siglo XVIII al XXI* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018).

55 Melossi, *Controlar el delito*, 28.

lo conoce y no está en posibilidad de hacerlo para preordenar su conducta; o, por el otro, si en la condición o situación en que se encuentra es imposible o irrazonable cumplir dicho mandato.

Esta es la línea de defensa que se alega en casos en los que está involucrada una persona inimputable, el error de prohibición, el estado de necesidad exculpante, o cuando se obra bajo insuperable miedo o coacción ajena. El sistema penal utiliza los peritajes de expertos (especialmente médicos, psicólogos y psiquiatras) para certificar de manera científica las razones (usualmente físicas o mentales) que le impiden a una persona actuar conforme a las normas. No obstante, la dogmática y las normas penales solo reconocen en situaciones verdaderamente extremas y excepcionales las condiciones de marginalidad, ignorancia o pobreza como causales de ausencia de responsabilidad; generalmente, y a lo sumo, estas pueden ser consideradas como causales de menor punibilidad. Las prácticas del sistema penal refuerzan este tratamiento punitivo de la marginalidad social.

Los operadores del sistema, fiscales, jueces e incluso defensores, han aceptado el carácter excepcional de la marginalidad social como argumento legal para eximir de responsabilidad a alguien que ha cometido un delito en relación o con ocasión de dicha condición. La razón de esta postura parece obedecer más a cuestiones pragmáticas que de principio: dados los altos niveles de pobreza y exclusión social que se presentan en América Latina, así como la selectividad de sus sistemas penales, que tienden a criminalizar desproporcionadamente a los más pobres, si se eximiera de responsabilidad a quienes cometen delitos por su situación de pobreza o exclusión un gran número de personas dejarían de ser castigadas. Esta situación atentaría de forma grave contra el fin de prevención general de la pena, defendido por buena parte de la dogmática penal liberal garantista, puesto que dejar en la impunidad un número significativo de conductas delictivas, cometidas por una gran cantidad de sujetos, incentivaría la imitación social de estas conductas y minaría seriamente la confianza de los ciudadanos en el orden jurídico vigente.

A pesar de que esta postura puede parecer razonable, su defensa desnuda el carácter contradictorio y excluyente del discurso penal liberal al ser aplicado en contextos de alta exclusión y desigualdad social: a partir de esta definición legal de la realidad, quien vive en situación de marginalidad, pobreza o ignorancia extrema (todas ellas achacables a una carencia de la política social del Estado), es decir, quien ha sido excluido arbitrariamente del contrato social debe, no obstante, cumplir con este, bajo amenaza de ser castigado. En este escenario, el derecho penal se convierte en una forma de control y sujeción de grupos sociales considerados peligrosos por la situación de marginalidad a los que el olvido o la indiferencia estatal los ha sometido.

Más que un acuerdo de voluntades libres, la aplicación del derecho penal a un significativo grupo social altamente excluido implica una relación de subordinación. Según el Departamento Administrativo de Estadística Nacional (DANE), en el 2020, el 42,5 % de la población colombiana estaba en condición de pobreza (más de 21 millones de personas que subsistían bajo la línea de pobreza, con menos de \$331.688 mensuales); un aumento de 6,8 puntos porcentuales frente al 2019 (35,7 %). Adicionalmente, 7,47 millones de personas en Colombia (cerca del 15 % de la población) sobrevivieron en el 2020 con menos de \$145.004 al mes, esto es, en condiciones de pobreza extrema, por lo que sus ingresos no les alcanzaban para consumir las calorías que requiere una persona para gozar de buenas condiciones de salud. Es decir que, en el 2020, el 57,5 % de la población colombiana era pobre o extremadamente pobre, mientras que el índice Gini, que mide los niveles de desigualdad, fue del 0,54, la cifra más alta desde el 2012. Según el DANE, los mayores niveles de pobreza se encuentran en las ciudades del país<sup>56</sup>. Estas cifras deben ser consideradas cuando se analiza el perfil socioeconómico de la población privada de la libertad en prisiones colombianas. De esta, el 93,5% son hombres y el 26,8 % son jóvenes entre 18 y 28 años; los delitos de hurto son los segundos más representativos en las cárceles, con un 13,4 % del total, después del homicidio (16,2 %), seguidos por el concierto para delinquir (12,7 %) y el tráfico de estupefacientes (11,1 %)<sup>57</sup>.

A pesar de las precarias condiciones socioeconómicas de la mayoría de la población en Colombia, los saberes de criminólogos, antropólogos, sociólogos y trabajadores sociales no son tan apreciados como los de los médicos y psiquiatras en el proceso y la dogmática penales. El análisis del entorno social y cultural en que se comete un delito, a diferencia del estudio “científico” del individuo que lo comete y las patologías que puede padecer, va encaminado a mostrar que cualquier sujeto, dada la posición que ocupa en la estructura social y de encontrarse en una situación socioeconómica que lo presione o condicione a cometer un delito, presenta mayores factores de riesgo de delinquir (por fuerzas ajenas a su voluntad y control) que un individuo situado en una mejor posición socioeconómica. Es decir, el sujeto socioeconómica y culturalmente condicionado no es tan libre y autónomo para decidir si comete ciertas conductas definidas como delitos (por ejemplo, hurtar o traficar con estupefacientes) como presupone la dogmática penal liberal.

56 La República, “Más de 21 millones de personas viven en la pobreza y 7,4 millones en pobreza extrema”, <https://www.larepublica.co/economia/mas-de-21-millones-de-personas-viven-en-la-pobreza-y-74-millones-en-pobreza-extrema-3161813>, 2021.

57 Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), *Tableros estadísticos*, <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/-tableros-estadisticos>, 2022.

Según la lógica que se deriva de la dogmática penal carecería de responsabilidad penal tanto el inimputable, el que caiga presa del miedo o una coacción insuperable, como quien vive en situaciones extremas de pobreza y exclusión. No obstante, ni la dogmática ni las prácticas penales dominantes dan mayor peso a esta última posibilidad, más que todo con el argumento pragmático, no de principio, que, en países como los latinoamericanos, con altos niveles de pobreza y exclusión, reconocer la ausencia de responsabilidad por situaciones de extrema exclusión social pondría en peligro el orden social al dejar en la impunidad un importante número de delitos y al motivar a un significativo número de personas marginales a que delincan.

El problema para el derecho penal no es una cuestión de coherencia epistémica sino de números, con lo que se revela como una herramienta de control social de los excluidos por parte de un Estado en el que las élites (más que todo definidas por su riqueza económica y su influencia política) tienen gran poder de incidencia en el sistema penal cuando se trata de proteger sus intereses y privilegios. Ni el delincuente ni las víctimas ni la comunidad son verdaderamente escuchadas en el proceso penal, con lo que la definición del conflicto y su manejo es apropiada por el Estado, que, a su vez, está fuertemente permeado por los intereses de las élites<sup>58</sup>. El resultado es la reproducción de la lógica y dinámica del Estado colonial, basado en la construcción del otro peligroso e incivilizado (el sujeto colonial) que debe ser subordinado, controlado y excluido para asegurar los privilegios de una élite que proclama el derecho universal a gobernar basada en una idea de superioridad.

## Del giro punitivo al giro decolonial

Los Estados latinoamericanos reproducen la matriz de poderes y saberes del Estado colonial. Este centra su violencia material y simbólica en el otro, el sujeto colonial, categorizado como tal con base en criterios étnico-raciales, de clase o género. Tal subordinación por medio de la exclusión genera reacciones violentas por parte de los excluidos, quienes tienen pocas razones para confiar en las reglas del Estado, que no goza de la autoridad y legitimidad necesarias para castigarlos<sup>59</sup>. De esta forma, los otros, los excluidos, se ven envueltos en un círculo vicioso en el que ejercen y padecen la violencia como una forma de vida. Como señala Pearce<sup>60</sup>, los hombres jóvenes y pobres en América Latina constituyen la mayoría

58 Pearce, "Elites and Violence in Latin American", 6.

59 Gargarella, *Castigar al prójimo*, 25.

60 Pearce, "Elites and Violence in Latin American", 5.

de las víctimas y perpetradores de formas letales de violencia. Existe un 50 % de posibilidades de que un hombre joven de bajos ingresos muera asesinado antes de cumplir los 31 años de edad. Por otra parte, más de la mitad de los 25 países con las más altas tasas de feminicidio están en América Latina; la mayoría de las víctimas son mujeres jóvenes y pobres.

Estos problemas de violencia, crimen y exclusión que laceran a América Latina son resultado de las relaciones desiguales y de subordinación que impone la matriz colonial de la modernidad, por lo que no cabe esperar que vayan a ser resueltos por las disciplinas hijas de esta. Hacen falta nuevas perspectivas epistemológicas que piensen los problemas que produce la modernidad por fuera de esta. Es decir, debe darse un proceso de *desprendimiento*<sup>61</sup>, de forma tal que las epistemologías y relaciones de poder que surjan de un pensamiento decolonial no sean reformas, adaptaciones o meros desvíos de la modernidad, sino verdaderas rupturas que constituyan otras formas de saber y de poder en realidades simultáneas y alternas a la modernidad. Este sería un proceso de decolonización<sup>62</sup>.

Viéndolo desde el punto de vista tradicional de la dogmática penal y de la criminología parece que este giro decolonial es irrealizable, por lo que no tiene sentido, dentro de las disciplinas dominantes, contemplar un discurso y unas prácticas que busquen poner fin al derecho penal y a las disciplinas del control del crimen tal y como existen. Pero como se dijo anteriormente, a pesar de presentarse como una red de saberes y poderes totalizantes y monolíticos, la modernidad siempre ha sido fragmentaria, parcial, cambiante y resistida. Desde una mirada decolonial, que reivindica los saberes sometidos y las ideas de alternatividad, simultaneidad, diferencia y pluralidad, los cimientos del derecho penal y de la criminología se pueden *deconstruir* para evidenciar lo que esta matriz de saberes y poderes tiene de contingente y arbitraria, por oposición a universal y necesaria. Como afirma Santos<sup>63</sup>, se debe decolonizar el saber para reinventar el poder.

Una vez nos hagamos conscientes de la temporalidad y contingencia de las disciplinas penal y criminológica, así como de las problemáticas relaciones de poder que ocultan, tendremos más aliento y herramientas para buscar alternativas. Y, mientras tanto, se puede construir desde abajo, a partir de los resquicios que la modernidad ha dejado y por donde se pueden colar nuevas miradas, ideas y prácticas que se liberen de la razón moderna, o por lo menos la cuestionen. Este proceso de decolonización ya no busca la emancipación política y jurídica de los

61 Mignolo, "Delinking".

62 *Ibidem*.

63 Boaventura de Sousa Santos, *Descolonizar el saber, reinventar el poder* (Montevideo: Ediciones Trilce, Extensión Universitaria-Universidad de la República, 2010a).

poderes coloniales, sino la liberación epistemológica frente a la modernidad y sus discursos dominantes.

Por ejemplo, se puede cuestionar y reconstruir la idea de responsabilidad penal bajo contextos sociales de extrema inequidad, así como el papel que juegan el sistema penal y el castigo en el contexto de Estados de seguridad fragmentados y con niveles de autoridad y legitimidad precarios. Frente a la violencia y el delito se pueden tomar en serio saberes y prácticas alternativos (por ejemplo, la justicia restaurativa y el reproche reintegrador) como respuestas más incluyentes y colectivas. Esto implica repensar las categorías, los discursos, los procedimientos, las estructuras y las prácticas de los que se sirve el sistema penal para cumplir sus funciones.

Modelos alternos de resolución de conflictos, como la justicia restaurativa, si se toman en serio, implican repensar por completo instituciones centrales del derecho penal, como el procedimiento individual y adversarial, y la adjudicación de responsabilidad penal. Estas instituciones jurídicas replican, así sea bajo un ropaje liberal y garantista, los criterios excluyentes y totalizantes del discurso moderno, al centrarse en conceptos como las partes enfrentadas, un vencedor y un vencido a través de unos rituales que pretenden establecer la verdad jurídica y asignar responsabilidades individuales. A su vez, estas se traducen en castigos dolorosos y excluyentes que, sin embargo, dejan incólumes las causas estructurales en que se originan las conductas señaladas como desviadas. Todo esto en detrimento de formas de justicia colectiva y reintegradora, que buscan resolver conflictos y hacer viable la vida social de una comunidad de iguales, más que castigar al otro culpable. Si se replantean los cimientos del sistema penal necesariamente deben repensarse los fines y las funciones del derecho penal y del castigo, y, con estos, los cimientos mismos del Estado de derecho. Como sostiene Santos<sup>64</sup>, se debe refundar el Estado en América Latina, y hacerlo a partir de una epistemología del sur.

Si los anteriores argumentos no fueran suficientes para justificar la necesidad de un cambio epistemológico radical, proveniente del sur global y por fuera del ámbito del norte global, basta acudir a la realidad: en las condiciones actuales, ni el derecho penal ni la criminología en América Latina están contribuyendo a la construcción de una sociedad más incluyente y diversa, menos violenta. Más bien todo lo contrario; tal y como funciona hoy en día el derecho penal, bajo la mirada cómplice de la criminología, este es un mecanismo de administración de dolor infligido por unas élites (económicas, políticas e intelectuales) en contra de

64 Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur* (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y Programa Democracia y Transformación Global, 2010b).

grupos excluidos por lo que son (el otro, el sujeto colonial) y no por lo que libremente hacen.

En cuanto a la criminología latinoamericana, esta debe liberarse de su positivismo correccionalista, el cual reproduce el paradigma de la modernidad. Inspirándose en el carácter rebelde e inconforme de la criminología crítica (pero liberándose de sus pretensiones teóricas positivistas, unidimensionales y totalizantes) debe, ante todo, cuestionar y derribar los presupuestos de división y exclusión en que se basa el control social de la modernidad; debe escrutar las causas estructurales, políticas, económicas y culturales del crimen y la violencia en nuestro contexto; debe mostrar cómo las particulares relaciones de poder que surgieron de la matriz colonial dieron lugar a determinadas formas de gobierno y Estado. Y, con estas, un sistema y discurso penales que reproducen y legitiman la exclusión de determinados grupos (con base en categorías etno-raciales, de género o de clase construidas por el relato de la modernidad) a través del control y el castigo.

En lugar de ser un instrumento correccionalista de la modernidad, la criminología debe mostrar caminos distintos al castigo y la exclusión para afirmar valores que nos unen, como la justicia, la igualdad y la libertad. En fin, la criminología, si tiene una razón de ser, debe implicarse políticamente en la construcción de una comunidad de iguales, sin olvidar que hay distintas formas de llegar a ella y de llenar de contenido los principios que la guían.

Esta empresa, ardua y ambiciosa, tiene la potencialidad de transformar el derecho penal y la criminología latinoamericanos, así como los marcos epistemológicos que los sostienen. Sin desconocer el legado de la modernidad europea, que forma parte de la política, cultura y economía latinoamericanas, debemos buscar formas propias y alternas para entender las múltiples realidades del crimen, la violencia y la exclusión en nuestros países. Como latinoamericanos, debemos mirar más hacia nosotros mismos que hacia la idea de una Europa civilizada e imaginada a la que nos queremos parecer; debemos discutir y construir más entre nosotros, en lugar de seguir el rastro europeo. Y, a partir de esta búsqueda, pensar en respuestas políticas, sociales, económicas y culturales que contribuyan a construir un régimen político plural e incluyente, así como a enfrentar el crimen y la violencia sin que para esto sea necesario humillar e infligir dolor de forma sistemática a los grupos sociales más excluidos y vulnerables.

## Referencias

Aponte, Alejandro. *Guerra y derecho penal de enemigo: Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2009.

- Banco Mundial. "Gini Index". Estimado del Banco Mundial, 2017. <http://data.world-bank.org/indicador/SI.POV.GINI?locations=AR&view=map>.
- Benavides Vanegas, Farid Samir. "La criminología crítica en Colombia". En *Criminología en Colombia*, editado por Farid Samir Benavidez Vanegas. Bogotá: Ibáñez, 2017.
- Bourdieu, Pierre. "Elementos para una sociología del campo jurídico". En *La fuerza del derecho*, 153-220. Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar-Pontificia Universidad Javeriana, Siglo del Hombre, 2000.
- Castro-Gómez, Santiago y Ramón Grosfoguel. "Prólogo: Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico". En *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, editado por Santiago Castro Gómez y Ramón Grosfoguel, 9-23. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2007.
- Del Olmo, Rosa. *América Latina y su criminología*. México: Siglo XXI Editores, 1981.
- Escobar, Arturo. "Worlds and knowledges otherwise: The Latin American modernity/coloniality research program". En *Globalization and the Decolonial Option*, editado por Walter Mignolo y Arturo Escobar, 33-64. Londres: Routledge.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Gargarella, Roberto. *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- Garland, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Índice Global de Impunidad Colombia. Puebla: UDLAP, PARES, CESIJ, SIMO, 2019. [https://www.udlap.mx/cesij/files/indices-globales/8-IGICOL\\_2019\\_ESP-UDLAP.pdf](https://www.udlap.mx/cesij/files/indices-globales/8-IGICOL_2019_ESP-UDLAP.pdf).
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec). *Tableros estadísticos*. <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>, 2022.
- Iturralde, Manuel. "Colombian prisons as a core institution of authoritarian liberalism". *Crime, Law and Social Change* 65, n.º 3 (2016): 137-162.
- Iturralde, Manuel. "Neoliberalism and its impact on Latin American crime control fields". *Theoretical Criminology* 23, n.º 4 (2019): 471-490.
- La República. "Más de 21 millones de personas viven en la pobreza y 7,4 millones en pobreza extrema". <https://www.larepublica.co/economia/mas-de-21-millones-de-personas-viven-en-la-pobreza-y-74-millones-en-pobreza-extrema-3161813>, 2021.
- Latinobarómetro. *Informe Latinobarómetro 2017*. Buenos Aires: Corporación Latinobarómetro, 2017. <http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>.
- Latinobarómetro. *Informe Latinobarómetro 2016*. Buenos Aires: Corporación Latinobarómetro, 2016. <http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>.
- Latour, Bruno. *We Have Never Been Modern*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- Melossi, Dario. *Controlar el delito, controlar la sociedad: Teorías y debates sobre la cuestión criminal, del siglo XVIII al XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018.
- Mignolo, Walter. "Introduction: Coloniality of power and de-colonial thinking". En *Globalization and the Decolonial Option*, editado por Walter Mignolo y Arturo Escobar, 1-22. Londres: Routledge, 2010a.

- Mignolo, Walter. "Delinking: The rhetoric of modernity, the logic of coloniality and the grammar of de-coloniality". En *Globalization and the Decolonial Option*, editado por Walter Mignolo y Arturo Escobar, 303-368. Londres: Routledge, 2010b.
- Ministerio de Defensa. *Logros de la política de defensa y seguridad*. 2019. [https://www.min-defensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/estudios\\_sectoriales/info\\_estadistica/Logros\\_Sector\\_Defensa.pdf](https://www.min-defensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/estudios_sectoriales/info_estadistica/Logros_Sector_Defensa.pdf).
- Muggah, Robert y Katherine Aguirre Tobón. "Citizen Security in Latin America. Facts and Figures". *Igarapé Institute Strategic Paper* 33 (2018). [https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Citizen-Security-in-Latin-America-Facts-and-Figures.pdf?utm\\_campaign=2018\\_newsletter\\_10&utm\\_medium=email&utm\\_source=RD+Station](https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Citizen-Security-in-Latin-America-Facts-and-Figures.pdf?utm_campaign=2018_newsletter_10&utm_medium=email&utm_source=RD+Station).
- Pearce, Jenny. "Elites and Violence in Latin American: Logics of the Fragmented Security State". *Violence, Security, and Peace Working Papers*, n.º 1 (2018). <https://www.lse.ac.uk/lacc/publications/PDFs/VSP1-Pearce-Elites-Violence-Latin-America-web.pdf>.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Criminología*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1968.
- Sandoval, Emiro. *Sistema penal y criminología crítica*. Bogotá: Temis, 1989.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Ediciones Trilce, Extensión Universitaria-Universidad de la República, 2010a.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y Programa Democracia y Transformación Global, 2010b.
- Sozzo, Máximo. "Traducción, viajes culturales e historia del presente de la criminología en América Latina". *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional* 9 (2004): 109-190.
- Sozzo, Máximo. "Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur: A modo de introducción". En *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*, editado por Máximo Sozzo, 9-28. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2016.
- The World Prison Brief. *World Prison Brief Data*. 2020. <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>.
- Wilkinson, Richard y Kate Pickett. *The Spirit Level: Why Greater Equality Makes Societies Stronger*. Londres: Penguin, 2010.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Criminología: Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal - Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2006.



# **Populismo y expertos en materia penal**

**Debate sobre el rol de los expertos  
en el diseño de la política criminal\***

Julián Andrés Muñoz Tejada

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.615>

## Introducción

Decía Chéjov, “a partir de los libros que he leído está claro que hemos permitido que millones de personas se pudran en las prisiones, que se pudran sin propósito alguno, sin ningún cuidado, y de una manera bárbara [...] Todos somos culpables, pero parece que nada de esto tenga que ver con nosotros; sencillamente no es interesante”<sup>1</sup>. Claro, el autor se refería al estado de las prisiones en Rusia, pero de inmediato me hizo pensar en la manera como hoy entendemos la prisión, la manera más o menos esquizoide con la que hoy notamos, por un lado, que las personas privadas de la libertad deben cumplir sus penas en condiciones completamente indignas, pero, por otro, escuchamos un revitalizado discurso de optimismo sobre la pena de prisión.

Es prácticamente un lugar común dentro de los estudios sobre política criminal asumir que los expertos tienen una función de corrección y limitación sobre dicho campo de la política. Suele asumirse, igualmente, que allí donde el sentido común demanda más castigo, el conocimiento de los expertos debe erigir criterios de moderación. Estos y otros son algunos de los supuestos sobre los que reposa la idea de que los expertos en materia penal tienen una función técnica, pero, sobre todo, una función política de limitación al ejercicio del poder punitivo.

Tal vez por esto, cuando por medio del Decreto 2055 del 16 de octubre del 2014 se reglamentó el funcionamiento del Consejo Superior de Política Criminal y se creó de manera permanente la Comisión Asesora de Política Criminal del Estado colombiano, se entendió que ahora sí se estaba alejando a la cuestión penal de debates insulsos y populistas, y

I Citado por Orlando Figes, *El baile de Natacha: Una historia cultural rusa* (Barcelona: Edhasa, 2010), 485-486.

que por fin se iba a procurar el diseño de estrategias de intervención sobre el fenómeno criminal basadas en estudios provenientes de distintas disciplinas. Se entendía que tanto el Consejo Superior como la Comisión Asesora de Política Criminal debían desempeñar cierto rol de limitación, pues sus conceptos mostrarían que una reforma penal para ser avalada debía estar sustentada en criterios técnicos y no solo en la necesidad de castigar más y satisfacer una promesa de campaña<sup>2</sup>.

Lo anterior, sin embargo, está lejos de concretarse. Así lo demuestra uno de los más recientes anuncios del Consejo Superior de Política Criminal, por medio del cual se emite concepto favorable a la iniciativa de instauración de la prisión perpetua en Colombia. Se trata de un concepto que revalúa el sentido de dichas instancias y que propone un debate sobre la función de los expertos en el ejercicio de la política criminal.

Cabe recordar que conceptos emitidos por diversas comisiones de expertos han planteado que este tipo de iniciativas respondían a intereses electorales de algunos políticos y que era al menos incierta la capacidad motivadora de una sanción como la prisión perpetua. Así, puede revisarse el informe de la Comisión *ad hoc* del 2011<sup>3</sup> o el de la Comisión Asesora de Política Criminal del año 2012<sup>4</sup>.

Como esos informes, diversos estudios —sobre el delincuente, la pena y la política criminal— plantearon desde hace algunos años que existía una tensión entre el conocimiento de los expertos y el del sentido común, asumiendo que este último propiciaba peligrosas expresiones de optimismo y populismo punitivos, mientras que el primero representaba una suerte de límite a esas pulsiones y pasiones, pues permitía sin mayores apasionamientos analizar la cuestión penal.

Cabe recordar que en el informe que presentó la Comisión Asesora de Política Criminal en el 2012, que inspiraría más adelante la creación del

- 2 Como trascendió en diversos medios de comunicación, en el año 2019, aunque en un principio el Consejo Superior reiteró lo que ya había apuntado en otras ocasiones, que la cadena perpetua era una medida cruel, innecesaria y cuyos efectos disuasivos eran por lo menos discutibles, en julio de ese año se presenta un nuevo concepto por parte de esta institución con el que se avala una iniciativa de reforma constitucional que pretende reformar la Constitución Política y permitir la pena de prisión perpetua en ciertos casos. Este cambio de criterio sobre la necesidad de la pena de prisión perpetua hizo que, por ejemplo, el profesor Ricardo Posada —quien fuera presidente de la Comisión Asesora para la Política Criminal del Estado Colombiano— señalara que “El gobierno decidió ‘dejar morir’ el principal órgano académico en materia de política criminal. Una actitud vergonzosa, que lo aleja de la academia y que demuestra su interés en ‘jugar al populacherismo penal’, improvisar la reacción penal y profundizar la crisis de su eficacia”. “Crisis en Comisión Asesora de Política Criminal: la mitad renunció”, *El Tiempo*, 8 de noviembre del 2019, <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/cuatro-miembros-de-comision-asesora-en-politica-criminal-han-renunciado-431116>.
- 3 Comisión Asesora de Política Criminal del Estado Colombiano, *Observaciones a la iniciativa sobre la imposición de cadena perpetua a ciertos delitos realizados contra menores*, <https://www.ambitojuridico.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/conclusiones%20comisión%20asesora.pdf>.
- 4 Comisión Asesora de Política Criminal, *Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, [https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL\\_FINAL23NOV.pdf](https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf).

Consejo Superior de Política Criminal, se advertía sobre los peligros de usar políticamente los asuntos penales.

Muchas de las anteriores características de las decisiones de política criminal no son exclusivas de Colombia, sino que son compartidas por varios países de la región, en donde también ciertos estudios han puesto en evidencia la fuga hacia el *populismo punitivo* y el carácter reactivo y sin sustento empírico de gran parte de las decisiones sobre penalizar ciertos comportamientos o incrementar determinadas penas<sup>5</sup>.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional mediante Sentencia T-762 del 2105: “la Política Criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad. Así mismo, que el manejo histórico de la Política Criminal en el país ha contribuido a perpetuar la violación masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena”<sup>6</sup>.

Como decía, la creación del Consejo Superior de Política Criminal hizo creer que se estaba avanzando en superación de los rasgos a los que se refirió el pronunciamiento de la Corte. Desafortunadamente, el reciente concepto sobre la cadena perpetua nos hace pensar que al menos en términos de integralidad y reflexividad es poco lo que se ha avanzado.

La estructura del capítulo es la siguiente: en la primera parte se presentará al populismo punitivo como racionalidad sobre castigo; en la segunda se analizarán algunos antecedentes sobre el rol de los expertos en materia político criminal, en particular, lo expresado por comisiones de expertos recientemente convocadas sobre la conveniencia de instaurar la cadena perpetua; en la tercera se precisarán las funciones del Consejo Superior de Política Criminal y de la Comisión Asesora de Política Criminal; y, finalmente, se mostrará el novísimo rol de los expertos —al menos en la experiencia colombiana— como promotores del castigo.

## **Populismo punitivo como racionalidad sobre el castigo**

Como ocurre con cualquier concepto, el populismo punitivo —en particular— y el populismo —en general<sup>7</sup>— tienen rasgos más o menos comunes de vaguedad e imprecisión. Basta recordar la propuesta teórica de Laclau, para quien el concepto de populismo si bien ha sido usado para calificar negativamente ciertos regímenes políticos caracterizados, entre

5 Comisión Asesora, *Informe final*, 34.

6 Corte Constitucional, Sentencia T-762 del 2015, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>.

7 Ernesto Laclau, *La razón populista* (Fondo de Cultura Económica: Buenos Aires, 2005).

otros rasgos, por fundarse en liderazgos de tipo carismático y ejercer el poder de manera autoritaria, ese mismo concepto, como apunta el autor argentino, también puede ser entendido analíticamente para significar el proceso de constitución del pueblo como sujeto.

Respecto al populismo punitivo —concepto atribuido a Bottoms— suele entenderse que alude al uso electoral del derecho penal, a la creencia de que el incremento de las penas contribuye a la reducción de ciertos delitos y que en torno al castigo se pueden constituir consensos en la sociedad<sup>8</sup>. Por otra parte, cuando se habla de populismo punitivo también se alude a un complejo proceso de transformación en la comprensión y definición de la cuestión penal. Se trata de un cambio de racionalidad en el cual ya no será el conocimiento experto el que orientará la definición de las cuestiones penales sino las pasiones del pueblo<sup>9</sup>.

Por referirse a procesos complejos, difíciles de localizar en el caso colombiano, autores como Sotomayor consideran que habría que ser cuidadosos con el uso de este concepto para analizar nuestras cuestiones<sup>10</sup>. Otros, como Tamayo Arboleda, van un poco más lejos al plantear que se trata de un concepto con escasa capacidad analítica para entender las recientes tendencias en materia político criminal. Señala este autor que aquello a lo que suele designarse como política “populista punitiva” no alude a nada nuevo —pues en diversos momentos de la historia se puede identificar un uso electoral del derecho penal—. El concepto en mención, además, plantearía una suerte de idealización sobre el papel de los expertos al asumir que su mera participación ya tendría la virtud de limitar el ejercicio de la política criminal, sobre todo frente a tendencias expansionistas<sup>11</sup>.

La utilidad analítica de un concepto suele referirse a su capacidad explicativa sobre ciertos fenómenos. Los conceptos y las teorías que se construyen pueden ser asumidos como lentes que sirven para ver unos fenómenos. Su utilidad reside en que nos permiten enfocar ciertas

8 Elena Larrauri, “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, *Jueces para la Democracia*, n.º 55 (2005): 15.

9 Julián Andrés Muñoz, “Populismo punitivo y una verdad construida”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 72 (2009): 31-34. Cabe recordar que el populismo punitivo o el momento en el que esta nueva concepción sobre el castigo emerge en países como Estados Unidos e Inglaterra coincide con un desmonte progresivo del Estado de bienestar, incluidos aquellos asuntos relacionados con el tratamiento penitenciario.

10 Por eso, como apunta Sotomayor, “[...] se debe matizar el uso de la expresión, o tal vez hablar de populismo punitivo ‘a la colombiana’, pues el fenómeno parece obedecer a razones que nada tienen que ver con las que lo han originado en otros países: no es resultado del desmonte de un Estado de bienestar impensable en un país como Colombia, ni es tampoco la respuesta a un aumento real de la criminalidad, mucho menos a un aumento de confianza en el sistema penal y ni siquiera a una política criminal orientada realmente a un mayor control de la delincuencia”. Juan Sotomayor, “Las recientes reformas en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa”, en *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, coordinado por José Luis Díez Ripollés y Octavio García Pérez (Editorial B de F: Buenos Aires, 2008), 106.

11 Fernando León Tamayo Arboleda, “La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano”, *Revista Criminalidad* 58, n.º 3 (2016): 27-30.

dimensiones de los fenómenos sociales, al tiempo que obnubila otras<sup>12</sup>. En otras palabras, por más avanzados que sean son incapaces de explicarlo todo. Es más, existen algunos que atendiendo a su enorme abstracción son útiles para realizar aproximaciones iniciales, pero no lo son tanto para avanzar en análisis precisos de los fenómenos.

Así, pese a las críticas planteadas por Tamayo Arboleda, considero que el populismo punitivo como categoría analítica aún puede ser útil, si entendemos que nos permite designar un tipo concreto de racionalidad sobre el castigo y el rol de los expertos en su definición, y no tanto fenómenos como la expansión del derecho penal<sup>13</sup>. Con este aún podemos aludir a aquellas lógicas y decisiones relacionadas con el derecho penal por virtud de las cuales se confiere a la gente y al sentido común cierto privilegio de enunciación sobre el castigo. Se trata de la posibilidad de construir verdades sobre la penalidad que se fundan en el sentido común. Si bien los expertos tienen un conocimiento especializado, este no podría invalidar aquello que la gente sabe —o cree que sabe sobre el castigo—. Entre otras razones, esto explicaría por qué en algún momento se quiso instaurar mediante referendo la cadena perpetua en Colombia<sup>14</sup>. En modo alguno al hablar de populismo punitivo se está proponiendo una ruptura con un momento en el cual los expertos tenían el privilegio para moldear el discurso y la práctica sobre la cuestión penal, o que apenas ahora estamos descubriendo que los políticos usan el derecho penal para fines electorales. Probablemente, Tamayo Arboleda tenga razón al afirmar que es por lo menos discutible que en virtud de este concepto se confiera a los expertos una función limitadora del derecho penal.

Sin embargo, como veremos en el siguiente apartado, los informes presentados por comisiones de expertos, conformadas por diversos gobiernos para analizar y proponer recomendaciones de política criminal, nos muestran una constante: en estos se entendía que ese campo de la política referido al fenómeno criminal debía ser mejor planeado. Fue la idea de racionalizar y blindar las discusiones relativas al derecho penal de la demagogia punitiva una constante en los informes de las comisiones de expertos y de algunos fallos de la Corte Constitucional, que inspiraría la creación del Consejo Superior de Política Criminal y de la Comisión Asesora de Política Criminal. Los siguientes apartados se referirán a ambos asuntos: a algunos de los informes presentados por comisiones de expertos y a las funciones asignadas tanto al Consejo Superior de Política Criminal —y, en especial, a su Comité Técnico— como a la Comisión Asesora de Política Criminal.

12 Michel Foucault, *Microfísica del poder* (Madrid: Ediciones la Piqueta, 1992), 80.

13 Tamayo Arboleda, "La limitada capacidad", 31.

14 Muñoz, "Populismo", 35.

## Comisiones de expertos y cadena perpetua

La relación entre comisiones de expertos y penalidad se inscribe en aquella otra caracterizada por Foucault entre saber y poder<sup>15</sup>, por virtud de la cual las recomendaciones de los expertos tendrían la intención de moldear o incidir en el diseño de la política criminal. Como se anotó en otra oportunidad<sup>16</sup>, los expertos son especialistas que portan un conocimiento, pero no los reconocemos como expertos porque sean los mejores en un campo académico específico, sino por su capacidad de mediar entre ese conocimiento y algunos problemas puntuales de la política, o, como diría Michel de Certeau, a los expertos los define su capacidad de traducción<sup>17</sup>.

Si miramos algunas comisiones emblemáticas, como la *Comisión Nacional Investigadora de las causas y situaciones presentes*<sup>18</sup>, la *Comisión de Estudios sobre la violencia en Colombia*<sup>19</sup> o las más recientes comisiones convocadas para emitir conceptos en temas directamente relacionados con la política criminal, las motivaciones que precipitaron su convocatoria suelen asociarse a que “el trabajo de los expertos y la interdisciplinariedad lograrían introducir una perspectiva integral en la política criminal; la presencia de conocedores del tema ‘sobre el terreno’ aportaría fortaleza empírica a las reformas legales; y el carácter experto o la especialidad de los convocados permitiría recuperar el verdadero sentido de última ratio que habría de tener el derecho penal”<sup>20</sup>.

Por ejemplo, la Comisión *ad hoc* convocada en el 2011 para analizar la conveniencia de la pena de prisión perpetua, con ocasión de un proyecto de referendo constitucional, señaló que

Diversos estudios muestran que, para enfrentar la criminalidad, en la mayor parte de los casos, es preferible y más humano esforzarse por incrementar la eficacia del sistema penal o recurrir a medidas preventivas, en vez de incrementar penas. Un ejemplo, es el reciente trabajo de 2010 de Daniel Nagin y Steven Durlauf, dos de los académicos líderes mundiales en la reflexión sobre los eventuales efectos disuasivos del encarcelamiento, quienes —luego de examinar las principales investigaciones existentes sobre el tema— concluyen que hay muy poca evidencia de que un

15 Foucault, *Microfísica*, 109.

16 Julián Andrés Muñoz, “Expertos y política criminal en Colombia”, *Política Criminal* 12, n.º 23 (2017): 270.

17 Michel de Certeau, *La invención de lo cotidiano: I Artes de hacer* (Universidad Iberoamericana: México, 2007), 11.

18 Derivado de sus informes se publicó el clásico de la sociología política *La violencia en Colombia*. Este equipo de expertos fue liderado por Germán Guzmán, Orlando Fals y Eduardo Umaña.

19 Su informe fue publicado bajo el título “Colombia: Violencia y democracia” y es otro de los clásicos en los estudios sobre violencia y crimen en nuestro país.

20 Muñoz, “Expertos”, 275.

incremento de la severidad del castigo tenga efectos disuasivos significativos, mientras que sí existe evidencia sustantiva de que incrementos en la certeza del castigo tienen esas consecuencias. La conclusión es clara: es mejor, entonces, perfeccionar la investigación de esos crímenes contra los niños, niñas y adolescentes, para reducir su impunidad, en vez de plantear la cadena perpetua. Por eso, la alternativa del incremento desordenado de las penas, como el que resulta de esta iniciativa, puede ser popular pero no representa una mejor protección a los menores<sup>21</sup>.

Coincide lo anterior con el pensamiento de Cesare Beccaria<sup>22</sup>, puesto que el maestro italiano recomendaba que rasgos como la certeza y la prontitud de las penas son mucho más importantes que su severidad, si entendemos, como se asumió en la tradición liberal, que el fin último de las penas es la prevención de los delitos. Por otra parte, como señala la Comisión Asesora de Política Criminal en su informe final del 2012, es imperativo que el diseño de la política criminal esté fundado empíricamente, que las reformas estén precedidas de juiciosos estudios en los que se explique cómo es que una decisión política surtirá unos efectos concretos. Dicho de otro modo,

[...] que la política criminal, para que sea eficaz y coherente: i) debe estar fundamentada empíricamente, de suerte que toda reforma penal, para ser aprobada, debería contar con una clara justificación de su necesidad; ii) igualmente debe evaluarse previamente el potencial impacto de las medidas penales tanto sobre el sistema normativo, como sobre los operadores de justicia y el sistema carcelario; iii) se debe hacer un seguimiento a las reformas penales, para evaluar su impacto; iv) todo lo anterior implica obviamente la existencia de un sólido y transparente sistema de información criminal<sup>23</sup>.

Si revisamos en detalle las anteriores exigencias, es por lo menos dudoso que la imposición de una pena como la prisión perpetua satisfaga al menos una de ellas. Por esto, preocupa el aval del Consejo Superior de Política Criminal a la iniciativa de reforma para instaurar este tipo de sanción, porque va en contravía de recomendaciones que de manera reiterada habían desaconsejado dicha reforma y que procuraban dotar de racionalidad el debate legislativo sobre la cuestión penal. No se trata de asumir *a priori* que el conocimiento de los expertos necesariamente conducirá a una política criminal más racional y coherente. Lo que no podemos negar es que, tal como ocurre en cualquier campo de la política, sin

21 Comisión Asesora, *Observaciones*, 34.

22 Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* (Temis: Bogotá, 2000), 51-53.

23 Comisión Asesora, *Informe final*, 76-77.

planeación y estudios previos que la orienten es muy probable que este tipo de reformas no produzcan los efectos por los cuales se promueven.

La necesidad de que el diseño de la política criminal cuente con instancias técnicas que acompañen la toma de decisiones posibilitó la creación del Consejo Superior de Política Criminal, su Comité Técnico y la Comisión Asesora de Política Criminal, todos estos regulados mediante el Decreto 2055 del 16 de octubre del 2014. A estas instancias se referirá el siguiente apartado.

## **El Consejo Superior de Política Criminal y la Comisión Asesora de Política Criminal**

En su informe del 2012, la Comisión Asesora de Política Criminal plantea la necesidad de que la política criminal se asuma como una política de Estado, esto es, como un conjunto de decisiones y estrategias con un organismo rector que se ocupe de su gestión. Para esto recomienda la creación de un Consejo Superior de Política Criminal (cspc).

[...] El cspc debe ser el rector de la política criminal y coordinador del sistema penal. Debe ser la máxima autoridad encargada de la gestión de los asuntos públicos de la política criminal y se desempeñará como organismo asesor del Gobierno Nacional y del Estado. Debe ser un organismo de conducción del más alto nivel (científico y funcional) y con instrumentos de evaluación para analizar los resultados y corregir las desviaciones de la política criminal y penitenciaria. Debe contar con una infraestructura lo suficientemente fuerte para respaldar sus decisiones y para garantizar que se sigan las políticas en materia político criminal. Esta autoridad deberá ser capaz de velar por los intereses colectivos, siendo esta instancia la única fuerza capaz de solucionar las controversias que se den entre sus miembros.

El cspc debe entonces ser la instancia responsable de la planeación estratégica y dirección de la política criminal, así como del monitoreo y evaluación del funcionamiento de la justicia penal. Además deberá adelantar tareas en relación con la prevención del crimen —es decir, el desarrollo y promoción de estrategias para la prevención, monitoreo y evaluación de los programas nacionales—, y adelantar acciones de cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad. Por otro lado, también deberá tener funciones respecto del diseño de estrategias para el correcto funcionamiento de la justicia penal y la implementación de la política penitenciaria así como la post-penitenciaria, como también la preparación de la legislación para la modernización de la justicia penal e implementación de las penas<sup>24</sup>.

Se trata de una recomendación que se concreta en el Decreto 2055 del 2014, por medio del cual se reglamenta el funcionamiento del Consejo Superior de Política Criminal. Dentro de sus funciones quisiera destacar en esta oportunidad la siguiente, prevista en el artículo 3.<sup>o</sup>: “Emitir concepto previo, no vinculante, sobre todos los proyectos de ley y de acto legislativo, que se encuentran en etapa de diseño, y antes de su trámite en el Congreso la República, que incidan en la política criminal y en el funcionamiento de la Justicia Penal”<sup>25</sup>.

Así, las reformas penales deben contar con un concepto previo de este organismo, el cual tiene, además, un Comité Técnico, al que se le encomienda el examen de los proyectos de ley y de acto legislativo y cuyos miembros deben tener “conocimientos específicos de política criminal, criminología, derecho penal, sociología, ciencias de la educación, derecho constitucional o materias afines” (art. 16). En tal sentido, los informes que elabora este comité serán de índole académico y deberán estar basados en estudios articulados en alguno de esos campos temáticos. Veamos:

ARTÍCULO 18. Funciones del Comité Técnico. El Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal tendrá las siguientes funciones:

1. Adelantar los estudios e investigaciones que le encomiende el Consejo, dentro de los plazos y en las condiciones que se señalen.
2. Examinar los proyectos de actos legislativos y de leyes que se presenten a su consideración y del Consejo Superior de Política Criminal, confrontándolos con las investigaciones y desarrollos científicos que sean pertinentes, a fin de emitir un concepto que se someterá a discusión de los miembros del Consejo...

Es razonable suponer que los conceptos que emita este comité técnico se deben caracterizar por su rigor y por tener como fundamento el conocimiento que se produzca en alguna de las ciencias penales señaladas. Como instancia técnica vinculada al Consejo Superior de Política Criminal, este comité desempeña un rol fundamental de racionalización. Junto al Observatorio de Política Criminal<sup>26</sup>, el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal desempeña un rol esencial en la gestión de la política criminal del Estado colombiano, dotándola de herramientas que contribuirían a su racionalización.

En tal sentido, los conceptos que emita este consejo tendrían que consultar criterios técnicos. Solo así se estaría cumpliendo con el mandato del artículo 3.<sup>o</sup> del Decreto 2055, conforme al cual se le entiende como

25 Decreto 2055 del 2014, 16 de octubre del 2014, *Diario Oficial* 49306.

26 Creado por medio del Acuerdo 001 del 2016 del Consejo Superior de Política Criminal, <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos/ConceptosCSPC/2016/26%20Acuerdo%20001%20Consejo%20Superior%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf>.

organismo asesor que fundamenta sus recomendaciones en estudios científicos. Sin embargo, el concepto de julio del 2019, por medio del cual se pretende modificar el artículo 34 de la Constitución Política e instaurar la pena de prisión perpetua, no se caracteriza precisamente por su rigor. Como apunta Cáceres-González,

[...] el nuevo concepto, no justifica, ni técnica, ni dogmática, ni empíricamente el cambio legislativo sugerido, por lo que, el contenido de este nuevo concepto, se suma al incumplimiento de las órdenes dadas por la Corte Constitucional, acerca del *estandar mínimo de constitucionalidad*, por lo que su contenido, adolece de criterios de razonabilidad, y por contera, pone en entredicho el rigor y la legitimidad que debe rodear el proceso legislativo<sup>27</sup>.

Este concepto supone un duro cuestionamiento a la función racionalizadora atribuida al conocimiento de los expertos, sobre todo si recordamos que el mismo Consejo Superior de Política Criminal había expresado sus reservas frente a la conveniencia de instaurar la prisión perpetua en Colombia. En uno de sus apartados, el concepto emitido plantea que

no puede calificarse como populismo punitivo todo aumento de las sanciones penales. En efecto, resulta un instrumento legítimo por parte del legislador el aumento proporcional de las sanciones, cuando estas vienen acompañadas de las políticas públicas adecuadas que influyen en la efectividad de las investigaciones. En otras palabras, los aumentos punitivos en sí mismos no constituyen en todos los casos formas de derecho penal simbólico, en tanto la pena a imponer resulte proporcional al daño causado y se trate de una pena que tienda a ser efectiva.

Para los eventos de la cadena perpetua en los términos estipulados en el proyecto de acto legislativo, no puede perderse de vista que esta debe ser solo una parte de una serie de políticas tendientes a proteger a los niños, niñas y adolescentes de los delitos que afectan su integridad, formación y libertad sexual, así como su vida e integridad personal. Por lo tanto, el llamado que debía realizarse no es el de prohibir la implementación de la cadena perpetua, sino el que esta esté enmarcada en una política que tienda a la prevención de estos delitos, a la protección de las víctimas y, especialmente, a la efectiva judicialización de los agresores<sup>28</sup>.

27 Emiro Cáceres-González, "Prisión perpetua en Colombia: Análisis de las iniciativas legislativas para su autorización, y de los argumentos 'racionales' para su incorporación en el ordenamiento colombiano", *Nuevo Foro Penal*, n.º 93 (2019): 159.

28 Consejo Superior de Política Criminal, "Concepto 12. Estudio al Proyecto de Acto Legislativo 001 de 2019", <https://es.scribd.com/document/426624568/Cadena-Perpetua>.

Y, claro, la política criminal implica cuestiones preventivas y reactivas en el control del delito, pero, cabría preguntar, ¿dónde señala el proyecto estudiado que se trata de una medida enmarcada dentro de una política pública de protección a la niñez?, ¿por qué se sigue asumiendo que el incremento de penas tiene un efecto preventivo fundado en la intimidación?, ¿cómo entender la proporcionalidad entre el daño causado y la pena impuesta, cuando se aplica la misma sanción a delitos que afectan bienes jurídicos distintos: la vida, por un lado, y la libertad y formación sexuales, por el otro?

Aunque los derechos de los niños tienen un carácter prevalente en Colombia<sup>29</sup>, es por lo menos dudoso que se pretenda proteger la niñez con una medida de tipo reactivo y mucho más si nos referimos a una pena como la prisión. Tal vez convenga recordar las palabras de Mathiesen:

[...] la prisión es un sistema profundamente irracional en términos de los propios objetivos declarados. La dificultad, no obstante, es que esta información es en gran medida un secreto. Si la gente en realidad supiera lo mal que la protege la prisión así como otras partes del sistema de control criminal; si supieran que la prisión sólo crea una sociedad más peligrosa produciendo personas más peligrosas, se produciría necesariamente un clima para dismantelar las prisiones. Porque la gente, en contraste con las prisiones, es racional en este tema. Pero la información en seco no sería lo suficientemente clara; debería “conocerse” la falla de las prisiones a un nivel emocional más profundo, y así constituir una parte de nuestra definición cultural de la situación<sup>30</sup>.

No se trata solo de que la pena de prisión perpetua tenga una incierta capacidad protectora, es que en general la prisión no está diseñada para proteger, y sí en cambio para reproducir y crear sujetos a los que hemos dado en llamar delincuentes —algunos autores como Mathiesen y Foucault<sup>31</sup> han ilustrado esta cuestión en detalle—. Algo similar podríamos decir sobre la escasa capacidad motivadora de las normas, pues, como señaló Bustos, su función efectiva no consiste en motivar sino solo en informar sobre eventuales consecuencias que se derivarían de la comisión de un acto<sup>32</sup>.

Por otra parte, si hablamos de políticas públicas de protección integral, cabría recordar que ellas aluden a un tipo de gestión de los asuntos

29 En tal sentido, Corte Constitucional, Sentencia T-731 del 2017.

30 Thomas Mathiesen, “La abolición: ¿Un sueño imposible?”, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/03/doctrina38343.pdf>.

31 Sobre todo *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, un clásico en los estudios sobre prisiones y dispositivos de control disciplinario.

32 Citado por Muñoz, “Populismo”, 20.

públicos en el cual se privilegia el conocimiento de los expertos en el que priman criterios como la eficiencia y la eficacia en el uso de los recursos. Situar la política criminal dentro del campo amplio de las políticas públicas implica asumirla como un ejercicio planificado de recursos en el cual las instituciones estatales tienen un rol protagónico<sup>33</sup>.

Normalmente, cuando se habla de políticas públicas debería ser posible diferenciar fases como su formulación, implementación y evaluación. Esto supone que, además de un documento normativo, la política debe contar con instrumentos concretos de ejecución de objetivos estratégicos, definidos conforme a estudios previos de factibilidad<sup>34</sup>. En tal sentido, más allá de esta iniciativa de reforma constitucional, no se conoce ningún otro programa de atención o estrategia de intervención que de manera integral proponga líneas de acción para proteger a los niños, niñas y adolescentes.

Además, el concepto emitido por el Consejo Superior de Política Criminal explica la necesidad de los incrementos punitivos aduciendo que estos son proporcionales cuando se trata de establecer un equilibrio entre el daño causado y la pena. Sin embargo, omite que a las penas en el ordenamiento jurídico colombiano no solo se les asigna una función retributiva sino también preventiva (art. 4.º, Código Penal)<sup>35</sup>. En tal sentido, debió señalar con precisión cuáles son los estudios que afirman que los incrementos punitivos como este son conducentes a prevenir —bien integrando o intimidando— a los destinatarios de las normas penales.

Y el asunto no para ahí. No podemos olvidar los serios cuestionamientos que podrían plantearse a esta iniciativa de reforma desde el punto de vista constitucional, y en particular si revisamos algunos de los tratados internacionales de los cuales el Estado colombiano es parte y le han generado obligaciones en el ámbito del derecho internacional público. Por un lado, tenemos la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles o Degradantes —adoptada mediante la Ley 70 de 1986—, que expresamente (art. 16) obliga a los Estados partes a prohibir en el territorio de su jurisdicción ese tipo de sanciones.

En el mismo sentido, tenemos la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura —aprobada mediante la Ley 409 de 1997—, que también prohíbe los tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 7.º).

33 André-Nöel Roth, "La enseñanza del análisis de políticas públicas en los programas universitarios de Ciencia Política en Colombia", *Estudios Políticos*, n.º 49 (2016): 262.

34 Aún suponiendo que existiera un documento normativo, este por sí solo es insuficiente. Así lo entiende Cuervo, citado por Murcia y Tamayo Castro, "Es irrelevante para el concepto que la política esté redactada a nivel de documento porque ello no determina su existencia, aunque sí contribuye con su visibilidad". Jonathan Murcia y Jhony Tamayo Castro, "La política pública de víctimas de desplazamiento forzado en el municipio de Medellín: Una síntesis de las relaciones interorganizacionales desde el análisis de redes de política pública", *Opera*, n.º 19 (2016): 187-188.

35 Código Penal, Ley 599 del 2000, *Diario Oficial* 44097.

Para el Consejo Superior de Política Criminal, sin embargo, instaurar la prisión perpetua no entraña vulneración de ninguno de esos compromisos:

Es claro en la legislación internacional y en la legislación comparada que la cadena perpetua por sí sola no constituye una pena cruel, inhumana o degradante *per se*, lo que se comprueba con que varios países que han ratificado tratados internacionales en contra de las penas que afectan los derechos fundamentales, tienen dentro de su legislación la cadena perpetua, sin que se haya obligado por las Cortes Internacionales, a modificar su ordenamiento jurídico para eliminar dicha forma de sanción, como si sucede con la pena de muerte<sup>36</sup>.

Por la vía argumentativa del Consejo Superior deberíamos admitir que la existencia de la prisión perpetua en otros países ya constituye una razón suficiente para entender que su imposición en Colombia no entraña una vulneración a los instrumentos de derecho internacional arriba enunciados. Se trata de un argumento falaz<sup>37</sup>, que deriva del derecho existente en otras latitudes consecuencias sobre su juridicidad para el derecho interno en Colombia.

Otra de las dificultades que al parecer no advierte el Consejo Superior se refiere a la revisión de la pena. Según el proyecto de acto legislativo, la pena de prisión perpetua sería revisable una vez transcurran 25 años de la ejecución de la pena. Pero ¿cómo se espera acreditar que dicha resocialización se cumplió? ¿Cuáles serán los criterios? Es algo que no menciona el proyecto de acto legislativo y sobre lo cual el concepto en mención tampoco profundiza, veamos:

Debe tenerse en cuenta que, como una de las características principales del proyecto, está la posibilidad de revisión y por lo tanto revocación de la cadena perpetua en un término de 25 años, situación esta que no operará de manera automática, sino que dependerá, precisamente, de la resocialización que el agresor realice en el centro de reclusión. Desde luego, se trata de endurecer la pena, pero sin negar la posibilidad de una libertad efectiva exclusivamente ligada a los aspectos resocializadores. De ahí que se pueda concluir que la resocialización no solo no es negada por el proyecto, sino que es parte integral de él<sup>38</sup>.

36 Consejo Superior, *Estudio*, 9

37 Ferrajoli plantea la existencia de dos tipos de falacia: la normativista y la naturalista. La primera deriva del derecho existente, el derecho justo —y válido—, mientras que la segunda deriva de un estado de cosas, el fundamento para referir el derecho válido. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 325-327.

38 Consejo Superior, "Concepto 12", 28.

## Conclusiones

Hay dos grandes cuestiones que se pueden concluir de lo aquí expuesto. En primer lugar, que el populismo punitivo alude a una racionalidad sobre el castigo, en la cual se abandona el conocimiento de los expertos y se privilegia el conocimiento del sentido común. Al menos en el caso colombiano no alude a profundos cambios en el tratamiento de la penalidad ni a inéditos usos políticos del castigo con fines electorales, sino al lugar privilegiado que tiene el sentido común en la definición de los asuntos relativos a la cuestión penal.

Tal vez las confusiones a las que pueda conducir este planteamiento estén asociadas a lo que entendemos por sentido común, el cual no corresponde a una sumatoria de incomprensiones ni refiere un tipo de ignorancia colectiva, sino a los conocimientos que circulan y son incorporados en una cultura<sup>39</sup>, incluidos prejuicios, valores y creencias sobre temas como el castigo.

Sería un absurdo suponer que podríamos simplemente prescindir del sentido común, cancelando nuestros prejuicios y valores y neutralizando nuestras creencias. El acompañamiento de los expertos no conduce necesariamente a una mejor política criminal, ni a una en la cual se contenga la expansión del derecho penal<sup>40</sup>. Las reflexiones de autores como Foucault sobre las relaciones entre saber y poder nos han enseñado que el conocimiento —saber— surte efectos en el ejercicio del poder político, y que esos efectos no necesariamente se orientan a su limitación o racionalización.

También la ciencia y el conocimiento especializado tienen su propio sentido común. Tal vez sea más preciso entender que el populismo punitivo corresponde a una racionalidad referida a la definición de la política criminal, por virtud de la cual asistimos a un preocupante empobrecimiento en la justificación sobre el castigo.

Por esto, el aval que se le dio al proyecto de acto legislativo en el 2019 para instaurar la pena de prisión perpetua, al ser poco riguroso en su análisis y simplificar en extremo asuntos como la primacía de los derechos de los niños y la finalidad protectora de las penas, constituye una expresión de populismo punitivo. Expresa en general un desdén por el conocimiento técnico, y omite, por ejemplo, señalar con precisión los presupuestos bajo los cuales se satisfacen exigencias como la proporcionalidad, la necesidad, la utilidad y la humanidad<sup>41</sup>.

39 Karl Popper, *La lógica de la investigación científica* (Tecnos: Madrid, 1980), 19.

40 No hay que olvidar que tanto el Consejo Superior de Política Criminal como su Comité Técnico están integrados primordialmente por expertos, y fue uno de sus conceptos el que motivó esta reflexión.

41 Comisión Asesora, *Informe final*, 20.

En segundo lugar, la creación del Consejo Superior de Política Criminal y los organismos técnicos que lo integran implicó que el diseño y ejecución de la política criminal debían estar orientados por criterios técnicos. La regulación de dicho organismo pretendió dotar de coherencia el ejercicio de la política criminal en nuestro país. Y en general parece que cumplió con dicha labor, sobre todo cuando se le solicitó emitir conceptos sobre proyectos de ley o de actos legislativos en asuntos de su competencia. No obstante, el concepto que emite este consejo en julio del 2019 pone en entredicho dicha función de racionalización y limitación.

Dicho concepto nos propone cuestiones como las siguientes: (1) el conocimiento de los expertos no necesariamente ejerce una función limitadora al ejercicio del poder punitivo del Estado; (2) tal como ocurrió con otros organismos de perfil académico dentro del Estado, encargados de producir conocimiento, cuando se produce un relevo en las personas que los componen esto incide en la manera como se entienden los fenómenos —pensemos, por ejemplo, en el nombramiento del profesor Darío Acevedo como director del Centro Nacional de Memoria Histórica y la manera como se han gestionado los asuntos relativos a la memoria del conflicto armado en el país desde su llegada<sup>42</sup>—; y (3) no es razonable que sigamos discutiendo sobre un tema como la cadena perpetua, que poco o nada le aporta al debate sobre la cuestión penal en el país, cuando existen problemas mucho más serios y que demandan una acción decidida por parte de las instituciones estatales, como ocurre con el estado actual de las prisiones, la situación de las personas privadas de la libertad y el hacinamiento, todos estos vinculados al estado de cosas inconstitucional que persiste en el país desde hace más de dos décadas.

Produce perplejidad que, en medio de todos estos problemas, una instancia como el Consejo Superior de Política Criminal sea partidaria de que las personas vayan a prisión y permanezcan en ella el mayor tiempo posible, y, sobre todo, que sus argumentos sean tan precarios desde el punto de vista técnico.

Otros conceptos emitidos por el Consejo Superior de Política Criminal deberían ser igualmente examinados, como, por ejemplo, el que se refiere a la imprescriptibilidad de la acción penal, en el cual dicho organismo “manifiesta su concepto favorable para que la acción penal en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cometidos en contra

42 Como diversos medios de comunicación han señalado, el Centro Nacional de Memoria Histórica ha protagonizado, bajo la dirección del profesor Acevedo, algunos episodios que generan suspicacia en la opinión pública, como el retiro de la membresía del Centro de la Coalición Internacional de Sitios de Conciencia, y el nombramiento de un director del Museo de la Memoria que genera desconfianza en numerosos colectivos de víctimas. *Revista Arcadia*, “Un director cercano a los militares y un acto de protesta preceden la instalación de la ‘primera piedra’ del Museo de Memoria”, 5 de febrero del 2020, <https://www.revistaarcadia.com/agenda/articulo/un-director-cercano-a-los-militares-y-un-acto-de-protesta-preceden-la-instalacion-de-la-primera-piedra-del-museo-de-memoria/80371>.

de niñas, niños y adolescentes, así como en los casos del artículo 237 del Código Penal, se torne en imprescriptible”<sup>43</sup>.

Todo esto nos muestra cómo los principios del derecho penal, aquellos límites propuestos por la tradición liberal al ejercicio del poder punitivo estatal, resultan cada vez más debilitados. Ya no significan aquello que algún profesor de derecho penal de la Universidad de Antioquia expresara, que “al poder punitivo se le debe limitar no en principio sino por principio”.

## Referencias

- Acuerdo 001 del 2016 del Consejo Superior de Política Criminal. <https://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos/ConceptosCSPC/2016/26%20Acuerdo%2001%20Consejo%20Superior%20de%20Poli%CC%81tica%20Criminal.pdf>
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis, 2000.
- Cáceres-González, Emiro. “Prisión perpetua en Colombia: Análisis de las iniciativas legislativas para su autorización, y de los argumentos ‘rationales’ para su incorporación en el ordenamiento colombiano”. *Nuevo Foro Penal*, n.º 93 (2019): 111-166.
- Código Penal, Ley 599 del 2000. *Diario Oficial* 44097
- Comisión Asesora de Política Criminal. *Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Asesora%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf>
- Comisión Asesora de Política Criminal. *Observaciones a la iniciativa sobre la imposición de cadena perpetua a ciertos delitos realizados contra menores*. 2011.
- Consejo Superior de Política Criminal. “Concepto 12-2019: Estudio al Proyecto de Acto Legislativo 001 de 2019, por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política”. <https://es.scribd.com/document/426624568/Cadena-Perpetua>.
- Consejo Superior de Política Criminal. “Concepto 13-2019”. [http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos%20CSPC/13.CSPC\\_PL%20125%20Y%20180%20Cámara-%20PL%20105%20Senado%20Imprescriptibilidad%20NNA.pdf](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos%20CSPC/13.CSPC_PL%20125%20Y%20180%20Cámara-%20PL%20105%20Senado%20Imprescriptibilidad%20NNA.pdf).
- Corte Constitucional. Sentencia T-762 del 2015. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T-731 del 2017. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-731-17.htm>. Magistrado ponente José Fernando Reyes Cuartas.
- De Certeau, Michel. *La invención de lo cotidiano: 1 Artes de hacer*. México: Universidad Iberoamericana, 2007.
- Decreto 2055 del 2014, 16 de octubre del 2014. *Diario Oficial* 49306.
- El Tiempo*. “Crisis en Comisión Asesora de Política Criminal: La mitad renunció”, 8 de noviembre del 2019. <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/cuatro-miembros-de-la-comision-asesora-de-politica-criminal-ya-habian- renunciado>

43 Consejo Superior de Política Criminal, “Concepto 13-2019”, [http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos%20CSPC/13.CSPC\\_PL%20125%20Y%20180%20Cámara-%20PL%20105%20Senado%20Imprescriptibilidad%20NNA.pdf](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos%20CSPC/13.CSPC_PL%20125%20Y%20180%20Cámara-%20PL%20105%20Senado%20Imprescriptibilidad%20NNA.pdf).

- bros-de-comision-asesora-en-politica-criminal-han-renunciado-431116, acceso el 4 de febrero de 2019.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Figes, Orlando. *El baile de Natacha: Una historia cultural rusa*. Barcelona: Edhasa, 2010.
- Foucault, Michel. *Microfísica del poder*. Madrid: Ediciones la Piqueta, 1992.
- Laclau, Ernesto. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Larrauri, Elena. "Populismo punitivo... y cómo resistirlo". *Jueces para la democracia*, n.º 55 (2005): 15-22.
- Ley 70 de 1986. *Diario Oficial* 37737.
- Ley 409 de 1997. *Diario Oficial* 43164.
- Mathiesen, Thomas. *La abolición: ¿Un sueño imposible?* <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/03/doctrina38343.pdf>.
- Muñoz Tejada, Julián Andrés. "Expertos y política criminal en Colombia". *Política Criminal* 12, n.º 23 (2017): 267-290.
- Muñoz Tejada, Julián. "Populismo punitivo y una verdad construida". *Nuevo Foro Penal*, n.º 72 (2009): 13-42.
- Murcia, Jonathan y Jhony Tamayo Castro. "La política pública de víctimas de desplazamiento forzado en el municipio de Medellín: Una síntesis de las relaciones interorganizacionales desde el análisis de redes de política pública". *Opera*, n.º 19 (2016): 185-209.
- Popper, Karl. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, 1980.
- Revista Arcadia*. "Un director cercano a los militares y un acto de protesta preceden la instalación de la 'primera piedra' del Museo de Memoria". <https://www.revistaarcadia.com/agenda/articulo/un-director-cercano-a-los-militares-y-un-acto-de-protesta-preceden-la-instalacion-de-la-primera-piedra-del-museo-de-memoria/80371>.
- Roth, André-Nöel Deubel. "La enseñanza del análisis de políticas públicas en los programas universitarios de Ciencia Política en Colombia". *Estudios Políticos*, n.º 49 (2016): 260-283.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "Las recientes reformas en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa". En *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, coordinado por José Luis Díez Ripollés y Octavio García Pérez, 75-118. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.
- Tamayo Arboleda, Fernando León. "La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano". *Revista Criminalidad* 58, n.º 3 (2016): 27-30.



# **El gobierno ilegal del crimen y la inmoralidad**

## **Castigo en las milicias populares de Medellín\***

Leyder Humberto Perdomo Ramírez

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.616>

## Introducción

En el contexto del conflicto armado colombiano, guerra y política son extensiones simultáneas y bidireccionales, coexisten y se desenvuelven una a través de la otra, encarnadas en los discursos y las prácticas de los actores armados, se retroalimentan y buscan ser complementarias para la verosimilitud de las razones de su existencia y la justeza de su *causa belli*<sup>1</sup>.

No se trata solo de ganar posiciones geográficas estratégicas, obtener botines económicos y militares o de propinar golpes al enemigo. Además, incluso como sustento de los anteriores, para los armados es menester obtener respaldos sociales, hacerse al favor y al cariño de los civiles. Se trata de la tensión entre poder, legitimidad y violencia, que enfrenta todo actor que pretenda gobernar u obtener obediencia; la búsqueda de equilibrio real o aparente entre el ejercicio de la fuerza y la supuesta bondad de su existencia y acción, en suma, la generación de aceptación en los gobernados<sup>2</sup>.

El gobierno sobre la criminalidad es uno de los asuntos con los que los actores armados hacen política, pero también en el que son objeto de la política. En busca de la aceptación de los pobladores de los lugares de su presencia, los grupos armados fungen ser administradores de justicia<sup>3</sup> o aseguradores del territorio<sup>4</sup>; los encargados de hacer cumplir las reglas que el mismo grupo armado o la comunidad consideran

1 Vilma Liliana Franco, *Orden contrainsurgente y dominación* (Bogotá: Instituto Popular de Capacitación y Siglo del Hombre Editores, 2009).

2 Rafael del Águila, "Poder, legitimidad y violencia", en *Manual de ciencia política* (Madrid: Editorial Trotta, 1997), 24.

3 Mario Aguilera Peña, *Contrapoder y justicia guerrillera* (Bogotá: Penguin Random House, 2014).

4 Hernando Londoño, "Pluralismo punitivo y derechos humanos: El caso de la Comuna 13 de Medellín-Colombia (2000-2010)" (tesis de doctorado, Universidad Pablo de Olavide, 2013, 403).

“necesarias”, así como dosificar la violencia en contra de quienes las infrinjan, por considerarse molestos o amenazantes, no solo para ellos, sino para las comunidades bajo su influencia.

Lo interesante es que en esa trama, a veces, las demandas comunitarias de castigo se corresponden con normas de mandato también contenidas en la política de los adversarios; de manera particular, los grupos insurgentes terminan refrendando la normatividad jurídicopenal de la estatalidad y el sistema de valores imperante contra los que —se supone— luchan. En medio del pluralismo punitivo, es decir, la expresión particular del pluralismo jurídico en que coexisten sistemas punitivos no estatales (de grupos armados) y estatales (el sistema penal)<sup>5</sup>, se evidencian elementos comunes a esos sistemas.

En un intento por pasar de la sociología del derecho penal hacia la reflexión sociológica del poder punitivo de la sociedad, en la que se evidencie la capacidad que tiene esta de definir conductas como criminales o de refrendar mediante el castigo las que han sido declaradas así por el derecho, en este escrito se abordan las prácticas de castigo en las milicias populares de Medellín y se propone la discusión acerca de los efectos de la territorialización y la cotidianidad, lo que resulta en un paradójico “gobierno ilegal del delito y la inmoralidad”.

Es prolífica la producción analítica sobre la violencia en Medellín y que en esta es constante la consideración de la existencia pasada de las milicias populares, así como del control sobre la población como elemento común a la práctica de esos y otros grupos armados en la ciudad, sin embargo, el análisis concienzudo del castigo como práctica de esas organizaciones ha sido excepcional<sup>6</sup>, sin dar importancia a esa práctica en la relación de los armados con quienes no lo están.

Por esto se hizo necesario acudir al testimonio de personas que integraron las milicias populares, que habitaron sus zonas de influencia mientras esta duró y a funcionarios públicos, de organizaciones sociales y académicos que tuvieron alguna relación con la presencia y acción de esos grupos, llevándose a cabo un total de 15 entrevistas semiestructuradas. Así mismo se revisó información contenida en archivos documentales facilitados por las personas entrevistadas o con carácter público, como la prensa. Toda esa información, su ordenación y sistematización permitió contar con los insumos teóricos y empíricos suficientes para alcanzar los objetivos propuestos en la investigación y para que fuera posible la construcción de este trabajo.

5 Londoño, *Pluralismo punitivo y derechos humanos*, p. 7.

6 Trabajos como los de Ana María Jaramillo (*Milicias populares en Medellín: Entre la guerra y la paz* [Medellín: Corporación Región]), Hernando Londoño (*Pluralismo punitivo y derechos humanos*) y Arleison Arcos (“Ciudadanía armada. Aportes a la interpretación de procesos de defensa y aseguramiento comunitario en Medellín: El caso de las milicias populares” [tesis de maestría, Instituto de Estudios Políticos-Universidad de Antioquia, 2005]) se acercan al tema en Medellín.

Este texto se compone de seis subtítulos que pueden presentarse en dos grandes bloques: el primero, que contiene los tres primeros subtítulos, presenta el contexto empírico de práctica del castigo de las milicias populares en Medellín. Así, inicialmente se hace referencia a la política en contextos de conflicto armado, refiriendo la combinación de astucia, fraude y fuerza y la manera en que los grupos armados en Medellín han operado la guerra y la legitimidad como las dos caras de su acción política. Posteriormente se desarrolla al proceso de configuración de las milicias populares en la misma ciudad, destacando su linaje insurgente y barrial. Acto seguido se exponen las prácticas de castigo en esas organizaciones, en respuesta al qué y a quién castigaban, cuáles fueron sus rituales para obtener la verdad y definir castigos, así como cuáles fueron las modalidades de violencia para castigar.

En un segundo bloque se agrupan tres subtítulos más, con una perspectiva analítica, en referencia al castigo como artefacto social y político de las milicias populares; luego se exponen cómo la territorialización y la cotidianidad fueron cauce para que el castigo tomara sentidos de concertación entre los milicianos y pobladores civiles. Finalmente, a partir de lo conocido sobre la experiencia miliciana se concluye que esa interacción también es un factor definitorio de la violencia.

## **Política de los actores armados ilegales: o de la “administración de los legalismos”**

Recordando a Maquiavelo, Rafael del Águila reflexiona sobre la relación entre la legitimidad y la violencia, resaltando la importancia que para los gobernantes tiene generar una ilusión política en los gobernados, buscando que interioricen la idea de que los gobernantes son útiles, justos y necesarios: “Se trataría, entonces, de un ilusionismo que hace uso de los referentes normativos dominantes a través de una dramaturgia política medida y calculada como mecanismo de manipulación”<sup>7,8</sup>. Esa necesidad de quienes pretenden o ejercen el lugar de los gobernantes es extensible a los grupos armados que, en medio de la guerra, combinan esta con su legitimación. Violencia y legitimidad coexisten y se desenvuelven una a través de la otra.

Al menos desde la segunda mitad del siglo xx, en Medellín se desataron distintas violencias ancladas al territorio que terminaron ligándose al conflicto armado: estructuras organizadas para la criminalidad común

7 Del Águila, *Poder, legitimidad y violencia*, p. 217.

8 O como sostuviera Rosseau, ningún señor es jamás lo suficientemente fuerte como para mantenerse si no logra “transformar su fuerza en derecho y la obediencia en deber” (*El contrato social*, p. 10).

(galladas, combos y bandas delinCUencias)<sup>9</sup>, grupos parainstitucionales y paramilitares (“autodefensas barriales y de limpieza social”, comités de vigilancia y hasta bloques militares)<sup>10</sup> y grupos con orígenes y proyecciones revolucionarios (milicias populares y milicias guerrilleras)<sup>11</sup>.

Con mayor o menor eficacia, todas esas organizaciones refrendaron de manera violenta imaginarios de orden ligados a la moralidad y a la legalidad punitiva del Estado, realidad que entraña una aparente contradicción: organizaciones ilegales que asumen valoraciones de la legalidad punitiva como propia, al punto de defenderla con violencia. A diferencia de la administración de los ilegalismos, que aludiera Foucault para comprender la penalidad estatal<sup>12</sup>, en el caso de los grupos armados no estatales se puede hablar de la “administración de los legalismos”, en la que cada actor asume convenientemente sentidos para la defensa ilegal de mandatos contenidos en la legalidad. No obstante, ese sentido en la acción violenta se diferencia según el tipo de actor de que se trate.

En el caso de los grupos parainstitucionales y paramilitares, su conformación se supone para la defensa del orden social y político imperante, originándose en el mismo Estado o actuando en su favor. En estos casos la contradicción es eminentemente normativa, es decir, en la administración de la ilegalidad para sostener el orden legalizado.

En el caso de las estructuras organizadas para la criminalidad común, su refrendación de las normas legales se corresponde con su propia funcionalidad, lo que se desarrolla en un doble sentido: por un lado, para acordar con autoridades estatales el control a sus comportamientos, la invisibilización del crimen y la entrega de algunos “positivos”; y, por otro,

9 Gil y Jaramillo, *Medellín en su laberinto*.

10 Las primeras iniciativas de ese tipo fueron auspiciadas a través de normas legales como el Decreto 3398 de 1965, el Decreto 1667 de 1966, la Ley 45 de 1968 y el Decreto 1355 de 1970 —que contemplaban la promoción de “autodefensas”—. La constitución de organizaciones ilegales también tuvo un fuerte arraigo en Medellín, con el surgimiento del grupo Muerte a Secuestradores (MAS), así como en el desarrollo de estructuras articuladas en las Autodefensas Unidas de Colombia, como el Bloque Metro, el Bloque Cacique Nutibara y el Bloque Héroes de Granada.

11 Es común que los estudiosos del conflicto armado en Medellín se refieran de manera indistinta a todos los grupos de milicias insurgentes que operaron en esa ciudad; sin embargo, no se deben indiferenciar las células militares urbanas de las guerrillas, presentes desde finales de los setenta, algunos frentes urbanos de las guerrillas, que aparecerían desde los años ochenta, ni las milicias populares y las milicias guerrilleras, con orígenes simultáneos finalizando esa década, pero con vínculos orgánicos, alcances, proyecciones, extensiones temporales distintas —las milicias guerrilleras existieron hasta principios del nuevo siglo—. Un ejercicio de diferenciación de los distintos grupos se encuentra en Astrid Tellez, *Las milicias populares: Otra expresión de la violencia social en Colombia* (Bogotá: Rodríguez Quito Editores, 1995), 65.

12 Dice Foucault: “La penalidad sería entonces una manera de administrar los ilegalismos, de trazar límites de tolerancia, de dar cierto campo de libertad a algunos, y hacer presión sobre otros, de excluir de una parte y hacer útil a otra; de neutralizar a estos, de sacar provecho de aquellos”. Michel Foucault, *Vigilar y castigar: El nacimiento de la prisión* (Bogotá: Círculo de Lectores, 1984), 393.

para obtener réditos económicos a cambio del ofrecimiento del servicio de seguridad violenta<sup>13</sup>.

Lo que parece realmente paradójico es que las organizaciones con origen y/o proyecciones revolucionarias hayan incurrido en acciones de refrendación a la legalidad punitiva del Estado. Dicho de otra manera, parece una contradicción que grupos que no solo actúan desde la ilegalidad, sino que se alzan en armas en su contra, incurran en su refrendación, especialmente en la persecución de lo que legalmente se define como “lo criminal”.

## El doble linaje de las milicias populares de Medellín

Según el rastreo de la prensa local, grupos guerrilleros como el Ejército Popular de Liberación (EPL), el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y el Movimiento 19 de Abril (M-19), entre la segunda mitad de los años setenta y la primera de los ochenta incursionaron de manera decidida a la ciudad de Medellín.

Eso tuvo varios efectos: (1) en sentido político se formaron cuadros y estrategias para integrarse, influir y liderar en algunos sectores sociales (sindicalismo, estudiantado y movimiento comunitario); (2) en sentido militar se tecnificó su accionar con la conformación de comandos urbanos capaces de hacer “recuperaciones” económicas, acciones de combate urbano y proselitismo armado; y (3), finalmente, en un sentido organizativo, particularmente con la agudización de la discusión sobre si debía priorizarse la lucha insurgente en el campo o en la ciudad, lo que resultó en infinidad de disidencias que conformaron pequeñas guerrillas urbanas con alcance local<sup>14</sup>.

De la confluencia de esos efectos surgieron las milicias populares. Algunos insurgentes consideraron la importancia de priorizar su accionar político urbano, porque militarmente eran capaces de hacerlo y porque hubo suficientes cuadros políticos y militares que se dispusieron a responder al accionar de organizaciones paramilitares y de combos y bandas delincuenciales que afectaban la vida de sus familiares y amigos o sus procesos políticos en los barrios populares. Un militante de izquierda en los años setenta y ochenta lo retrató de la siguiente manera:

13 Jairo Bedoya, *La protección violenta en Colombia: El caso de Medellín desde los años noventa* (Medellín: Instituto Popular de Capacitación, 2010).

14 La Estrella, los Núcleos Populares Revolucionarios (NOPRE), el Organismo Obrero (ORO), La Estrella Roja (disidencia del PC-ML), los Núcleos Ernesto Che Guevara (NEG) (disidencia del ELN), el Comando Pedro León Arboleda (PLA) (disidencia del EPL); organizaciones que se interrelacionaron entre sí y que “compartían la solemne promesa de que algún día fundarían el verdadero partido del proletariado”. Alonso Salazar, Paolo Costelo y Néstor López, *Memorias de la historia y el proceso de paz de las milicias populares de Medellín*, inédito, 10.

Estos tipos cuando no estaban haciendo tareas para el Cartel, estaban haciendo daños en el barrio [...] Y eso hizo que hubiera un peso muy fuerte de la inseguridad, de la criminalidad creada por estos grupos, estas bandas. Y entonces le pasó al sindicalista, y entonces al estudiante... que lo atracaron, que a la mamá la violaron, que a la hermana les tocó mandarla para otra parte porque un comandante se enamoró de ella [...] A todos les contábamos en la universidad eso, o los sindicalistas en el sindicato. Entonces yo me acuerdo de una discusión en el sindicato de Empresas Públicas de Medellín, en 1986, que era: “oiga, ¿qué vamos a hacer?” [...] Entonces esas organizaciones políticas empezaron a pensar “¿cómo les damos una respuesta para cuidar a nuestros militantes?”. Ese fue el núcleo de todo<sup>15</sup>.

En principio, las organizaciones guerrilleras que hacían presencia en la ciudad no avalaron el “experimento” miliciano, sin embargo, al ver el éxito que tuvo para la inserción en las zonas más empobrecidas de Medellín, el ELN y el EPL auspiciaron a las organizaciones ya conformadas, así como también impulsaron la constitución de algunos de esos grupos. Las guerrillas pretendieron saldar su carente influencia en las ciudades, lo que a su propia consideración táctica e ideológica era un vacío por llenar, respecto al cual esperaron que las milicias populares cumplieran un papel que apuntara hacia la preparación de una eventual insurrección popular, que fuera determinante en una revolución social y política<sup>16</sup>.

De esa manera, en las milicias populares confluyeron dos linajes distintos: uno insurgente, correspondiente con la inserción de los grupos guerrilleros o de algunos de sus militantes en la dinámica urbana de Medellín; el otro, de origen barrial, a partir de las dinámicas mismas de la ciudad, dado el fortalecimiento de combos y bandas delincuenciales, muchas de ellas alimentadas por los recursos del narcotráfico, entonces emergente.

Las milicias populares en Medellín tuvieron lugar entre los años 1988 y 1994 (cuando se desmovilizaron), siendo las principales organizaciones las Milicias Populares del Pueblo y Para el Pueblo (MPPPP), con influencia ideológica del ELN y el EPL; las Milicias Populares del Valle de Aburrá

15 Militante de izquierda entre los años setenta y ochenta, entrevistado por Leyder Perdomo, 16 de mayo del 2019.

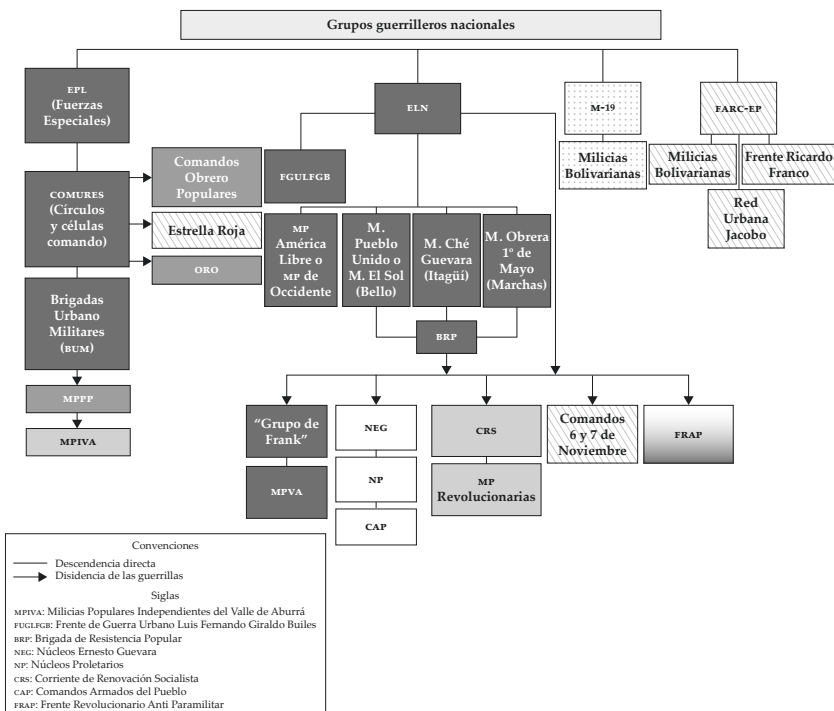
16 Citando un documento de archivo de ese grupo alzado en armas, un integrante del ELN en los años ochenta y noventa lo sostuvo en estos términos: “Para el capitalismo son fundamentales las ciudades, y por la propia naturaleza de ese sistema, allí se incuban profundas desigualdades alimentadas en la contradicción capital-trabajo. Como proyecto revolucionario, nosotros no podíamos ser ajenos a eso, pues la ciudad se convirtió en un componente estratégico fundamental para el proceso revolucionario. Por eso, después de una larga discusión, por fin decidimos insertarnos en las dinámicas urbanas y en la contradicción que se encarnaba en la puja Estado-Pueblo, con miras hacia la insurrección popular en el momento definitivo de la revolución”. Exintegrante del ELN, entrevistado por Leyder Perdomo, 30 de mayo del 2019.

(MPVA) y los Comandos 6 y 7 de Noviembre, con origen en el ELN, guerrilla de la que después se apartaron<sup>17</sup>.

Que su origen haya estado ligado a la defensa de sus militantes, familiares y vecinos, que tuvieran que disputar el control territorial con bandas armadas ligadas al narcotráfico, el paramilitarismo y la delincuencia común, así como ser funcionales a las pretensiones de las guerrillas en las ciudades, fueron ingredientes del caldo de cultivo que llevó a que estos grupos se ligaran fuertemente con la práctica del castigo a conductas consideradas amenazantes o de personas que resultaran indeseables.

FIGURA 1.

Genealogía de grupos insurgentes en Medellín (1984-2003)



Fuente: elaboración propia.

17 Después del año 1994, cuando se desmovilizaron las MPPP, las MPVA y las MPIVA, en la ciudad se constituyeron milicias urbanas y otras estructuras político-militares del ELN y las FARC-EP, se mantuvieron los comandos 6 y 7 de noviembre hasta 1999 y surgieron los Comandos Armados del Pueblo (CAP), organización que junto a las estructuras guerrilleras perduraron hasta el 2003.

## Las prácticas de castigo en las milicias populares de Medellín

El concepto del castigo es extraordinariamente amplio y discutido. Su abordaje es generalmente parcial y encaminado hacia diversas justificaciones, pero también hacia diversas demostraciones de su fracaso o sobre su funcionalidad a fines distintos de los que se suelen declarar<sup>18</sup>.

Desde una perspectiva penitenciaria, distintas elaboraciones teóricas buscan fines justificantes para el castigo: retribuir el daño causado, atemorizar al infractor, corregirlo, promover o consolidar valores en la sociedad, atemorizarla, prevenir futuras infracciones, entre otras. En medio de esa discusión, la “corrección” de las formas del castigo adquirió desde el siglo xix un matiz justificador según su utilidad<sup>19</sup>. No obstante, la perspectiva penitenciaria ha sido objeto de interpelaciones que, más que su utilidad y justificación, apuntan a auscultar sus efectos políticos más amplios, como la teoría del poder disciplinario<sup>20</sup>, o giraron su pregunta hacia quiénes definen las conductas infractoras y las formas de perseguirlas: “De alguna manera, como lo dice Vold, se pasó de estudiar la conducta de los desviados a estudiar la conducta de quienes hacen la ley y persiguen a los delitos”<sup>21</sup>.

Pese a la discusión, se puede asumir una definición básica del castigo, comprendida en sus distintas apreciaciones. Se trata de una praxis de violencia o la amenaza de ejecutar violencia en contra de quien infringe normas que proscriben ciertos comportamientos y personas.

Dicho eso, un mejor acercamiento al castigo se da a través de su disección, es decir, de la comprensión de los elementos que lo constituyen: qué y a quién se castiga, quién castiga y cómo lo hace y el para qué se castiga. Con esa estructura se exponen a continuación las prácticas de castigo en las milicias populares de Medellín.

### ¿Qué y a quién castigaban las milicias populares?

Si existen unas normas sociales que proscriben conductas o personas, la infracción real o supuesta de esas normas y sus autores componen el

18 David Garland, *Castigo y sociedad moderna: Un estudio de teoría social* (México D. F.: Siglo xxi Editores, 2006), 34. El castigo estatal es el principal referente de estudio y análisis del castigo. No obstante, consideraciones hechas sobre el castigo de esa estatalidad son susceptibles de extenderse hacia otras organizaciones de la violencia, al menos en el contexto de conflictos armados de larga duración en que se disputa la soberanía, el dominio sobre el suelo y sus gentes.

19 Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas* (Madrid: Aguilar, 1982), 116.

20 Foucault, *Vigilar y castigar*.

21 Julio González, *Notas de criminología* (Universidad de Antioquia, inédito, 2011), 196.

primer elemento del castigo, es decir, el qué y a quién se castiga<sup>22</sup>, que, además, resulta definitorio para los aspectos posteriores (quién castiga y cómo lo hace y para qué).

En el contexto de existencia y operación de las milicias populares de Medellín, esos grupos etiquetaron conductas y personas prohibidas a partir de dos criterios generales: la conservación del control territorial ante grupos armados enemigos y la conservación de su rol ordenador y con esto su legitimidad y gobernabilidad.

En el primer sentido, las milicias populares etiquetaron como sus principales enemigos a la fuerza pública (militares y policiales), los grupos paramilitares y los combos y las bandas delincuenciales con los que disputaban el control territorial.

Para esto desplegaron acciones violentas con fines de castigo en contra de colaboradores y allegados a esas organizaciones o a sus integrantes; ser “sospechoso” por no ser conocido por los armados, ser conocido y visitar barrios vecinos y bajo control de los grupos adversarios, tener relaciones de amistad o noviazgo con integrantes de esos grupos; incluso las personas que encajaban en el estereotipo del “pillo” fueron perseguidos. Las milicias populares no solo castigaron a quienes integraban los grupos adversos y a sus allegados, sino a quienes se les parecían.

En la vía del control territorial contra los grupos enemigos, las milicias populares asumieron el principio estatal del monopolio de las armas, impidiendo la propiedad de armamento a los pobladores que no integraban sus filas. Por ejemplo, si las MPVA en la Comuna 13 “[...] se daban cuenta que usted tiene un arma en el barrio, se la tenía que entregar a ellos, ellos iban y usted le tenía que entregar su arma, usted no podía manejar las armas porque era monopolio de... era un Estado”<sup>23</sup>.

Por otro lado, sobre todo en contextos de incursión a territorios bajo dominio de combos y bandas delincuenciales, las milicias populares proscribieron la comercialización de drogas ilícitas. Las MPVA en los barrios Moravia y El Bosque<sup>24</sup> y las MPPP en el barrio Popular fueron atrabiliarias en ese sentido: “visitaban más que todo las ollas [...] ellos entraron en octubre, porque le dieron dos meses de plazo a cada jibaro para que vendiera la mercancía que tenía, o sea, hasta el 8 de diciembre, ‘y el 8

22 Al respecto, como lo sabe toda historia medianamente documentada de la penalidad, en el contexto del feudalismo se pasó de la ocurrencia de conflictos y ofensas entre individuos —y su resolución autocompositiva— a la constitución de la penalidad estatal y el secuestro del conflicto. Así emergió la infracción, esto es, la consideración de que la ofensa a las víctimas es la ofensa al poder público encarnado en la estatalidad. Francisco Campos, “Pensar el castigo: Evolución de las formas penales en Michel Foucault”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 33 (2010): 632. Así se constituyó al ofensor como infractor y como objeto de violencia castigadora.

23 Habitante de la Comuna 13 de Medellín, entrevistado por Leyder Perdomo, 10 de noviembre del 2017.

24 Al respecto, un exintegrante de ese grupo miliciano manifestó que eran castigadas aquellas personas sobre las que pesaban “supuestas percepciones de que estaban vinculados con el narcotráfico”. Exintegrante del EPL y MPVA, entrevistado por Leyder Perdomo, 16 de julio del 2017.

de diciembre, al que pillemos, cargue con las consecuencias'. Y así fue y entonces empezaron fue a reprimir a la gente"<sup>25</sup>.

En una dinámica que se hizo permanente en las zonas bajo su control, las milicias desplegaron su violencia castigadora en contra de conductas y de personas que concebían como riesgosas para su rol ordenador y, con ello, su gobernabilidad. En la persecución de estas conductas fue más clara la combinación de la fuerza con la astucia y el fraude, en clave de la legitimación que buscaron y obtuvieron los milicianos con la aplicación de la violencia.

Así, la violencia de las milicias también se dirigió contra individuos que incurrían en la comisión de hurtos, conducta que se tornaba "molesta" para las comunidades, o que ponían en entredicho el rol ordenador de los milicianos. De hecho, la acción contra ladrones de bagatela fue un cauce principal para la acción castigadora de las milicias populares: "Se castigaban los robos en el barrio [...] es que, en ese tiempo, todavía se robaban tenis, por ejemplo, o usted extendía la ropa y le robaban la ropa"<sup>26</sup>.

El abuso o la violación sexual de mujeres y niñas fue una de las conductas que las milicias populares proscribieron de manera más violenta. La simple acusación era suficiente para que —la mayoría de las veces— el castigo fuera inminente: "eran cosas que eran muy rechazadas [...] el tema de una persona que viole"<sup>27</sup>.

En clave de su legitimación, las milicias también refrendaron la moral imperante, proscribiendo conductas como el consumo de drogas, conducta atacada con recurrencia por los milicianos; aunque, con el tiempo, incluso los grupos más verticales frente al consumo de drogas prohibidas se fueron haciendo más laxos y establecieron lugares para esa actividad, siendo el castigo dirigido gradualmente hacia quienes consumían en lugares prohibidos<sup>28</sup>.

La gradualidad de la prohibición también se evidenció en el tipo de sustancia que se consumía. Fumar bazuco o la ingesta de drogas psiquiátricas fueron las más perseguidas, en supuesta correspondencia con los efectos que esas drogas generan en sus consumidores. Así mismo, en algunos casos en que las milicias permitieron la comercialización de drogas

25 Líder comunitario del barrio Popular 1, entrevistado por Leyder Perdomo, 18 de noviembre del 2018.

26 Habitante de la Comuna 13 de Medellín, entrevistado por Leyder Perdomo, 10 de noviembre del 2017.

27 Habitante de la Comuna 13 de Medellín, entrevistado por Leyder Perdomo, 10 de noviembre del 2017. Las violaciones sexuales, si bien tenían una connotación criminal, también tenían un fuerte sustento moral, por la fragilidad y pureza con la que culturalmente se asocia a mujeres y niñas víctimas, y los milicianos asumieron una postura patriarcal en su "defensa" y "protección".

28 Un integrante de las MPVA afirmó al respecto: "Es falso que las milicias mataran a todo el que fumara marihuana o basuca. Nosotros les decíamos, '¡Hey, tire su vicio pero en su casa, o donde no lo vean los niños!'. Entonces ellos obedecían, pero luego los familiares venían a quejarse de que ese *man* mantenía ensorbada la casa a punta de basuca. El vicioso seguía metido en la clandestinidad de su vicio, en un sótano o en alguna casa en ruínas". Salazar, Costelo y López, *Memorias de la historia*, 54.

en las zonas bajo su influencia, proscribieron el expendio de sustancias como el bazuco y las drogas psiquiátricas.

Además, el consumo de alcohol fue perseguido cuando, a criterio de los milicianos o ante el llamado de la comunidad, se consideraba que el consumidor se salía de control y se tornaba problemático: “el borracho, el que no llevaba la platica a la casa y se la bebía [...], ahí sí se metían”<sup>29</sup>.

Los casos de violencia intrafamiliar fueron blanco de persecución; las milicias populares se entrometieron en esos conflictos, ya fuera porque descubrían su ocurrencia o por el llamado de las personas agredidas u otros testigos. Además, ante conflictos interpersonales, como riñas callejeras o enfrentamientos por deudas económicas o límites prediales, los milicianos intervinieron castigando a las personas y dictando sentencia sobre quién “tenía la razón”.

Por último, aunque no se hallaron testimonios sobre la prohibición de la homosexualidad, sí proscribían su manifestación erótico-afectiva en público, para evitar “dar mal ejemplo”. De igual manera, los milicianos hicieron uso de su poder para imponerse en conflictos en que eran parte, aludiendo actos de “irrespeto”, a partir de lo cual procedían violentamente.

En la amplitud de conductas que las milicias proscribieron se observa la salvaguarda de su propio dominio territorial, pasando por acciones que constituían delitos, hasta otras que moralmente era reprochadas, inmiscuyéndose en la vida íntima de las personas.

## **Rituales de verdad y definición de castigos**

En principio, las formas físicas o simbólicas del castigo dependen de la valoración y la gravedad que el castigador asigna a las infracciones; la violencia se dosifica a partir del criterio del sujeto castigador, lo que la criminología crítica nominó la criminalización secundaria, es decir, la aplicación de los castigos que responden a la conducta real o supuestamente transgresora<sup>30</sup>. Ese proceso se lleva a cabo según el criterio del castigador, por su necesidad de conservar su poder ante otros competidores o su legitimación ante las demás personas, fundada en la reprochabilidad que estas asignen a la acción o al sujeto infractor.

Así, antes de acometer los hechos de violencia, las milicias populares implementaron rituales de verdad y castigo, que apuntaron a desvirtuar el carácter autoritario de sus decisiones y legitimarse dando lugar a las “denuncias” de los pobladores.

29 Líder Comunitario del barrio Popular 1, entrevistado por Leyder Perdomo, 18 de noviembre del 2018.

30 Emiro Sandoval Huertas, *Sistema penal y criminología crítica* (Bogotá: Editorial Temis, 1985), 69.

En ese sentido, el accionar de las milicias emuló al Estado, secuestrando los conflictos para hacerse representantes de la parte ofendida y obrar autoproclamándose como abanderados de los intereses de las comunidades, lo que en ocasiones fue correspondido con paroxismo por personas de las comunidades. Así lo graficó un líder miliciano: “Un día llegó una señora y me dijo, ‘¡Mire, Pablo, mi hijo entró drogado, me golpeó a mí y a los otros niños y destruyó las pocas cosas de la casa! Haga lo que crea conveniente’”<sup>31</sup>.

En ocasiones, las milicias adquirieron una dinámica plebiscitaria para definir los castigos, llevando a cabo asambleas barriales para tratar problemas comunitarios, eventos que eran escenarios de queja, acusación y reclamo de su intervención violenta. Un testigo de una de esas asambleas en el barrio Villa del Socorro lo relató así:

La cancha, todo el mundo en la cancha. Para ese día se preparó la cancha, que la barrieran, la arreglaran. Y nos citaban a todos. Yo tenía una escuela de liderazgo allá, también me convocan y hacen la asamblea. Y entonces la palabra de la gente, y empiezan los vecinos, las señoras, a pedir que mataran a los viciosos, porque se robaban los bombillos para poder fumar [...] Y nosotros todos dizque “¡ay, jueputa, llegó el fascismo, el fascismo popular, hecho desde la gente”. Y estos hijueputas acataban, por legitimarse, una barbaridad<sup>32</sup>.

Las milicias populares también trenzaron relaciones securitarias con sectores de las comunidades. Particularmente, los comerciantes y transportadores hicieron migas con los milicianos para demandar su intervención ante supuestos ladrones, deudores o extorsionistas, a cambio del pago de sumas de dinero que las organizaciones armadas usaron para su sostenimiento.

Por otro lado, en los rituales para obtener la verdad y decidir los castigos, las milicias populares emularon aspectos de la ritualidad judicial legal, antes de proceder a implementar la violencia:

Entonces a usted llegaban en el barrio y le decían: “vea a usted lo necesitan tal día para una reunión, usted tiene que ir”. Ya la gente sabía en qué sitio estaban, cuando usted iba, en ese sitio estaban sentados varios milicianos y comenzaba una especie de juicio en que le exponían a la persona el problema que había tenido. Por lo general, todo el mundo hacía un compromiso,

31 Salazar, Costelo y López, *Memorias de la historia*, 54.

32 Militante de izquierda entre los años setenta y ochenta, entrevistado por Leyder Perdomo, 16 de mayo del 2019.

o a algunos, si reincidían, muchas veces les iba mal, otros simplemente corregían las cosas y seguía todo de la misma manera<sup>33</sup>.

Cuando se trataba de comportamientos que las organizaciones milicianas consideraban de menor gravedad, el procedimiento para definir el castigo era gradual y de manera ascendente, existiendo una suerte de instancias, consistentes en llamados de atención, que se intensificaban ante una nueva agresión: en los dos primeros llamados de atención, los “consejos”, las amenazas y las golpizas formaban un coctel de agresiones, en el tercero se tomaba la determinación de eliminar de manera letal o no letal al infractor.

La violencia miliciana con fines de castigo también se desarrolló sin fórmula de juicio, en contra de personas que supuestamente habían recibido “los tres llamados de atención”, en contra de personas que habían sido expulsadas del territorio y regresaban sin autorización o quienes incurrieran en conductas de mayor reprochabilidad en la codificación miliciana: “violaciones, eso sí implicaba la muerte, eso era sin fórmula de juicio; pero esa acusación terminaba siendo utilizada a veces. Digamos, el que quiere deshacerse del otro hace una falsa denuncia”<sup>34</sup>.

Esas situaciones dieron lugar a la instrumentalización de la violencia con fines de castigo, para saldar asuntos particulares de los milicianos. En ocasiones los integrantes de las milicias populares acusaron falazmente a las personas de cometer infracciones o recibieron quejas también mentirosas de parte de personas civiles, tras lo que los señalados fueron castigados.

De esta manera, las milicias populares incursionaron en algunos rituales para juzgar la culpabilidad de personas señaladas como infractoras, así como para decidir qué castigo imponer en su contra. Esos procedimientos emularon algunos aspectos de los procedimientos judiciales legales, tras los que el criterio de los milicianos a cargo se imponía, así como también, en algunos casos, se imponía el criterio de la población “denunciante”.

## Modalidades de castigo

Las modalidades del castigo de las milicias populares se correspondieron con el criterio de los insurgentes, así como las demandas de violencia de personas o sectores de la población civil. Como resultado, en los territorios de influencia miliciana se definió el proceso gradual y ascendente de castigos contra las personas señaladas como infractoras, siguiendo el siguiente orden: “llamados de atención”, que consistían en amenazas,

33 Habitante de la Comuna 13 de Medellín, entrevistado por Leyder Perdomo, 10 de noviembre del 2017.

34 Exfuncionario de la Consejería Presidencial para Medellín, entrevistado por Leyder Perdomo, 7 de junio del 2018.

“pelas”, que eran lesiones personales o modalidades de tortura, “expulsiones” o “destierros”, que constituyeron desplazamientos forzados, y “ajusticiamientos”, consistentes en asesinatos.

Esas modalidades de violencia se llevaron a cabo según la gravedad asignada a las conductas prohibidas, lo que, su vez, incidió en el uso de algunos mecanismos que tuvieron mayor o menor visibilidad, de acuerdo con la pretensión que tuvieron los castigadores de incidir en la población y grupos enemigos o con el ánimo de sostener su dominio de la manera menos notoria posible. La manera en que lo hacían las MPPP con los consumidores de drogas es elocuente:

Le llamaban la atención, y si a la segunda no hacía caso, lo calentaban. No lo mataban, sino que le metían una pela: “hermano, ¿sabe qué?, si usted nunca puede dejar ese vicio, entonces nos desocupa la zona”. Primero que todo, le explicaban el por qué no debían utilizar eso. Problemas de salud que les generaba y todo eso. Y si ya la persona no hacía caso, le decían: “si usted no puede dejar ese vicio, nos abandona la zona porque no queremos que nos contamine más a la gente aquí con eso”<sup>35</sup>.

El castigo más recurrente de las milicias populares fueron los “llamados de atención”, que eran usados para prevenir conductas que no representaban mayor riesgo para su dominio territorial, pero cuya proliferación podría poner en entredicho el rol ordenador que habían autoproclamado o que les había sido asignado por las comunidades: la comisión, por primera o segunda vez, de comercialización de drogas prohibidas, hurtos, consumo de drogas, hechos de violencia intrafamiliar, comportamientos homosexuales en público y la “falta de respeto” con los milicianos, fueron conductas a las que estos respondieron con “llamados de atención”.

En esa medida, las milicias populares implementaron el procedimiento de “las tres oportunidades” o “los tres llamados de atención”, número de ocasiones en que fueron soportadas las faltas leves; no obstante, en la lógica escalar, el segundo se tornaba más violento y podía venir acompañado de otro tipo de agresión<sup>36</sup>.

Con el mismo paternalismo violento, las milicias populares adoptaron como castigo la perpetración de “pelas”, nombre que en Antioquia se da a los castigos físicos que los padres proporcionan a sus hijos, pero que devenían en distintos tipos de agresiones físicas y psicológicas. En el caso de las milicias, esos castigos consistieron en golpizas propinadas con

35 Líder comunitario del barrio Las Independencias, Comuna 13 de Medellín, entrevistado por Leyder Perdomo, 25 de julio del 2017.

36 Aunque esa modalidad de agresión fue nombrada con un tono paternalista —“llamados de atención”—, la organización y disposición de medios para la violencia en manos de los milicianos conllevaron a que, aunque no lo quisieran así, sus reprimendas constituyeron amenazas que generaban miedo en los increpados.

correas, palos, tablas, patadas y puños en contra de personas señaladas de cometer hurtos, consumo de drogas y violencia intrafamiliar por segunda vez, así como contra aquellos que “irrespetaban” a los milicianos o incurrían en comportamientos homosexuales en la calle.

Además de las “pelas”, los milicianos incurrieron en otro tipo de agresiones contra los infractores. Amarrar a las personas, golpearlas en ese estado de indefensión y/o amenazarlas con castigos peores para generar escarnio en los infractores y las demás personas:

Yo me acuerdo mucho de una mujer que llegó a un lugar y dijo, “comandante, es que mi marido quiere incendiar la casa, está borracho, entonces vayan por él”. Cuatro manes, “quieto, amárrenlo ahí”, “échenle gasolina”... y empezaban a jugar con él..., “¿vas a incendiar la casa, hijueputa?”. Y así lo tuvieron dos días... y el tipo no volvió a prender un fósforo en su vida [...] eran eso, como acciones aleccionadoras así [...]. El peladito que no iba al colegio, lo cogían, lo amarraban medio día, “¿y entonces cómo no iba a volver al colegio?”<sup>37</sup>.

En la escala ascendente de los castigos propinados por las milicias populares, las “expulsiones” o los “destierros” fueron las siguientes modalidades de agresión castigadora. Se trató de una suerte de eliminación no letal de las personas agredidas, con la que se aisló a quienes representaban un peligro para su dominio territorial, generaban una imagen de desorden o ausencia de autoridad o eran señaladas como “dañosas” para la comunidad. En consecuencia, las “expulsiones” o los “destierros” fueron maneras no letales de ejercer “limpieza social” o propinarles bajas a supuestos enemigos.

Con esa modalidad fueron castigadas personas que pertenecían a la fuerza pública y aquellas sospechosas de adelantar labores de inteligencia; supuestos colaboradores o quienes tenían amistad con agentes estatales o integrantes de grupos paramilitares que no habitaban el territorio o con combos y bandas con los que había enemistad; quienes reincidían en la comisión de hurtos o en el consumo de drogas prohibidas o en lugares prohibidos; así como quienes no atendían la prohibición de comercializar drogas prohibidas en las zonas de influencia miliciana.

La “expulsión” de personas supuestamente infractoras, en ocasiones, fue un medio para evitar hechos de sangre, mantener el orden impuesto sin “excederse” en el uso de la violencia y/o abrogarse un sentido “piadoso” en la definición y ejecución del castigo. Así mismo se trató, en algunos casos, de un trato diferencial a infractores que tenían relaciones cercanas con las milicias o por solicitud de quien tenía ese tipo de

37 Militante de izquierda entre los años setenta y ochenta, entrevistado por Leyder Perdomo, 16 de mayo del 2019.

cercanías. En ese sentido, la sentencia de los castigadores solía ser “váyase para no matarlo”<sup>38</sup>.

Al ser un medio no letal de eliminación, las “expulsiones” o los “destierros” tuvieron en la escala de castigos de las milicias populares un lugar reconocido de mayor gravedad, por lo que fueron utilizados con recurrencia como castigo último y definitivo tras “llamados de atención” y “pelas”.

En el escalamiento de los castigos de las milicias populares, el “ajusticiamiento” —consistente de manera llana en un asesinato— fue la modalidad violenta más grave para quienes supuesta o realmente infringían las normas impuestas bajo el régimen de esos grupos.

De esa manera castigaron a personas señaladas de pertenecer, colaborar o tener amistad con integrantes de la fuerza pública ajenos al territorio, integrantes de grupos paramilitares y/o combos y bandas delincuenciales enemigas; personas señaladas de cometer violaciones; personas reincidentes en la supuesta comisión de hurtos, consumo de drogas prohibidas o en lugares prohibidos y comercializadores de drogas prohibidas que no acataban la prohibición de acabar con ese negocio.

TABLA I.  
Síntesis de las prácticas de castigo de las milicias populares de Medellín

| Fin de la acción              | Conductas y personas castigadas                                             | Rituales de verdad y definición de castigo                                        | Castigo impuesto                                          |
|-------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------|
| Orden y legitimidad miliciana | Hurtos                                                                      | Asambleas populares o denuncias, descargos y nueva oportunidad (hasta tres veces) | Llamados de atención, pela, expulsión y/o ajusticiamiento |
|                               | Consumo no autorizado de drogas (drogas prohibidas o en lugares prohibidos) | Asambleas populares o denuncias, descargos y nueva oportunidad (hasta tres veces) | Llamados de atención, pela, expulsión y/o asesinato       |
|                               | Consumo problemático de licor                                               | Denuncias, descargos y nueva oportunidad (hasta tres veces)                       | Llamados de atención, pela, expulsión y/o asesinato       |
|                               | Violencia intrafamiliar                                                     | Denuncias, descargos y nueva oportunidad (hasta tres veces)                       | Llamados de atención, pela, expulsión y/o asesinato       |

(continúa)

38 Líder comunitario del barrio Popular I, entrevistado por Leyder Perdomo, 18 de noviembre del 2018. En consecuencia, aunque era un castigo excepcional por las duras consecuencias contra las personas señaladas de cometer ese tipo de hechos, también existía la posibilidad de que la expulsión fuera un castigo en contra de supuestos violadores.

| Fin de la acción                    | Conductas y personas castigadas                            | Rituales de verdad y definición de castigo       | Castigo impuesto                                          |
|-------------------------------------|------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------|
|                                     | Conflictos interpersonales por límites de predios o deudas | Denuncias y descargos                            | Llamados de atención y pela                               |
|                                     | Riñas callejeras                                           | Descargos y nueva oportunidad (hasta tres veces) | Llamados de atención, pela y expulsión                    |
|                                     | Expresiones erótico afectivas de personas homosexuales     | Denuncia y acción inmediata                      | Llamados de atención, pela y expulsión                    |
|                                     | Falta de respeto con los milicianos                        | Acción inmediata                                 | Llamados de atención y pela                               |
|                                     | Violencia sexual                                           | Denuncia y acción inmediata                      | Pela y ajusticiamiento                                    |
|                                     | Desobedecer la expulsión y/o retornar                      | Denuncia y acción inmediata                      | Pela y ajusticiamiento                                    |
|                                     | Comercialización de drogas prohibidas                      | Descargos y nueva oportunidad (una vez)          | Pela, expulsión y/o asesinato                             |
| Control territorial de las milicias | Colaboradores, allegados y familiares de grupos enemigos   | Acción inmediata                                 | Expulsión y/o asesinato                                   |
|                                     | Desconocidos y personas con “apariencia de pillos”         | Descargos                                        | Pela, expulsión y/o asesinato                             |
|                                     | Visitar zonas de control enemigo                           | Descargos y nueva oportunidad (una vez)          | Llamados de atención, expulsión y/o ajusticiamiento       |
|                                     | Porte no autorizado de armas                               | Descargos y nueva oportunidad (una vez)          | Llamados de atención, pela, expulsión y/o ajusticiamiento |
|                                     | Comercialización prohibida de drogas                       | Descargos y nueva oportunidad (una vez)          | Pela, expulsión y/o asesinato                             |

Fuente: elaboración propia.

## El castigo: la aplicación de dolor como artefacto político y social de las milicias populares

Tal vez la pregunta más importante en torno del castigo es para qué se castiga. Al tratarse de un sistema informal de castigos no existió una codificación escrita que así lo definiera. Sin embargo, a partir de los testimonios recogidos y el análisis de qué o a quién se castigaba, los rituales de verdad y definición de castigos y las modalidades diferenciadamente implementadas es posible abstraer que los milicianos actuaron bajo la

consideración general que ha acompañado al poder punitivo estatal: la prevención general y la prevención especial, en sus sentidos positivos y negativos, que siempre apuntan hacia el castigo de conductas infractoras para impedir futuras transgresiones.

En ese sentido, el castigo fue un artefacto político de las milicias populares (como lo es de otros grupos armados), por medio del cual generaron una suerte de penitenciarismo referido a los mecanismos usados para la violencia castigadora y su mayor o menor exposición, con el ánimo de atemorizar o legitimarse en búsqueda de obediencia. Esto encaminado a conservar el poder: el castigo puede ser cometido para su propia salvaguarda, ante conductas, personas, poblaciones o grupos que se puedan concebir como “peligrosos”. Pero quien castiga también concibe el castigo alternativamente como un medio para su fortalecimiento a través de la legitimidad, haciendo ver o asumiendo la imagen preexistente de ciertas transgresiones o personas como “peligrosas”, ante las que el poder castigador responde presentando su acción como “remedial” o “salvadora”. De cualquier manera, el cuerpo del supuesto o real infractor se constituye en lienzo sobre el que traza su poder, y, a su vez, vehículo con el que quiere enviar un mensaje a competidores y gobernados<sup>39</sup>.

En consecuencia, el carácter inmediato del castigo (intimidar, aleccionar, promover o eliminar), incluso presente en la convicción de su operador material, tiene una implicación políticamente estratégica para el aparato que funge como gobierno, que pasa por la contención de posibles enemigos, pero, especialmente, para su propia legitimación. El castigo es un medio para generar una ilusión política para gobernar.

Sin embargo, el sentido del castigo no es solo políticamente instrumental; como dice Garland, este no tiene significado y propósito únicos, sino que es “una institución social que encarna y ‘condensa’ una serie de propósitos y un profundo significado histórico”<sup>40</sup>, es un artefacto social que se inscribe en categorías sociales, culturales e históricas más amplias<sup>41</sup>. No de otra manera se explica que las milicias populares, organizaciones con origen y proyección política revolucionarias persiguieran delitos —en el sentido legal de la expresión— y actos reprochados socialmente por la moralidad dominante. De esa manera, los insurgentes

39 De esa forma, por ejemplo, las milicias populares no propinaban la muerte de una única manera: asesinatos cometidos en frente de las personas; instalación de avisos junto a los cadáveres de las víctimas suscribiendo el hecho y tratando de justificarlo; comisión de masacres y actos de sevicia como medios de exposición e impacto, para infundir temor o para denotar desprecio por las víctimas y las conductas que se les endilgaban.

40 Garland, *Castigo y sociedad moderna*, 32.

41 Sostiene Garland que, “como ocurre con todas las esferas de la vida, posiblemente una necesidad específica exija una respuesta técnica, pero esa ‘técnica’ es moldeada por todo un proceso de producción histórica y cultural”. Garland, *Castigo y sociedad moderna*, 34.

resultaron siendo objetos de la política, manifiesta en el castigo como artefacto social.

Así pues, en su rol castigador, en los armados ilegalmente influye su correlación con sus adversarios, pero, además, su interacción con las personas civiles, que no solo fueron víctimas sino también copartícipes, señalando infractores o incidiendo directa o indirectamente en las formas de castigar. Sin que eso niegue el carácter opresivo que generalmente significa la presencia y acción de los grupos armados, esto pone en entredicho el carácter unilateral con el que se suele comprender la actuación de esos grupos, para, en cambio, evidenciar una relación diagonal que incluso desdibuja el objeto de su accionar armado, asunto que se desarrollará a continuación.

## **Territorialización y cotidianidad como cauce de acción para el castigo**

Con lo dicho hasta aquí, pese al origen y la proyección revolucionaria que supuestamente tuvieron las milicias populares, en las acciones de castigo lo que tuvo menor peso fueron sus consideraciones ideológicas de transformación radical de la sociedad, para ser más relevantes, en cambio, las valoraciones sociales instaladas y a las que se “enfrentaban”, contenidas en la legalidad del Estado y una moral social conservadora, antitética de todo discurso revolucionario.

También se ha visto que, en toda esa trama de acción violenta, la población civil tuvo un lugar, no solo como víctima de los hechos castigadores sino como su copartícipe, bien fuera señalando infractores o incidiendo directa o indirectamente en las formas de castigar, lo que desvirtúa la existencia de una relación vertical de parte de los armados, que unilateralmente impusieron su voluntad.

Y es que las búsquedas de dominio espacial de los actores de la guerra no solo recaen en zonas deshabitadas, menos aún en contextos urbanos y semiurbanos, y, por lo tanto, la disputa por hacerse al control espacial es también la disputa por quienes allí permanecen. Los pobladores también son objetivo de los guerreros en el marco de su enfrentamiento.

Soja y Sack sostienen que la interacción entre intereses, concepciones, relaciones y discursos de las personas sobre el espacio es un proceso eminentemente humano. Esa interacción humano-espacio se corresponde con la noción de territorialidad, es decir, el sentimiento de pertenencia sobre el espacio, el modo de comportamiento dentro del mismo y un control sobre un área específica<sup>42</sup>, dinámica que se da con o sin conflicto armado.

42 Clara Inés García y Clara Inés Aramburo, *Geografías de la guerra, el poder y la resistencia: Oriente y Urabá antioqueños, 1990-2008* (Bogotá: Colección Odecofi y Ediciones Antropos Ltda., 2011), 273.

En consecuencia, la territorialidad es conflictiva *per se* y más aún en tiempos de guerra, como resultado de la sumatoria de un nuevo agente sobre el espacio, que mediante la violencia dinamiza los requerimientos propios o de sectores de la población.

Así, si la territorialidad es producto de la interacción humana, no es un adjetivo inanimado del espacio sino un verbo, la construcción continua de poder y conflicto; la territorialidad se conjuga en la territorialización, es decir, la acción de apropiarse y dar sentido al espacio: “en su apropiación o abstracción de un espacio el actor ‘territorializa’ el espacio”<sup>43</sup>.

De esta manera, los sentidos militares, políticos, económicos y hasta subjetivos que los grupos armados y sus integrantes le dan al espacio se traducen en la acción de territorializarlo a través de sus propias nociones e intereses, en transacción con las de sectores de la población; en suma, en el complejo de la interacción social, nunca inanimada ni unilateral.

De esta manera, la territorialización en presencia de grupos armados abre un nuevo campo para su interrelación, que se ve determinada en el marco de la cotidianidad. En un intento definitorio, por esta se entiende “el desarrollo de la vida de los hombres en un tiempo presente [...] en un espacio determinado”. La cotidianidad tiene algunos aspectos a considerar:

1. Que implica repetición y costumbre; los sujetos comprenden lo cotidiano a partir de la regularidad de prácticas, discursos y símbolos de lo que se hace y los espacios en que se hace<sup>44</sup>.
2. Tiene expresión concreta —aunque con posibles coincidencias—, única y cambiante entre las distintas comunidades a las que pertenecen los sujetos<sup>45</sup>.
3. Tiene un ámbito más “amplio” para su ser, su historicidad o “generacidad”, en la que se enmarca la sociabilidad de la cotidianidad, de las prácticas cotidianas<sup>46</sup>.
4. Las objetivaciones genéricas en que se inserta la cotidianidad se bifurcan en el mundo de las cosas, de los usos —modos de comportamiento y pensamiento— y de los lenguajes, que sirven como transmisores sociales y que contienen las normas<sup>47</sup>.

43 Álvaro Bello, “Espacio y territorio en perspectiva antropológica: El caso de los Purhépechas de Nurió y Michoacán en México”, *Revista CUHSO* 21 (2011): 45.

44 Ayder Berrio, Marisol Grisales y Ramiro Osorio, *Violencia y subjetividad: Narrativas de la vida cotidiana* (Medellín: Universidad de Antioquia, 2011), 19.

45 *Ibid.*, 16.

46 *Ibid.*, 18.

47 *Ibid.*, 19.

Partiendo de lo anterior, Berrío, Grisales y Osorio conciben que la violencia tiene una relación de ruptura con la cotidianidad, aquella interrumpe la continuidad, es “una arritmia; lo cotidiano se modifica para hacer frente a la violencia”<sup>48</sup>.

Siendo eso cierto, tras la interrupción de la violencia incursiva, la repetición y costumbre en la presencia, acción y autoridad del operador de la violencia se hace posible porque —y hace posible que— su presencia se acompañe con las realidades cotidianas de las personas no armadas. La unilateralidad de sus acciones deja de ser constante y se definen transacciones, más aún si los operadores de la violencia y los habitantes del territorio hacen parte de una historicidad común —tal y como sucedió con las milicias populares—. En pocas palabras, por continuidad espacio-temporal, los armados y su control se hacen parte de la cotidianidad de los no armados en el territorio, lo que conlleva a ciertas variaciones en las formas de relacionarse:

1. La integración de los armados en el entramado social del territorio hace que no se trate solo de agentes externos que hablan desde “fuera”, sino de una parte constitutiva del espacio en que se encuentran; la externalidad que pudieran tener los actores se desvanece para transformarse en una forma de integración<sup>49</sup>.
2. El proceso de imbricación de los integrantes de los grupos armados también lleva a que su imagen se transforme hasta cierto punto: de una imagen vertical y unilateral muta hacia su comprensión como parte del entorno social, lo que implica su normalización, su aceptación y hasta la justificación de su presencia por las personas civiles.
3. Del miedo y el terror en los pobladores se puede pasar a la naturalización de la violencia y la pasividad ante su ocurrencia; los civiles aprenden y coparticipan en la construcción de códigos, normas, señales sobre qué es correcto y qué prohibido bajo el imperio armado, para finalmente considerarlo como *lo normal* y *lo correcto*: “vivir en, con, al lado de los asesinatos, los asesinos y los muertos, configura y reconfigura formas sumamente particulares de la subjetividad”<sup>50</sup>.

48 Berrío, Grisales y Osorio, *Violencia y subjetividad*, 20.

49 Vladimir Caraballo, “Órdenes locales, acuerdos de paz y presencia diferenciada del Estado: Negociación con las Milicias Populares de Medellín”, *Colombia Internacional*, n.º 77 (2013).

50 Vladimir Caraballo, “Experiencias políticas y órdenes locales: transformaciones del control paramilitar de la vida cotidiana en Barrancabermeja” (tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2010, 25).

La interacción teje situaciones que no se corresponden en el largo plazo ni necesariamente con el forzamiento de actores armados o no armados, sino que son producto de una historicidad reforzada por la continuidad espacio-temporal de coexistencia, en que los primeros se hacen parte de la cotidianidad de los segundos, lo que, a su vez, conlleva variaciones en sus formas de relacionarse. Así, la violencia como medio político, además de romper y generar “arritmias”, teje o refuerza elementos existentes o deseables que hacen parte del orden social y político, al menos en cuanto lo que los usos y lenguajes que se comparten logran configurar.

En esos contextos es posible hallar prácticas y sentidos para la violencia que, aunque afectan a sectores de la población y mellan sus derechos, no son necesariamente acciones unilaterales de los armados y se corresponden a tramas urdidas en el tiempo con la población. Además, es posible la combinación de mecanismos violentos y no violentos, por ejemplo, en la búsqueda real o supuesta de ideales de bienestar.

## **A modo de conclusión: la interacción entre milicias y población como cauces para el castigo**

Las milicias populares de Medellín incurrieron en un mecanismo más o menos sofisticado de persecución y castigo de personas que infringieran reglas impuestas por ellos o provenientes de la población o de alguno de sus sectores.

Al ser un artefacto social y político, la violencia con fines de castigo de los milicianos les sirvió para salvaguardar el control sobre el territorio, así como, más importante aún, para refrendar creencias normativas de la población bajo su influencia, quienes incidieron para que los milicianos atacaran comportamientos constituidos jurídico-penalmente como delitos, así como para señalar personas reprochadas por incurrir en comportamientos considerados inmorales. De esa forma, las milicias populares fueron artífices y objetos de la política.

En esa trama, la territorialización y la cotidianidad fueron factores definitorios en las formas y los sentidos que adquirió la violencia con fines de castigo implementada por las milicias populares de Medellín. En un sentido amplio, sectores de la población civil han tenido el papel de afianzar y atizar la violencia. Dado que ni las milicias ni otros grupos armados pueden imponer de plano sus intereses y pretensiones.

En consecuencia, las milicias populares fueron el medio violento mediante el cual los milicianos y personas o sectores que demandaron su intervención apuntaron a refrendar lo que en su concepción era el deber ser de la coexistencia social. Por esto no hubo cabida para personas y comportamientos concebidos culturalmente como reprochables y objeto de extirpación.

Así, no es que las milicias populares no hayan sido tan populares, que no cumplieran con el destino que quisieron y “presagiaron” los insurgentes. Por el contrario, esos grupos fueron tan populares como el contexto se los exigió; pero, a diferencia de la idealización revolucionaria, “el pueblo” no necesariamente se compone de personas a la espera de una guía que los lleve hacia su liberación, sino también de agentes sociales activos de sus propios intereses y creencias, que pueden ser tan contrarrevolucionarios como terminaron siendo las milicias.

Sin embargo, el caso de las milicias populares no es único sino icónico y tal vez fundante de una parte —muy importante— de la dinámica que tomó la violencia en Medellín desde los años ochenta. Las milicias populares fueron punto de partida y afianzamiento de unas prácticas de dominio territorial y poblacional, con los elementos de territorialización y cotidianidad que luego serían replicados y perfeccionados por otros actores armados, incluso por sus enemigos. Hasta la actualidad, combos, bandas y organizaciones paramilitares se han constituido en expresiones informales e ilegales del gobierno de la criminalidad y la inmoralidad, que han sostenido praxis punitivas muy violentas.

## Referencias

- Aguilera, Mario. *Contrapoder y justicia guerrillera*. Bogotá: Penguin Random House, 2014.
- Alcacer, Rafael. *Los fines del derecho penal: Una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2004.
- Arcos, Arleison. “Ciudadanía armada. Aportes a la interpretación de procesos de defensa y aseguramiento comunitario en Medellín: El caso de las milicias populares”. Tesis de maestría, Instituto de Estudios Políticos-Universidad de Antioquia, 2005.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas*. Madrid: Aguilar, 1982.
- Bedoya, Jairo. *La protección violenta en Colombia: El caso de Medellín desde los años noventa*. Medellín: Instituto Popular de Capacitación, 2010.
- Bello, Álvaro. “Espacio y territorio en perspectiva antropológica: El caso de los Purhépechas de Nurío y Michoacán en México”. *Revista CUHSO* 21 (2011): 41-60.
- Berrio, Ayder, Marisol Grisales y Ramiro Osorio. *Violencia y subjetividad: Narrativas de la vida cotidiana*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2011.
- Campos, Francisco. “Pensar el castigo: Evolución de las formas penales en Michel Foucault”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 33 (2010): 625-638. [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32621/1/Doxa\\_33\\_32.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32621/1/Doxa_33_32.pdf)
- Caraballo, Vladimir. “Experiencias políticas y órdenes locales: Transformaciones del control paramilitar de la vida cotidiana en Barrancabermeja”. Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2010.

- Caraballo, Vladimir. "Órdenes locales, acuerdos de paz y presencia diferenciada del Estado: Negociación con las milicias populares de Medellín". *Colombia Internacional*, n.º 77 (2013): 241-270. <http://www.scielo.org.co/pdf/rci/n77/n77a09.pdf>
- Del Águila, Rafael. "Poder, legitimidad y violencia". En *Manual de ciencia política*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar: El nacimiento de la prisión*. Bogotá: Círculo de Lectores, 1984.
- Franco, Vilma Liliana. *Orden contrainsurgente y dominación*. Bogotá: Instituto Popular de Capacitación y Siglo del Hombre Editores, 2009.
- García, Clara Inés y Clara Inés Aramburo. *Geografías de la guerra, el poder y la resistencia: Oriente y Urabá antioqueños, 1990-2008*. Bogotá: Colección Odecofi y Ediciones Antropos Ltda., 2011.
- Garland, David. *Castigo y sociedad moderna: Un estudio de teoría social*. México D. F.: Siglo XXI Editores, 2006.
- Gil, Max Yuri y Ana María Jaramillo. "Medellín en su laberinto: Criminalidad y violencia en los comienzos del siglo XXI". En *Ciudades en la encrucijada: Violencia y poder criminal en Río de Janeiro, Medellín, Bogotá y Ciudad Juárez*, compilado y editado por Ana María Jaramillo y Carlos Mario Perea, 119-184. Bogotá-Medellín: IEPRI y Corporación Región, 2014.
- González, Julio. *Notas de criminología*. Universidad de Antioquia, inédito, 2011.
- Jaramillo, Ana María. *Milicias populares en Medellín: Entre la guerra y la paz*. Medellín: Corporación Región.
- Larrauri, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. México D. F.: Siglo XXI Editores, 2009.
- Londoño, Hernando. "Pluralismo punitivo y derechos humanos: El caso de la Comuna 13 de Medellín-Colombia (2000-2010)". Tesis de doctorado, Universidad Pablo de Olavide, 2013.
- Migdal, Joel. *Estados débiles, Estados fuertes*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Rosseau, Juan Jacobo. *El contrato social*. México D. F.: Universidad Autónoma de México, 1984.
- Salazar, Alonso, Néstor López y Paolo Costelo. *Memorias de la historia y el proceso de paz de las milicias populares de Medellín*. Medellín, inédito.
- Sandoval Huertas, Emiro. *Sistema penal y criminología crítica*. Bogotá: Editorial Temis, 1985.
- Téllez, Astrid. *Las milicias populares: Otra expresión de la violencia social en Colombia*. Bogotá: Rodríguez Quito Editores, 1995.
- Uribe, María Teresa. "Las palabras de la guerra". *Estudios Políticos*, n.º 25 (2004): 11-34. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudiospoliticos/article/view/1397/1457>
- Uribe, María Teresa. "Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz". *Estudios Políticos*, n.º 13 (1998): 11-37. [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/dspace/bits-tream/10495/6889/1/UribeMariaTeresa\\_1998\\_GuerraPazEstado.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/dspace/bits-tream/10495/6889/1/UribeMariaTeresa_1998_GuerraPazEstado.pdf)

# **Vigilancia y control del crimen en las ciudades latinoamericanas\***

Fernando León Tamayo Arboleda

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.617>

## Introducción

A mediados de los años setenta fue publicado *Vigilar y castigar*<sup>1</sup>, en el que Foucault analiza los cambios en la economía política del castigo para mostrar cómo, en un periodo histórico específico, los costos de prevenir el crimen a través de la implementación de diversas formas de vigilancia resultaban menos costosos —económica, política y moralmente— que recurrir a los castigos corporales. Aunque Foucault también ha analizado diferentes formas de “vigilancia” en distintos contextos —como la medicina o la sexualidad—, el análisis del cambio en la penalidad de la sociedad decimonónica fue clave para el surgimiento de un campo académico dedicado a analizar las técnicas de vigilancia y las consecuencias sociales de estas.

A pesar de que Foucault había estudiado estrategias de vigilancia en diferentes campos sociales —e incluso sus disquisiciones en *Vigilar y castigar* abarcan muchos más campos sociales que aquel del control del crimen—, la preocupación del francés por los cambios en la economía política del castigo y el sugerente análisis sobre el panóptico como un dispositivo de control social han marcado profundamente los estudios sobre el tema. Esto se debe al menos a dos cuestiones. En primer lugar, teniendo en cuenta que el autor francés se negaba —tal vez con razón— a dar definiciones estáticas de los conceptos utilizados por él para sistematizar sus análisis, la falta de una definición de vigilancia en sus textos abría un espacio para la discusión académica<sup>2</sup>.

1 Michel Foucault, *Vigilar y castigar* (México D. F.: Siglo XXI Editores, 2014).

2 Cfr. Gary T. Marx, “What’s new about the ‘new surveillance’?: Classifying for change and continuity”, *Surveillance & Society* 1, n.º 1 (2002): 9-29; Hille Koskela, “Hijackers and humble servants: Individuals as camwitnesses in contemporary controlwork”, *Theoretical Criminology* 15, n.º 3 (2011): 269-282; Alice E. Marwick, “The public Domain: Social surveillance in everyday life”, *Surveillance & Society* 9, n.º 4

En segundo lugar, la preocupación por gobernar el crimen resultaba bastante seductora para estudiar la vigilancia. El contexto en el que se fortalecieron los estudios sobre la vigilancia —Estados Unidos de los años ochenta del siglo pasado— estaba marcado por la paranoia de la Guerra Fría, con sus narrativas anticomunistas de infiltrados que debían ser identificados y neutralizados, y la consecuente necesidad de desplegar una inteligencia militar secreta para dicho propósito. Por su parte, la literatura criminológica dirigida a analizar los mecanismos de prevención del crimen pasaba, muchas veces, por cuestionarse qué formas de vigilancia podrían realizar dicho objetivo. Las teorías del control surgidas durante los años sesenta y setenta<sup>3</sup>, que han jugado un papel central en la definición de las estrategias actuales de control del crimen<sup>4</sup>, planteaban estrategias dirigidas a intentar gobernar los comportamientos de los sujetos a través de formas específicas de identificación de espacios y sujetos problemáticos, y su neutralización a través de técnicas de gestión de poblaciones. Tal vez el mejor ejemplo de lo anterior es la prevención del delito a través de la disposición de cámaras de seguridad para reducir las oportunidades de cometer delitos.

A partir de finales de los años ochenta, los estudios específicos sobre vigilancia comenzaron a fortalecerse y consolidarse en el mundo académico. Los trabajos de Marx y Lyon, entre otros<sup>5</sup>, serían fundamentales para impulsar la disciplina, que sería luego vigorizada con la aparición de revistas especializadas sobre el tema<sup>6</sup>. Los crecientes análisis sobre la vigilancia han aceptado y analizado diferentes técnicas que pueden ser desplegadas en una diversidad de contextos, pero la herencia de *Vigilar y castigar* se

---

(2012): 378-393; David Murakami Wood, "The 'surveillance society'", *European Journal of Criminology* 6, n.º 2 (2009): 179-194; Kevin T. Walby, "Institutional ethnography and surveillance studies: An outline for inquiry", *Surveillance & Society* 3, n.º 2/3 (2005): 158-172; Nicola Green y Nils Zurawski, "Surveillance and ethnography: Researching Surveillance as Everyday Life", *Surveillance & Society* 13, n.º 1 (2015): 27-43.

3 Cfr. James Q. Wilson y George L. Kelling, "Ventanas rotas: La policía y la seguridad en los barrios", *Delito y Sociedad - Revista de Ciencias Sociales* 15-16 (2001): 67-79; James Q. Wilson, "Penalties and opportunities", en *A Reader on Punishment*, editado por Antony Duff y David Garland (Nueva York: Oxford University Press, 1995), 174-209; Marcus Felson, *Crime and Everyday Life* (Thousand Oaks: Pine Forge Press, 1994); Marcus Felson y Ronald V. Clarke, "Opportunity makes the thief", *Police Research Series* 98 (1998); Susan J. Smith, "Crime and the structure of social relations", *Transactions of the Institute of British Geographers* 9, n.º 4 (1984): 427-442.

4 Lóiq Wacquant, *Las cárceles de la miseria* (Buenos Aires: Manantial, 2004).

5 Cfr. entre otros, Gary T. Marx, *Undercover: Police Surveillance in America* (Berkeley: University of California, 1988); Marx, "What's new about the 'new surveillance'"; Gary T. Marx, "An Ethics for the New Surveillance", *The Information Society* 14, n.º 3 (1998): 171-185; David Lyon, *The Electronic Eye* (Mineápolis: University of Minnesota Press, 1994); Oscar Gandy, *The Panoptic Sort: A Political Economy of Personal Information* (Boulder: Westview, 2004); Ken Laudon, *The Dossier Society* (Nueva York: Columbia University Press, 1986).

6 En el campo de las ciencias exactas existe una gran cantidad de revistas dedicadas a la vigilancia, en especial dentro de la epidemiología. En cuanto a las ciencias sociales, la publicación más relevante dedicada específicamente al tema es la revista *Surveillance & Society*. Adicionalmente, han aparecido manuales de estudios sobre la vigilancia. Cfr. Kristie Ball, Kevin Haggerty y David Lyon, *Routledge Handbook of Surveillance Studies* (Londres-Nueva York: Taylor & Francis Group, 2012).

mantiene vigente. La cuestión de encontrar una definición de vigilancia ha ocupado diversos trabajos durante las últimas cuatro décadas y, aunque los análisis del asunto se han expandido a una diversidad de campos, el problema del crimen sigue apareciendo de forma recurrente<sup>7</sup>.

En el caso latinoamericano, los análisis específicos sobre vigilancia son escasos<sup>8</sup> y están marcados también por los problemas de definición y por la relación permanente con el campo del control del crimen. Esta situación es aún más visible en Colombia, donde la vigilancia no ha sido estudiada, al menos como un problema específico. En este orden, el presente texto se ocupa de analizar los problemas existentes para estudiar la vigilancia en la región y, muy en particular, en Colombia, y las cuestiones que podrían resultar claves para —siempre en el campo del control del crimen— construir análisis específicos sobre la cuestión. Para esto, el escrito se estructura en cuatro partes. En primer lugar, se estudia el concepto de vigilancia, así como la utilidad o limitación de asumir un concepto estático para analizar el tema, y se muestran las particularidades de los estudios sobre vigilancia en Latinoamérica. En segundo lugar, a partir del caso colombiano, se resalta la relevancia de la guerra y el conflicto armado para comprender el problema de la vigilancia en el país. En tercer lugar, se analiza la importancia de las nuevas tecnologías y de las formas de gestión ligadas al neoliberalismo para entender la vigilancia en Colombia. Finalmente, se ofrecen unas conclusiones.

- 7 Cfr., entre muchos otros, Megan O'Neill y Bethan Loftus, "Policing and the surveillance of the marginal: Everyday contexts of social control", *Theoretical Criminology* 17, n.º 4 (2013): 437-454; Michael Kempa, Philip Stenning y Jennifer Wood, "Policing communal spaces: A reconfiguration of the 'mass private property' hypothesis", *British Journal of Criminology* 44 (2004): 562-581; Benjamin Goold, Ian Loader y Angelica Thumala, "Consuming security?: Tools for a sociology of security consumption", *Theoretical Criminology* 14, n.º 1 (2010): 3-30; Randy K. Lippert, "Signs of the surveillant assemblage: Privacy Regulation, Urban CCTV, and Governmentality", *Social & Legal Studies* 18, n.º 4 (2009): 505-522; Randy K. Lippert y Stefan R. Treffers, "Legal knowledges and surveillance in the condo world", *Social & Legal Studies* 25, n.º 4 (2016): 419-440; Ibrahim Alhadar y Michael McCahill, "The use of surveillance cameras in Riyadh shopping mall: Protecting profits or protecting morality?", *Theoretical Criminology* 15, n.º 3 (2011): 315-330; Libardo José Ariza y Manuel Iturralde, "Transformations of the crime control field in Colombia", en *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*, editado por Kerry Carrington, Russell Hogg, John Scott y Máximo Sozzo (Palgrave Macmillan, 2018).
- 8 Véanse Giovanni Antonio Salas Torres, "Aspectos principales del espacio urbano y la seguridad ciudadana desde la perspectiva de Bogotá", *Criminalidad* 57, n.º 2 (2015): 201-317; Marta Mourão Kanashiro, "Surveillance Cameras in Brazil: Exclusion, mobility, regulation, and the new meanings of security", *Surveillance & Society* 5, n.º 3 (2008): 270-289; Lucía Carmina Jasso López, "El rescate de espacios públicos en México: Una aproximación a la política pública de prevención situacional del delito", *Criminalidad* 61, (2019): 51-67; Rodrigo José Firmino y Elisa Trevisan, "Eye of Glass: Watching the Watchers in the Monitoring of Public Spaces in Curitiba, Brazil", *Surveillance & Society* 10, n.º 1, (2012): 28-41; Nelson Arteaga Botello, "Doing Surveillance Studies in Latin America: The insecurity context", *Surveillance & Society* 13, n.º 1 (2015): 78-90; Nelson Arteaga, "México: Internal security, surveillance and authoritarianism", *Surveillance & Society* 15, n.º 3/4 (2017): 491-495; Nelson Arteaga Botello, "Surveillance and Urban Violence in Latin America: Mega-cities, social division, security and surveillance", en *Routledge Handbook of Surveillance Studies*, editado por Kristie Ball, Kevin Haggerty y David Lyon (Londres-Nueva York: Taylor & Francis Group, 2012).

## Estudiar la vigilancia en Latinoamérica

La cultura popular occidental ha intentado de diversas maneras construir una definición de vigilancia, los alcances y problemas de ser objetivo de esta, y las características y finalidades de quienes vigilan. Por un lado, en numerosos retratos populares de la vigilancia contemporánea la cuestión parece bastante simple. En estos existe una distinción más o menos clara entre vigilantes y vigilados, en la que los primeros intentan recolectar información sobre los segundos, con un objetivo usualmente ligado a la necesidad de contener una potencial amenaza; mientras los vigilados aparecen como objetivos que, de forma principalmente inconsciente, aportan información sobre sus vidas, pensamientos y acciones futuras. Así, la vigilancia aparece representada como una forma primordialmente secreta de observación, recolección de datos y gestión de riesgos. Ejemplos de esta visión pueden encontrarse en varios libros de Robert Ludlum y Tom Clancy, y en el universo cinematográfico derivado de estos, así como en series como *The Wire* y *Homeland*, o películas como *Das Leben der Anderen* y *Enemy of the State*.

Por otro lado, también se han desplegado algunas versiones más complejas que exploran la vigilancia como un asunto mucho más intrincado. En estas representaciones, las distinciones entre vigilantes y vigilados se diluyen, la vigilancia es muchas veces intencionalmente explicitada y existe un contacto permanente con los dispositivos de vigilancia en las interacciones cotidianas. Aunque los objetivos parecen seguir siendo los mismos —esto es, gestionar los potenciales riesgos que cierto tipo de personas o comportamientos pueden representar para una sociedad—, la falta de divisiones claras entre los actores, la amplitud de las técnicas de vigilancia desplegadas y los efectos de estas en la vida cotidiana de las personas retratan una versión menos jerárquica e impositiva. Ejemplos de estas narrativas pueden encontrarse en libros como *1984* y *A Brave New World*, en series como *The Handmaid's Tale*, o en películas como *Brazil* y *Minority Report*.

Aunque la versión expuesta inicialmente —del modelo de observación jerárquico y de obtención de información claramente definido— es una parte de las formas en que se ejecuta la vigilancia en las sociedades contemporáneas, las tecnologías de vigilancia son mucho más complejas y tienen más similitudes con la segunda versión presentada. El entramado de la vigilancia contemporánea ha llevado a que los estudios académicos tengan dificultades para encontrar una definición que permita caracterizar conceptualmente el fenómeno. Como lo muestra Marx<sup>9</sup>, el concepto de vigilancia es equívoco, debido a que dentro de este se intentan incluir

9 Marx, "What's new about the 'new surveillance'".

fenómenos tan distintos como la recolección de datos biométricos, los chips de rastreo de animales, el monitoreo de las transacciones bancarias, las cámaras escondidas en los cajeros automáticos o las pruebas de alcoholemia a conductores<sup>10</sup>.

Marx cuestiona las definiciones de vigilancia ligadas a la idea de observación como parte central de esta, y aquellas que implican una clara distinción entre vigilantes y vigilados, pues no toda vigilancia implica observar —como en el caso de los chequeos obligatorios de ingreso y salida de empleados en el trabajo— y no siempre existe una distinción evidente entre los actores implicados —como sucede con las interacciones en las redes sociales—. Para el autor mencionado, estos procedimientos están atados a un modelo que él denomina “vigilancia tradicional”, que se caracteriza no solo por los factores descritos, sino también por ser más coercitiva, burdamente representada y espacialmente localizada. En su lugar propone que la “nueva vigilancia” se enfoca en la creación de datos personales a través de medios técnicos, que son mucho más extendidos, menos coercitivos, y más globales y omnipresentes<sup>11</sup>. A pesar de esto, el objetivo del autor al dar la definición anterior no parece ser crear un concepto general de vigilancia, sino ofrecer algunas pautas para distinguir diferentes formas de vigilar en la sociedad contemporánea.

Esta dificultad para definir el término vigilancia ha llevado a un grupo de autores a abandonar los intentos de crear un concepto y, en su lugar, optar por describir densamente aquellos fenómenos que podrían catalogarse como “vigilancia”<sup>12</sup>. Este enfoque logra evadir discusiones esencialistas mediante la construcción de una definición de vigilancia a partir del estudio de las interacciones cotidianas y la manera en que los sujetos perciben el asunto, para luego establecer continuidades y discontinuidades, identificar particularidades y comprender las consecuencias específicas para la vida diaria de los sujetos. Como lo señalan Green y Zurawski, la vigilancia no debería definirse como un asunto *a priori*, sino que “aquello que puede ser clasificado como ‘vigilancia’ es creado y producido en la vida cotidiana, y es localizado a través de redes sociotécnicas contextuales u organizaciones institucionales”<sup>13</sup>.

10 Walby, “Institutional ethnography and surveillance studies”; Green y Zurawski, “Surveillance and ethnography”.

11 Marx, “What’s new about the ‘new surveillance’”.

12 Cfr. Marx, “What’s new about the ‘new surveillance’”; Koskela, “Hijackers and humble servants”; Green y Zurawski, “Surveillance and ethnography”; David Lyon, “Surveillance as social sorting: Computer codes and mobile bodies”, en *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*, editado por David Lyon (Londres-Nueva York: Taylor & Francis Group, 2003).

13 El texto es una traducción libre del siguiente texto: “What may be classified as ‘surveillance’ is created and produced within social interactions in everyday life, as much as it is located by particular socio-technical networks or organizational institutions”. Green y Zurawski, “Surveillance and ethnography”, 29.

Este enfoque apunta a un asunto clave, esto es, que la definición de vigilancia debería resultar del análisis de discursos, saberes, actores, estrategias, técnicas, procesos históricos y consecuencias sociales que permiten o condicionan las formas contemporáneas de gobierno en campos específicos de la vida social. Esta es la perspectiva asumida por Foucault. A pesar de que muchas veces se ha querido reducir su concepto de vigilancia al panóptico<sup>14</sup> —para comprenderla como un sistema organizado de observación en el que los vigilantes pueden tener un mayor control sobre ciertos espacios a través del diseño arquitectónico de los mismos—, esta simplificación no hace justicia a los planteamientos del francés. En efecto, el concepto de vigilancia en Foucault no puede reducirse ni al panóptico, que ciertamente es una forma de ejercer vigilancia, ni a sus reflexiones en *Vigilar y castigar*. Para el francés, la comprensión de la vigilancia no pasa por preguntarse qué es y dónde está la misma como si fuera un fenómeno ya definido que debe ser hallado por el investigador, sino por auscultar cómo ciertas tecnologías de gobierno ponen en acción formas específicas de gestión de la población, la manera en que estas se manifiestan y sus consecuencias cotidianas. En últimas, la cuestión no es llegar a un concepto único que pueda aplicarse en todos los casos, sino describir adecuadamente aquello que se entiende por vigilancia en campos sociales específicos.

Con todo, también existen algunas limitaciones en este punto de partida. Si bien es innegable la utilidad de realizar análisis sobre campos sociales concretos para caracterizar adecuadamente la vigilancia, también es posible afirmar que en muchas ocasiones la caracterización de esta sigue dependiendo de una conceptualización previa que guía al investigador. Cuando el concepto de vigilancia se construye desde el punto de vista de los actores involucrados en un campo se puede comprender adecuadamente lo que estos entienden por vigilar. Sin embargo, cuando los propios actores utilizan el término de manera amplia y desordenada, el investigador necesita algunas guías que permitan organizar analíticamente el conocimiento obtenido. Para esto, el uso de definiciones puede ser útil, siempre y cuando estas no condicionen la interpretación de las formas específicas de vigilancia en la vida cotidiana.

Así, la definición de vigilancia es solo un punto de partida que puede modificarse en el curso de la investigación de acuerdo con las características del campo estudiado. En este orden, una definición amplia como la ofrecida por Lyon sobre la *vigilancia como un mecanismo de clasificación social*<sup>15</sup> puede ser útil para comenzar los análisis, siempre y cuando no se tome como un concepto inamovible. Para Lyon, uno de los rasgos fundamentales de la vigilancia contemporánea, y lo que puede proveer

14 Foucault, *Vigilar y castigar*.

15 Lyon, "Surveillance as social sorting".

una definición operativa para el análisis, es que el conjunto de técnicas de recolección de datos, observación, supervisión o similares tiene por objeto la gestión de riesgos a través de la clasificación de poblaciones y el despliegue de formas específicas de gobierno de acuerdo con dichas diferenciaciones.

A pesar de la utilidad de dicha conceptualización, el concepto de vigilancia con el que se aproxima la investigación debe permanecer flexible. Por ejemplo, es posible que la forma en que los padres gobiernan el hogar y las estrategias que despliegan para vigilar a los hijos puedan tener similitudes o intersecciones con las formas en que las escuelas supervisan el proceso formativo de los alumnos —y también grandes diferencias—, pero no todos los procesos de vigilancia implican una clasificación social en estos contextos. Si un padre de familia contacta telefónicamente a su hijo podría estar realizando acciones de vigilancia que no implican clasificación social, pero sí el despliegue de estrategias de gobierno basadas en la supervisión; mientras que la separación de estudiantes problemáticos sí que logra dicho cometido.

En Latinoamérica, la literatura específica sobre vigilancia es escasa<sup>16</sup> y la cuestión de la definición no ha sido central para los análisis, por lo que el punto de partida de Lyon podría ser clave para guiar los esfuerzos de realización de estudios específicos sobre el tema en la región. Teniendo en cuenta que, como argumenta Arteaga Botello, las dinámicas de vigilancia en este lugar del mundo están principalmente condicionadas por el fenómeno de la violencia<sup>17</sup>, una de las cuestiones centrales para la comprensión de las estrategias de gobierno del crimen en la región es el entendimiento de la manera en que las poblaciones son clasificadas para disminuir el crimen. Los problemas de inseguridad llevan a que, en diferentes campos sociales, la organización de los mecanismos de vigilancia tenga como finalidad disminuir o controlar los riesgos criminales.

Aunque existen formas de vigilancia que no pasan por el control del crimen, la situación específica de Latinoamérica ha hecho que esto sea un asunto bastante sensible. Por un lado, los altos índices de violencia<sup>18</sup> y la falta de consolidación de los Estados nacionales<sup>19</sup> han jugado un papel central en la configuración de técnicas de vigilancia en diferentes niveles.

16 Véanse Salas Torres, "Aspectos principales del espacio urbano"; Mourão Kanashiro, "Surveillance Cameras in Brazil"; Jasso López, "El rescate de espacios públicos en México"; Firmino y Trevisan, "Eye of Glass"; Arteaga Botello, "Doing Surveillance Studies in Latin America"; Arteaga Botello, "México"; Arteaga Botello, "Surveillance and Urban Violence in Latin America".

17 Arteaga Botello, "Doing Surveillance Studies in Latin America".

18 UN-Habitat, *The State of Latin American and Caribbean Cities 2012* (Nápoles: United Nations Human Settlements Programme).

19 María Teresa Uribe de H., "Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz", *Estudios Políticos* 13 (1998): 11-37; Fermán E. González, "¿Colapso parcial o presencia diferenciada del Estado en Colombia?", *Colombia Internacional* 58 (2013): 124-158.

Así mismo, como se ampliará, la necesidad de proteger la seguridad en los espacios de mayor circulación de capital y los intentos por garantizar el orden en los urbanos han traído consigo la expansión de diversos mecanismos de vigilancia en las ciudades. Esta expansión ha estado enmarcada en formas típicas de gobierno ligadas al ideario neoliberal y a las posibilidades que los nuevos artilugios tecnológicos ofrecen.

La comprensión de las interacciones entre vigilancia y el campo del control del crimen en Latinoamérica está, entonces, marcada por las condiciones específicas de la región, pero también por fenómenos globales ligados a la extensión de formas homogéneas de control del crimen<sup>20</sup>. Para el caso colombiano, el problema del conflicto armado interno y el impacto diferenciado del narcotráfico son elementos claves para comprender la vigilancia, como, además, lo es la llegada del neoliberalismo y su materialización a través de formas particulares de caracterización, gestión y conocimiento de la cuestión criminal.

## Conflicto y vigilancia en Colombia

Para los años setenta, la violencia vivida en el país había llevado al surgimiento de una coalición de gobierno entre los principales partidos políticos del país, conocida como el Frente Nacional. La represión de la insurgencia y la centralización de las funciones estatales en la tarea de conservar el orden público permitieron una política de seguridad que daba prioridad a la protección de la soberanía y la democracia frente a la amenaza que las guerrillas representaban para la unidad estatal. A esta preocupación se sumó unos años más tarde el despliegue realizado por el Estado central para enfrentar la criminalidad ligada al surgimiento de los carteles de la droga. Las narrativas del control de la insurrección se mezclaron cada vez más con aquellas del control del orden, al punto que el inicio de la “guerra” contra las drogas aparecía como una batalla más en el conflicto colombiano, en la que la fuerza estatal se usaba como herramienta para conjurar los problemas de orden público en la ciudad<sup>21</sup>.

El deber de enfrentar el desorden generado por la acción insurgente y la criminalidad recaía en la figura institucional del Ministerio de Defensa, que funcionaba como Ministerio de Guerra encabezado siempre por miembros del Ejército Nacional, y estaba marcado por el carácter primordialmente represivo y reactivo del sistema penal. La forma en que se construyó la doctrina de protección del Estado contra la insurgencia y en que se moldeó la guerra contra las drogas ofrecía un marco discursivo

20 Wacquant, *Las cárceles de la miseria*.

21 Ariza e Iturmalde, “Transformations of the crime control field in Colombia”.

que convertía el ejercicio de la fuerza en un elemento necesario para la conservación del orden.

En este contexto de militarización, la identificación y el seguimiento de sujetos estaba centrado en la lucha contra los enemigos del Estado. Los ciudadanos eran objeto de las acciones de seguimiento, identificación y captura en aquellos eventos en los cuales se sospechaba de su participación en acciones ilícitas ligadas a las acciones subversivas o al negocio de las drogas<sup>22</sup>. La forma principal de vigilancia era la inteligencia militar. Tanto los organismos del Estado como los grupos insurgentes desplegaban mecanismos de identificación de personas, para gestionarlas a través de las herramientas disponibles y según sus objetivos definidos. La vigilancia era una estrategia en la guerra para identificar y gestionar a los aliados, y reprimir o aniquilar a los enemigos<sup>23</sup>.

El surgimiento de la inteligencia militar se remonta al Decreto 2872 de 1953, que crea el Servicio Colombiano de Inteligencia, el cual se dirigía a “velar por la tranquilidad pública previniendo o evitando la perpetración de hechos delictuosos”. Sin embargo, la institución estatal que sería la abanderada de las formas de vigilancia desplegadas en el marco del conflicto con la subversión y la guerra contra el narcotráfico sería el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), creado a través del Decreto 1717 de 1960, que sustituyó al Servicio Colombiano de Inteligencia. Las obligaciones iniciales de dicho departamento eran las de auxiliar las investigaciones penales, cooperar en la preservación del orden público y llevar el registro de extranjeros en el territorio nacional. Sin embargo, en vigencia de la Constitución de 1991, estas funciones serían ampliadas para convertir al DAS en una institución estratégica de la vigilancia estatal. El Decreto 218 del 2000 afirmaba que el DAS era una entidad dirigida a “la formulación y adopción de políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo. En desarrollo de sus objetivos el Departamento Administrativo de Seguridad producirá la Inteligencia que requiere el Estado, como instrumento de gobierno para la toma de decisiones y la formulación de políticas relacionadas con la seguridad interior y exterior del Estado”.

A pesar de que el DAS sería suprimido a través del Decreto 4057 del 2011, luego de los escándalos de interceptaciones ilegales en el país

22 Dennis Rempe M., “The Origin of Internal Security in Colombia: Part I-A CIA Special Team Surveys *La Violencia*, 1959-60”, *Small Wars & Insurgencies* 10, n.º 3 (1999): 24-61; Manuel Iturralde, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción* (Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, (2010): 83-84; Edgar de Jesús Velásquez Rivera, “Historia del paramilitarismo en Colombia”, *Historia* 26, n.º 1 (2007): 134-153.

23 Mario Aguilera Peña, “Guerra, insurgencia y prácticas judiciales”, en *Violencia y estrategias colectivas en la región andina: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela*, editado por Gonzalo Sánchez y Eric Lair (Bogotá: Norma-Institut Français d'études Andines, 2004).

conducidas por funcionarios de la entidad<sup>24</sup>, la inteligencia militar pasaría a manos de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), cuyas funciones y objetivos son los mismos. Como lo muestra la agencia Privacy International, en razón del conflicto armado y la lucha contra las drogas se construyó en Colombia un *Estado en la sombra*<sup>25</sup>. La preocupación por identificar aliados y enemigos por parte del Estado derivó en la construcción de una compleja red de vigilancia, de la que forman parte organismos específicos como el DAS o la DNI, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, la comandancia de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, y los organismos de investigación de cada una de estas entidades, encargados de recoger y procesar datos dirigidos a la prevención y represión de conductas criminales.

Además de los dispositivos estatales de vigilancia dirigidos a identificar y gestionar a los guerrilleros y narcotraficantes, los propios grupos al margen de la ley estructuraron mecanismos de identificación y vigilancia en los espacios controlados o disputados por ellos. Como lo muestra Arteaga Botello<sup>26</sup> existen diversas formas de vigilancia que se ponen en acción por partes de grupos al margen de la ley con el fin de gestionar sus propios intereses. Estas técnicas implican diferentes formas de identificación y gestión de poblaciones. En el caso colombiano, esto ha sido evidente en las formas de gobierno implementadas por los grupos subversivos y paramilitares, que pasan por la identificación, aniquilación, desplazamiento y control de poblaciones en los territorios que controlan.

## Neoliberalismo, seguridad y vigilancia

Durante los años noventa, los intentos estatales de gobernar el conflicto armado a través de la fuerza e inteligencia militar fueron permeados por la necesidad de garantizar la seguridad en las ciudades. Por un lado, la preocupación del Estado central por el gobierno de la criminalidad urbana se relacionaba con la presencia del conflicto armado en los cascos urbanos, pero también con la creciente demografía de las ciudades del país, que, para los años noventa, ya albergaban tres cuartos de la población total del país<sup>27</sup>. La cuestión urbana era un asunto de creciente importancia. Por otro lado, el surgimiento de las democracias locales, de nuevas

24 “Chuzadas del DAS”, *Revista Semana*, 2008, <https://cutt.ly/ur3zuua>

25 Cfr. Privacy International, *Un Estado en la sombra: Vigilancia y orden público en Colombia* (2015).

26 Arteaga Botello, “Doing Surveillance Studies in Latin America”.

27 Cfr. DANE, *Cuadros de población total con ajuste final de cobertura por secciones del país y municipios* (Bogotá: Banco Nacional de Datos, 1989); DANE, *Estimaciones de población 1985-2005 y proyecciones de población 2005-2020* (Bogotá: DANE, 2005).

epistemologías sobre el control del crimen, de nuevos mecanismos de gestión financiera de las autoridades estatales y locales, y la preocupación por asegurar los espacios urbanos de circulación de capital jugarían un papel central en la implementación de nuevas estrategias de vigilancia<sup>28</sup>.

La expansión de la economía de servicios en las ciudades colombianas<sup>29</sup> trajo consigo dos estrategias típicas de la economía política neoliberal, en primer lugar, la focalización en la prestación de seguridad urbana como mecanismo para el aseguramiento de la inversión, el consumo y la movilidad de ciudadanos nacionales y globales<sup>30</sup>. En segundo lugar, dicha protección del capital en los enclaves urbanos se unía con la fuerte presión demográfica a la que estaban sometidas las ciudades del país para configurar la lucha por el acceso al espacio urbano. En este ámbito, la gentrificación de diversas zonas de la ciudad a través del uso de proyectos inmobiliarios y el comercio de alto nivel estaría acompañado, además, por diversas intervenciones arquitectónicas en el espacio público.

Aunque las técnicas ligadas al conflicto han permanecido<sup>31</sup>, la focalización del control de la criminalidad urbana implicaba una nueva economía de las técnicas de vigilancia en el país, en las que la aparición de organismos privados y técnicas de autovigilancia tomaban un papel central, suplantando —o mejor, complementando— la vigilancia de arriba hacia abajo que ejercía el Estado para gobernar a los individuos en medio del conflicto. La participación de los privados de forma colectiva o individual implicó para el Estado y para los privados el despliegue conjunto de una tecnología de gobierno dirigida a vigilar activamente, pero también a construir las condiciones necesarias para fomentar técnicas de autogestión de la vida cotidiana.

Por un lado, la manutención del orden en las ciudades a través de la creación de formas de autovigilancia depende de la constitución de espacios claramente diferenciables, con el fin de controlar el tipo de acciones permitidas y no permitidas en estos. La zonificación visual de la ciudad ha sido realizada a través de labores de limpieza y reconstrucción de los lugares públicos, que permite distinguir los espacios seguros de los inseguros, así como con el despliegue de fuerzas policiales y la inclusión de cámaras de seguridad. La acción policial se concentra en garantizar el cumplimiento de las normas que sancionan comportamientos que ensucian el espacio urbano o generan molestia para la convivencia. Arrojar basura a la calle, la disposición incorrecta de escombros y materiales de construcción,

28 Cfr. Fernando León Tamayo Arboleda, *Del Estado al parque: El gobierno del crimen en las ciudades contemporáneas* (Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre, 2021).

29 Jorge Romero Novoa, "Transformación urbana de la ciudad de Bogotá, 1990-2010: Efecto espacial de la liberalización del comercio", *Perspectiva Geográfica* 15 (2010): 85-112.

30 Cfr. Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida* (México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2015).

31 Cfr. Privacy International, *Un Estado en la sombra*.

los grafitis, orinar en espacios públicos, la emisión de ruido por encima de los decibeles permitidos, entre otras, hacen parte de las acciones que se prohíben en el Código de Policía expedido a través de la Ley 1801 del 2016. Dicho código se preocupó por dotar a la Policía Nacional de mecanismos para controlar el espacio público por medio de fórmulas generales como “ocupar el espacio público con violación a las normas vigentes”, “ensuciar, dañar o hacer mal uso de los bienes fiscales de uso público” o “portar sustancias prohibidas en el espacio público”, cuya indeterminación permite la acción discrecional de la Policía.

La concepción de la presencia policial en los espacios públicos como una de las principales soluciones al problema del crimen<sup>32</sup> convirtió a las fuerzas estatales en parte fundamental de la escenificación del orden en estos lugares, y factor central para definir lo que se podía o no hacer dentro los diferentes espacios de la ciudad. Las técnicas de gobierno enfocadas en la limpieza física y la eliminación de comportamientos —y sujetos— incivilizados, la atención focalizada de los espacios de acuerdo con las necesidades de cada zona y la implementación de sistemas de información que permitieran prevenir y reaccionar de forma adecuada al desorden eran complementadas con el poder coactivo de las fuerzas policiales.

El interés de los gobiernos estatal y locales por aumentar las cámaras de seguridad<sup>33</sup>, y la posibilidad que el Código de Policía daba para articular la vigilancia conducida por cámaras privadas a un sistema público que comprendiera todos los dispositivos digitales en acción, permitió expandir la red de supervisión visual del espacio urbano. Así, se asegura no solo la inspección permanente de las personas que transitan por los diferentes espacios urbanos, sino que se despliega un sistema de control disciplinar que busca garantizar que las personas autogestionen su propia seguridad y sus comportamientos en el espacio urbano. Los ciudadanos no solo deben comportarse acorde con el espacio que ocupan, sino que deben identificar adecuadamente qué puede o no hacerse dentro de estos para establecer sus propias estrategias de autocuidado frente al crimen en la ciudad.

Este despliegue de vigilancia cartográfica está concentrado en asegurar espacios de alta circulación de personas, provisión de productos

32 Las encuestas de percepción se concentran en gran parte en la acción de la Policía Nacional. De los cinco primeros criterios que la gente identifica como mecanismos que pueden mejorar la seguridad, tres de ellos se refieren a la fuerza policial: la disminución de la corrupción policial (29%), el aumento del pie de fuerza (12%) y la capacitación policial (8%) (la primera causa es, como se mencionó anteriormente, el fortalecimiento de las penas y el mayor uso de la cárcel). Así mismo, mientras la ciudadanía se centra en la Policía como criterio para mejorar la seguridad, identifica de manera positiva la implementación de la política de cuadrantes, manifestando no solo una mejor percepción de la acción policial por parte de aquellos que tuvieron contacto con la Policía, sino que, además, el 70% de las personas creen que la presencia policial fue definitiva para solucionar problemas en la ciudad. Cfr. Cámara de Comercio de Bogotá, *Encuesta de percepción y victimización* (Bogotá: Cámara de Comercio, 2016).

33 Jaime Flórez Suárez, “Policía de Bogotá: Rezagada en tecnología”, *El Espectador*, 14 de enero del 2016, <https://cutt.ly/r3bcnr>

y servicios de alto nivel o residencias de las clases más favorecidas. Como puede verse en las cifras de la ciudad de Bogotá para el año 2014, las cámaras de seguridad privilegian los barrios de élite (Chapinero, Barrios Unidos, Teusaquillo, Suba y Usaquén), en los cuales hay 291 cámaras instaladas, y el centro de la ciudad (Antonio Nariño, Candelaria, Mártires y Santa Fe), donde hay 178 cámaras instaladas<sup>34</sup>, esto muestra las zonas donde la estética del orden esta reforzada a partir de la vigilancia; mientras que las localidades de Bosa, Engativá, Fontibón y Kennedy, que alojan más de dos millones de habitantes<sup>35</sup>, cuentan apenas con siete cámaras en operación<sup>36</sup>.

Esta distribución inequitativa de la vigilancia puede verse claramente en que los recursos se concentran en el centro de la ciudad, la Carrera Séptima y sus alrededores, y la Avenida Caracas y sus alrededores. Para el 2018, el número de cámaras en la ciudad había sido triplicado, pero la focalización de los sectores vigilados seguía siendo la misma, aunque ahora cubre también sectores específicos, como aquellos aledaños al máximo escenario deportivo de la ciudad —Estadio El Campín—, o dentro del —y espacios conectados con el— sistema masivo de transporte (Transmilenio)<sup>37</sup>. Aunque las cámaras de vigilancia no sustituyen la presencia policial, sí sirven como mecanismo para brindar tranquilidad<sup>38</sup> e invitar a los ciudadanos a asumir la ética del uso y disfrute del espacio urbano. Las cámaras, además de la vigilancia específica realizada por los operarios públicos o privados de turno, son herramientas para informar al ciudadano sobre el estado de la seguridad en la ciudad, y para disciplinarlo de acuerdo con las necesidades de los espacios que se ocupan. La amenaza permanente de ser observado es no solo una estrategia para brindar sosiego a la ciudadanía, sino una garantía de que quienes usen ciertos espacios urbanos deben aceptar ciertas formas de comportamiento consideradas admisibles.

La vigilancia de la ciudad a través de técnicas que fomentan la disminución de la participación estatal en la recolección y gestión de información y que, aún más, se enfocan en fomentar la autovigilancia como contenido del disfrute del espacio público urbano son formas de

34 Alcaldía Mayor de Bogotá, *Proyecto de Plan de Desarrollo 2016-2020* (Bogotá: Alcaldía de Bogotá, 2016), 196.

35 DANE, *Encuesta de calidad de vida Bogotá 2007* (Bogotá: DANE, 2008).

36 Alcaldía Mayor de Bogotá, *Proyecto del plan de desarrollo*, 196.

37 Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia, "Bogotá ya cuenta con más de 1 600 cámaras de vigilancia", 1.º de octubre del 2018, <https://cutt.ly/cr3xtNN>

38 Aunque según las encuestas de percepción se necesitan más cámaras de seguridad, sin mostrar en detalle los datos que llevan a estas conclusiones (cfr. Cámara de Comercio de Bogotá, *Encuesta de percepción y victimización*), las encuestas previas revelan datos que ayudan a llegar a la misma conclusión de la administración local, porque los ciudadanos identificaban que las cámaras de seguridad contribuían con la seguridad (cfr. Cámara de Comercio de Bogotá, *Encuesta de percepción y victimización: Bogotá y las localidades* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2016).

gestión de la criminalidad que constituyen nuevas relaciones cotidianas entre ciudadanos, y entre estos con la ciudad, el Estado y los privados. Sin embargo, esto no implica que las viejas técnicas punitivas de vigilancia se hayan extinguido, sino que la racionalidad militar y las técnicas de gestión enfocadas en la eficiencia de recursos y el aseguramiento de los espacios de tránsito y de aquellos destinados al consumo de alto nivel y albergue de las élites se superponen en las ciudades. A lo anterior se suma que la presencia de grupos organizados delincuenciales en los enclaves urbanos lleva a las ciudades técnicas de gestión militar de la población en ciertos espacios urbanos<sup>39</sup>.

La confluencia de la vigilancia estatal de arriba hacia abajo típica de la inteligencia militar, las estrategias neoliberales de vigilancia del espacio urbano orientadas a la privatización y la creación de mecanismos de autogestión de la vida cotidiana, y las herramientas de gestión y manejo de la población desplegadas por grupos ilegales, se integran, además, con la ubicuidad de dispositivos electrónicos que no solo recogen información, sino que permiten otro tipo de estrategias de seguridad en la vida cotidiana a través de mecanismos de vigilancia horizontal<sup>40</sup>.

## Conclusiones

Los análisis de las diferentes dimensiones de la vigilancia en el campo del control del crimen en Colombia presentan una oportunidad importante para los estudios académicos en el país. La falta de estudios específicos sobre las diferentes técnicas utilizadas para controlar el delito a través de la vigilancia son una invitación no solo a aumentar el número de investigaciones, sino a identificar las particularidades que puede tener el asunto tanto en Colombia como en Latinoamérica.

Para lograr dicho cometido he propuesto, por un lado, partir de definiciones amplias y flexibles para la realización de las investigaciones en la materia, para lo que la idea de *la vigilancia como mecanismo de clasificación social* se ofrece como un punto de partida interesante para comenzar los análisis. Por otro lado, estudiar las diferentes formas en que las estrategias de gobierno recolectan información, la organizan y la ponen en acción con el objetivo más o menos claro de reducir el crimen —o la exposición a este— pasa por abordar la manera en que los organismos estatales de nivel nacional y local, los actores ilegales y los particulares de manera colectiva o individual encuentran mecanismos para clasificar poblaciones, espacios o individuos de acuerdo con la información recolectada.

39 Arteaga Botello, "Doing Surveillance Studies in Latin America"; Austin Ziederman, *Endangered City: The Politics of Security and Risk in Bogotá* (Durham: Duke University Press, 2016).

40 Cfr. Rosalía Winocur, *Robinson Crusoe ya tiene celular* (México D. F.: Siglo XXI Editores, 2009).

Más importante que lo anterior, estudiar la vigilancia en el contexto local implica determinar el impacto que la vigilancia tiene en la vida cotidiana de los diversos actores en el campo. Las formas de gestión de la criminalidad que operan a través de estrategias que podrían ser llamadas “vigilancia” tienen, como se mostró, diversas consecuencias para la vida diaria de las personas. Según la fuente y el tipo de vigilancia las consecuencias pueden ser diversas, pero también pueden interaccionar entre estas. En el caso de la inteligencia militar, de forma similar al ejercicio de la vigilancia por parte de actores armados ilegales, las estrategias de gobierno parecen dirigirse a la identificación y gestión de aliados y enemigos, lo que en Colombia se ha manifestado de diversas formas, desde el uso del sistema penal como herramienta de guerra, hasta el desplazamiento de poblaciones. En el caso de las nuevas formas de gobierno del crimen implementadas en los enclaves urbanos pareciera que el principal efecto es disciplinar los comportamientos de los ciudadanos en la ciudad y dotarlos de herramientas para autogestionar su propia seguridad. A pesar de este diagnóstico inicial mucho camino queda por recorrer, y se espera que las categorías presentadas en el texto sirvan para organizar futuros análisis sobre el tema.

## Referencias

- Aguilera Peña, Mario. “Guerra, insurgencia y prácticas judiciales”. En *Violencia y estrategias colectivas en la región andina: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela*, editado por Gonzalo Sánchez y Eric Lair. Bogotá: Norma-Institut Français d'études Andines, 2004.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. *Proyecto de Plan de Desarrollo 2016-2020*. Bogotá: Alcaldía de Bogotá, 2016.
- Alhadar, Ibrahim y Michael McCahill. “The use of surveillance cameras in Riyadh shopping mall: Protecting profits or protecting morality?”. *Theoretical Criminology* 15, n.º 3 (2011): 315-330.
- Ariza, Libardo José y Manuel Iturralde. “Transformations of the crime control field in Colombia”. En *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*, editado por Kerry Carrington, Russell Hogg, John Scott y Máximo Sozzo. Palgrave Macmillan, 2018.
- Arteaga Botello, Nelson. “Doing Surveillance Studies in Latin America: The insecurity context”. *Surveillance & Society* 13, n.º 1 (2015): 78-90.
- Arteaga Botello, Nelson. “Surveillance and Urban Violence in Latin America: Megacities, social division, security and surveillance”. En *Routledge Handbook of Surveillance Studies*, editado por Kristie Ball, Kevin Haggerty y David Lyon. Londres-Nueva York: Taylor & Francis Group, 2012.
- Arteaga Botello, Nelson. “México: Internal security, surveillance and authoritarianism”. *Surveillance & Society* 15, n.º 3/4 (2017): 491-495.
- Ball, Kristie, Kevin Haggerty y David Lyon. *Routledge Handbook of Surveillance Studies*. Londres-Nueva York: Taylor & Francis Group, 2012.

- Bauman, Zygmunt. *Modernidad líquida*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2015.
- Cámara de Comercio de Bogotá. *Encuesta de percepción y victimización*. Bogotá: Cámara de Comercio, 2016.
- Cámara de Comercio de Bogotá. *Encuesta de percepción y victimización: Bogotá y las localidades*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2016.
- DANE. *Cuadros de población total con ajuste final de cobertura por secciones del país y municipios*. Bogotá: Banco Nacional de Datos, 1989.
- DANE. *Estimaciones de población 1985-2005 y proyecciones de población 2005-2020*. Bogotá: DANE, 2005.
- DANE. *Encuesta de calidad de vida Bogotá 2007*. Bogotá: DANE, 2008.
- Felson, Marcus. *Crime and Everyday Life*. Thousand Oaks: Pine Forge Press, 1994.
- Felson, Marcus y Ronald V. Clarke. "Opportunity makes the thief". *Police Research Series* 98 (1998).
- Firmino, Rodrigo José y Elisa Trevisan. "Eye of Glass: Watching the Watchers in the Monitoring of Public Spaces in Curitiba, Brazil". *Surveillance & Society* 10, n.º 1 (2012): 28-41.
- Flórez Suárez, Jaime. "Policía de Bogotá: rezagada en tecnología". *El Espectador*, 14 de enero del 2016. <https://cutt.ly/yr3bcnr>
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*. México D. F.: Siglo XXI Editores, 2014.
- Gandy, Oscar. *The Panoptic Sort: A Political Economy of Personal Information*. Boulder: Westview, 2004.
- González, Fernán E. "¿Colapso parcial o presencia diferenciada del Estado en Colombia?". *Colombia Internacional* 58 (2013): 124-158.
- Goold, Benjamin, Ian Loader y Angelica Thumala. "Consuming security?: Tools for a sociology of security consumption". *Theoretical Criminology* 14, n.º 1 (2010): 3-30.
- Green, Nicola y Nils Zurawski. "Surveillance and Ethnography: Researching Surveillance as Everyday Life". *Surveillance & Society* 13, n.º 1 (2015): 27-43.
- Iturralde, Manuel. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2010.
- Jasso López, Lucía Carmina. "El rescate de espacios públicos en México: Una aproximación a la política pública de prevención situacional del delito". *Criminalidad* 61, (2019): 51-67.
- Kempa, Michael, Philip Stenning y Jennifer Wood. "Policing communal spaces: A re-configuration of the 'mass private property' hypothesis". *British Journal of Criminology* 44 (2004): 562-581.
- Koskela, Hille. "Hijackers and humble servants: Individuals as camwitnesses in contemporary controlwork". *Theoretical criminology* 15, n.º 3 (2011): 269-282.
- Laudon, Ken. *The Dossier Society*. Nueva York: Columbia University Press, 1986.
- Lippert, Randy K. y Stefan R. Treffers. "Legal knowledges and surveillance in the condo world". *Social & Legal Studies* 25, n.º 4 (2016): 419-440.
- Lippert, Randy K. "Signs of the surveillant assemblage: Privacy Regulation, Urban CCTV, and Governmentality". *Social & Legal Studies* 18, n.º 4 (2009): 505-522.

- Lyon, David. "Surveillance as social sorting: Computer codes and mobile bodies". En *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*, editado por David Lyon. Londres-Nueva York: Taylor & Francis Group, 2003.
- Lyon, David. *The Electronic Eye*. Mineápolis: University of Minnesota Press, 1994.
- Marwick, Alice E. "The public domain: Social surveillance in everyday life". *Surveillance & Society* 9, n.º 4 (2012): 378-393.
- Marx, Gary T. "An Ethics for the New Surveillance". *The Information Society* 14, n.º 3 (1998): 171-185.
- Marx, Gary T. *Undercover: Police Surveillance in America*. Berkeley: University of California Press, 1988.
- Marx, Gary T. "What's new about the 'new surveillance'?": Classifying for change and continuity". *Surveillance & Society* 1, n.º 1 (2002): 9-29.
- Mourão Kanashiro, Marta. "Surveillance Cameras in Brazil: Exclusion, mobility, regulation, and the new meanings of security". *Surveillance & Society* 5, n.º 3 (2008): 270-289.
- Murakami Wood, David. "The 'surveillance society'". *European Journal of Criminology* 6, n.º 2 (2009): 179-194.
- O'Neill, Megan y Bethan Loftus. "Policing and the surveillance of the marginal: Everyday contexts of social control". *Theoretical Criminology* 17, n.º 4 (2013): 437-454.
- Privacy International. *Un Estado en la sombra: Vigilancia y orden público en Colombia*. Privacy International, 2015.
- Rempe M., Dennis. "The Origin of Internal Security in Colombia: Part I-A CIA Special Team Surveys La Violencia, 1959-60". *Small Wars & Insurgencies* 10, n.º 3 (1999): 24-61.
- Romero Novoa, Jorge. "Transformación urbana de la ciudad de Bogotá, 1990-2010: efecto espacial de la liberalización del comercio". *Perspectiva Geográfica* 15 (2010): 85-112.
- Salas Torres, Giovanni Antonio. "Aspectos principales del espacio urbano y la seguridad ciudadana desde la perspectiva de Bogotá". *Criminalidad* 57, n.º 2 (2015): 201-317.
- Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia. "Bogotá ya cuenta con más de 1.600 camas de vigilancia". *Secretaría Distrital de Seguridad Convivencia y Justicia*, 1.º de octubre del 2018. <https://cutt.ly/cr3xtNN>
- Semana. "Chuzadas del DAS". *Revista Semana*, 2008. <https://cutt.ly/ur3zuua>
- Smith, Susan J. "Crime and the structure of social relations". *Transactions of the Institute of British Geographers* 9, n.º 4 (1984): 427-442.
- Tamayo Arboleda, Fernando León. *Del Estado al parque: El gobierno del crimen en las ciudades contemporáneas*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre, 2021.
- UN-Habitat. *The State of Latin American and Caribbean Cities 2012*. Nápoles: United Nations Human Settlements Programme.
- Uribe de H., María Teresa. "Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz". *Estudios Políticos* 13 (1998): 11-37.
- Velásquez Rivera, Edgar de Jesús. "Historia del paramilitarismo en Colombia". *História* 26, n.º 1 (2007): 134-153.
- Wacquant, Löiq. *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004.

- Walby, Kevin T. "Institutional ethnography and surveillance studies: An outline for inquiry". *Surveillance & Society* 3, n.º 2/3 (2005): 158-172.
- Wilson, James Q. "Penalties and opportunities". En *A Reader on Punishment*, editado por Antony Duff y David Garland, 174-209. Nueva York: Oxford University Press, 1995.
- Wilson, James Q. y George L. Kelling. "Ventanas rotas: La policía y la seguridad en los barrios". *Delito y Sociedad - Revista de Ciencias Sociales* 15-16 (2001): 67-79.
- Winocur, Rosalía. *Robinson Crusoe ya tiene celular*. México D. F.: Siglo XXI Editores, 2009.
- Ziederman, Austin. *Endangered City: The Politics of Security and Risk in Bogota*. Durham: Duke University Press, 2016.

SEGUNDA PARTE

# **PODER PUNITIVO Y ESTADO DE DERECHO**



# **¿Prevenir o castigar?\***

Yesid Reyes Alvarado

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.618>

## Entre la represión y la prevención

Dado que el rasgo distintivo del penal frente a otras áreas del derecho es la aplicación de una sanción a quien infringe una norma de prohibición, cuando se indaga sobre la razón de ser de su existencia en el fondo lo que se busca es responder a la pregunta de qué propósito tiene imponer a alguien una pena. Frente a este interrogante hay dos grandes tendencias, aunque cada una de ellas admita diversos matices: mientras la primera entiende la pena como un castigo por la conducta desplegada, la segunda lo concibe como una forma de prevenir la futura comisión de nuevos delitos.

## Un derecho penal retributivo

Si se admite que el propósito del derecho penal es castigar el daño causado con la conducta delictiva se está siendo coherente con la concepción de un derecho penal de acto<sup>1</sup>, porque su intervención solo sería posible después de que se ha producido un comportamiento valorado como contrario a la norma; la imposición de una pena es una actuación con la que se retribuye el mal previamente causado con una acción reprochable; en estricto sentido, no es concebible una “retribución” por el solo hecho de “ser”. Cuando el legislador decide sancionar penalmente a una persona por su pertenencia a una raza, o por su orientación religiosa o sexual, no condiciona la sanción a la existencia de un comportamiento previo de

I “Por derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo”. Claus Roxin, *Derecho penal - Parte general*, tomo I (Madrid: Civitas, 1997), 176.

ella; se la castiga únicamente por ser como es, que es lo que caracteriza al denominado derecho penal de autor<sup>2</sup>.

Sobre el supuesto de que la pena, entendida como castigo, consiste en ocasionarle un mal a quien se ha comportado de forma incorrecta<sup>3</sup>, resulta válido preguntarse si esta es algo más que una versión institucionalizada de la venganza. Aquí conviene recordar que históricamente el derecho penal nació con el propósito de evitar todas las formas de venganza<sup>4</sup>; no solo la que se identifica con la reacción primitiva del ser humano que daba rienda suelta a sus instintos cuando se veía afectado por la conducta de uno de sus congéneres, sino también la que posteriormente fue objeto de regulación para limitar tanto a los titulares (quienes podían ejercerla válidamente) como las hipótesis en las que la acción vindicativa podía admitirse<sup>5</sup>. Esto se explica porque si la labor del derecho penal se redujera a reemplazar al ofendido en su facultad de infligir un mal a quien previamente se lo ha causado con su conducta, lo único que se habría producido sería un cambio en el titular de la conducta vindicativa, pasando de la venganza privada a la estatal<sup>6</sup>; para evitar que esto ocurra, la imposición de una pena debe ser solo la herramienta a través de la cual el Estado persigue un propósito que va más allá de la simple compensación de un mal con la causación de otro<sup>7</sup>; eso no hace desaparecer la naturaleza retributiva de la sanción penal (que es inherente a cualquier forma de castigo), pero sí permite distinguirla de su finalidad<sup>8</sup>. Una cosa es que la pena sea una forma de castigar conductas indebidas (esa es su esencia) y otra que su propósito sea la simple retribución de un mal a través de la causación de otro o, como diría Hegel, una irracional secuencia de dos males<sup>9</sup>.

- 2 "[...] se tratará de un derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción". Roxin, *Derecho Penal*, 176 y 177.
- 3 "Tomada de modo aislado, la pena no es más que un mal...". Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (Madrid: Civitas, 1996), 17.
- 4 Ferrajoli señala, con razón, que "el derecho penal nace no como desarrollo, sino como *negación de la venganza*". Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Trotta, 1995), 333.
- 5 Sobre esta evolución de la venganza cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 333.
- 6 "[...] cada vez que animan a un juez sentimientos de venganza, de parte o de defensa social, o que el Estado deja sitio a la justicia sumaria de los particulares, el derecho penal retrocede a un estado salvaje, anterior a la formación de la civilización". Ferrajoli, *Derecho y razón*, 333 y 334.
- 7 "Toda revancha de la injusticia ocasionando un dolor sin finalidad para el futuro es venganza, y no puede tener más fin que consolarse del dolor que uno ha experimentado en sí mismo con la visión del dolor ajeno que uno mismo ha causado. Eso es la maldad y la crueldad, y éticamente no se puede justificar". Arthur Schopenhauer, *El mundo como voluntad y representación* (Madrid: Trotta, 2004), 408.
- 8 Como señala Pawlik, "los fundamentos de la pena basados en la teoría de la retribución solo son aceptables bajo la premisa de que logren atribuir a la pena un sentido positivo que trascienda a la secuencia negativa de dos males impugnada por Hegel, sin recurrir para ello al arsenal de las habituales teorías de la prevención —intimidación, mejora, inocuización". Michael Pawlik, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad* (Bogotá: Universidad del Externado, 2019), 61.
- 9 Para Hegel resulta irracional ocasionar un mal a alguien solo porque (a través de un delito) ha ocasionado un mal previo. Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien des Philosophie des Rechts* (Berlín: Duncker & Humblot, 1833), 137.

Los delitos importan en un contexto social como infracciones a normas de conducta y no como meros acontecimientos ontológicos; por consiguiente, su reproche no se deriva de la simple constatación de que alguien ha ocasionado voluntariamente una modificación en el mundo exterior, sino de que ese comportamiento ha sido considerado como contrario a una norma penal, cuya expedición por parte del legislador obedece a su propósito de proteger determinados bienes jurídicos, frente a algunas formas de ataque que considera indebidas; al amenazar con una pena a quien incumpla la prohibición contenida en el tipo penal, lo que hace es comunicar a la sociedad que esa norma debe respetarse<sup>10</sup> porque hace parte del conjunto de disposiciones que regulan la armónica convivencia en comunidad.

De la misma manera, quien comete un delito no se limita a causar una voluntaria modificación en el mundo exterior, sino que a través de su conducta está comunicando<sup>11</sup> su desconocimiento de la prohibición<sup>12</sup>. Ese mensaje pone en cuestionamiento la vigencia de la norma, al evidenciar que esta es susceptible de infracción; si el Estado no reacciona frente a esa clase de comportamientos, el mensaje que transmite (a la sociedad y a la víctima<sup>13</sup>) es el de que la norma puede desconocerse sin que esto acarree consecuencias negativas, lo que a la postre llevará a que se asuma como cierta la pérdida de su vigencia<sup>14</sup>, con la consiguiente desprotección de los bienes jurídicos que pretendía amparar<sup>15</sup>. Si, por el contrario, se le impone una pena al infractor de la norma, el Estado le comunica a la sociedad<sup>16</sup> que, pese al desconocimiento puntual que una persona hizo

10 La función comunicativa de la norma supone no abordarla desde una perspectiva abstracta, sino vinculada a la función de la pena, ubicándola en el centro de la relación entre diversos sujetos: el que actúa (*alter*), aquel sobre el que recae la actuación (*ego*) y quien debe reaccionar frente a esa conducta (*tercero*); sobre esta concepción de la norma cfr. Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2003), 26 y 27.

11 Incluso si su propósito no es ese porque, como dice Habermas, "[p]ara una teoría de la acción comunicativa solamente resultan instructivas aquellas teorías analíticas del significado que parten de la estructura de la expresión lingüística y no de las intenciones del hablante". Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social* (Madrid: Taurus), 354.

12 Sobre el delito como "afirmación que contradice la norma" cfr. Günther Jakobs, *Sociedad*, 18.

13 Para Hömle, el mensaje que se transmitiría a la víctima es "tú no mereces que el Estado se ocupe de tus asuntos". Tatjana Hömle, *Teorías de la pena* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 41.

14 "Si a la violación de la norma no sigue una respuesta adecuada su vigencia quedará en entredicho, con lo que aumentará el peligro de que la conducta infractora se repita y se generalice y de que se reduzca correlativamente la confianza de todos en que la norma en cuestión se siga cumpliendo regularmente". Enrique Peñaranda, "La pena: nociones generales", en *Manual de introducción al Derecho penal*, coordinado por Juan Antonio Lascuraín (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2019), 175.

15 "Quien tolera una infracción de la norma o incluso la aprueba de manera pública deja entrever que para él la norma lesionada no es, como mínimo no de manera ilimitada, digna de ser conservada o defendida". Pawlik, *Confirmación*, 9.

16 "Suscribo la tesis que sostiene que buena parte de la dimensión preventiva del derecho penal radica en su significado comunicativo". Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid: Civitas, 2001), 77.

de ella, la norma continúa vigente y debe ser respetada<sup>17</sup>. Así, aun cuando la pena siga siendo un castigo (esa es su naturaleza), su imposición no se agota en la simple acción de retribuir un mal con otro, sino que tiene como propósito confirmar la vigencia de una norma de prohibición<sup>18</sup>, cuya validez ha sido previamente cuestionada a través de la comisión de un delito (esa es su finalidad). De esta forma, delito y pena no son una irracional sucesión de males<sup>19</sup> sino que encierran un significado y, de esa manera, se le brinda racionalidad a la pena<sup>20</sup>.

Esa confirmación de la vigencia de la norma no puede consistir en una simple manifestación verbal o escrita en dicho sentido (como algunos sugieren a manera de crítica hacia esta tesis<sup>21</sup>), porque ese no fue el lenguaje escogido por el infractor para transmitir su mensaje. Como su desconocimiento de la norma fue expresado a través de una conducta externa susceptible de ser interpretada como una indebida forma de ataque a un bien jurídico, el Estado debe responder de la misma manera, esto es, a través de actos que pongan en evidencia ante la comunidad social que ese comportamiento es reprochable y que acarrea una consecuencia negativa; eso se consigue a través del adelantamiento de un proceso penal público, en el que se identifique la conducta desvalorada, se individualice a su autor, se le deduzca responsabilidad por su comportamiento, y se le condene a una pena, cuya imposición es ya una forma de retribución a quien ha sido calificado como infractor de una norma<sup>22</sup>. Dado que la sola imposición de la pena tiene ya una connotación aflictiva, su ejecución no

17 "La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante". Jakobs, *Sociedad*, 28.

18 Como afirma Pawlik, a través de la pena, "el Estado debe poner de manifiesto de forma inequívoca que se toma en serio el rechazo de los delitos". Pawlik, *Confirmación*, 70.

19 Cfr. Hegel, *Grundlinien*, 137.

20 "Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional...". Jakobs, *Sociedad*, 17 y 18.

21 "Para la estabilización de la norma, comunicando que ésta continúa siendo pauta de conducta vinculante, podría bastar, pues, con la declaración verbal o con cualquier otro mecanismo expresivo de la existencia de un injusto culpable atribuible al autor carente de otra dimensión aflictiva que la inherente a aquella declaración". Jesús María Silva Sánchez, *Malum passionis: Mitigar el dolor del derecho penal* (Barcelona: Atelier, 2018), 230.

22 Como dice Pawlik (aun cuando en el marco de su propia concepción de los fines de la pena), "[d]ebe ser posible hacer ver al delincuente que quien no respeta la libertad ajena está renunciando a una parte de su propia libertad. De ahí que los medios punitivos, penas privativas de libertad y sanciones económicas, reflejen las ventajas que, de acuerdo con las convicciones básicas de la era moderna, legítima la justificación de un ordenamiento jurídico: libertad de acción y protección a la propiedad privada". Michael Pawlik, "La pena retributiva y el concepto de delito", en *La libertad institucionalizada: Estudios de filosofía jurídica y derecho penal* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2010), 103.

es imprescindible<sup>23</sup> (el mal propio de la retribución ya está causado), más bien dependerá de que ella sea necesaria<sup>24</sup> no solo para confirmar la vigencia de la norma<sup>25</sup>, sino para permitir (en el sentido de no obstaculizar)<sup>26</sup> la reintegración social del individuo<sup>27</sup>, que, como en seguida se expondrá, es otro de los propósitos que persigue la retribución.

La confirmación de la vigencia de la norma a través de la imposición de la pena no tiene como propósito ejercitar al ciudadano en su fidelidad a ella<sup>28</sup>; lo primero que en este aspecto debe advertirse es que si ese entrenamiento estuviera orientado a asegurar el respeto de unos valores (ético-sociales) fundamentales que el derecho penal pretendería proteger<sup>29</sup>, el Estado estaría interviniendo de manera indebida en el fuero interno del individuo<sup>30</sup>, al desconocer que si bien está legitimado para exigir a los ciudadanos la adecuación externa de su conducta a la norma, le está vedado imponerle los motivos de su acatamiento. Si desde un punto de vista objetivo el individuo acata una prohibición legal, el derecho penal no está autorizado para cuestionar las razones por las que se comportó de tal manera; solo si su conducta externa puede ser valorada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado, el Estado está facultado para indagar por los motivos que propiciaron ese comportamiento.

Si, por otra parte, lo que se pretendiera con la imposición de la pena fuera ejercitar al infractor en el cumplimiento de las normas (con independencia de las razones que lo motiven a esto), se estaría asignando al

- 23 "La primera premisa es la de que no resulta obvio que toda pena impuesta deba ser, asimismo, ejecutada. En efecto, una vez impuesta la pena privativa de libertad, su propia inexecución podría ser absolutamente indiferente en términos político-criminales". Silva Sánchez, *Malum passionis*, 230.
- 24 En los casos de la llamada "pena natural", por ejemplo, la aflicción derivada de los daños que con su conducta delictiva se causaron a personas cercanas es ya una retribución suficiente para el autor, que haría innecesaria respecto de él la ejecución de una sanción penal adicional.
- 25 "Conocida por la opinión pública la condena y estabilizada de este modo la norma (así como ratificada la confianza general en el derecho), su inexecución en muchos casos no tendría por qué pugnar contra las exigencias de la prevención de integración". Silva Sánchez, *Malum passionis*, 231.
- 26 "Represión y educación son en definitiva incompatibles, como lo son la privación de la libertad y la libertad misma, que constituye la sustancia y el presupuesto de la educación, de manera que lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea lo menos represiva posible y por consiguiente lo menos desocializadora y deseducadora posible". Ferrajoli, *Derecho y razón*, 271.
- 27 "[...] es preciso proponer que la intervención del derecho penal estatal se reduzca al mínimo imprescindible para el restablecimiento del derecho y de la subjetividad jurídica de la víctima. De este modo, además, será inferior la distancia generada entre autor y víctima, obstaculizando lo menos posible la reconciliación". Silva Sánchez, *Malum passionis*, 228.
- 28 "[...] la pretensión de resocialización llevada a cabo en un contexto de coacción estatal no puede —no debería— tener como objetivo la consecución de una adhesión interna al contenido de las normas". Silva Sánchez, *Malum passionis*, 23, nota 18.
- 29 "La misión central del derecho penal reside, pues, en asegurar la vigencia inquebrantable de esos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente". Hans Welzel, *Derecho penal alemán - Parte general* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970), 12.
- 30 Sobre esta crítica cfr. Peñaranda y Gonzalo Basso, "La pena", 178.

derecho penal una función que no le incumbe. Cuando la comisión de un delito pone en evidencia vacíos en la formación de los ciudadanos no son los jueces penales ni las autoridades carcelarias las encargadas de suplirlos; si ha habido fallos en ese proceso de socialización, y si esas falencias fueron determinantes en la comisión de un delito, lo que le corresponde al Estado es revisar y eventualmente ajustar el funcionamiento de las instituciones encargadas de la formación de los individuos, como la familia y el sistema educativo. Lo que no resulta correcto es asignarle a la justicia penal (a través de sus jueces y del sistema penitenciario) la labor de corregir esos defectos de formación durante el limitado tiempo de duración de la pena<sup>31</sup>. Pensar que las instituciones penitenciarias (prototipo de la sanción penal) están en condiciones de brindar mejor formación que el sistema educativo estatal, por ejemplo, es una muestra de la poca estima en que se tiene a este último, y debería llevar a introducir en él los ajustes necesarios para mejorar su funcionamiento, en lugar de entregarle esas atribuciones al sistema penal.

El derecho penal castiga el delito con una pena retributiva que no se agota en la compensación de un mal mediante la causación de otro, sino que envía un mensaje de confirmación de la vigencia de la norma, como forma de proteger los bienes jurídicos cuya preservación es necesaria para el buen funcionamiento de la sociedad<sup>32</sup>, esto es, tanto aquellos que aseguran la incolumidad del ámbito interno del individuo, como los que garantizan la armónica convivencia en comunidad<sup>33</sup>. Dado que el contacto social implica que el ciudadano renuncie a parte de sus libertades en beneficio de las de los demás (las individuales y las colectivas), no existe ningún bien jurídico que sea protegido de manera absoluta; todos son susceptibles de afectación si así lo requiere la interacción social, como cuando se obliga al pasajero de un sistema masivo de transporte a no descender de él sino en los sitios autorizados para dicho efecto, o se acepta que los médicos causen heridas en el cuerpo de un enfermo cuando esa sea una manera permitida de procurar su sanación. El funcionamiento de una comunidad social depende no solo de que las personas acepten renunciar a parte de su libertad a cambio de las ventajas que proporciona

31 "Un problema diferente es el de la pérdida de fuerza de las instancias tradicionales de socialización (familia, religión, escuela, vecindario, trabajo). Que ello sobrecarga al sistema jurídico-penal es —debería ser— público y notorio. Pero no le puede —no le debería— conducir a asumir tareas que no le son propias". Silva Sánchez, *Malum passionis*, 23, nota 18.

32 De esta manera se supera la antigua concepción de una teoría de la retribución que se agota en la simple compensación de males: "[...] las fundamentaciones de la pena basadas en la teoría de la retribución solo son aceptables bajo la premisa de que logren atribuir a la pena un sentido positivo que trascienda a la secuencia negativa de dos males impugnada por Hegel, sin recurrir para ello al arsenal de las habituales teorías de la prevención —intimidación, mejora, inocuización". Pawlik, *Confirmación*, 61.

33 Sobre estos dos ámbitos de libertad cfr. Yesid Reyes, "¿Sirve de algo el bien jurídico?: Una perspectiva social", en *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, vol. I (Madrid: Reus, 2020), 371.

la vida en común, sino de que la sociedad disponga de las herramientas necesarias para garantizar que esas prerrogativas se mantendrán vigentes sin afectar su ámbito interno.

En términos prácticos eso implica la existencia de normas que regulen la manera en que esas libertades se administran<sup>34</sup>, y que el Estado esté en capacidad de hacerlas respetar. Esto no significa que se deba garantizar que jamás serán infringidas, porque eso no pasa de ser una utopía; lo que los integrantes de la sociedad necesitan es tener la certeza de que si alguien incumple una norma el Estado está en capacidad de reaccionar frente a esa conducta, para enviar a la comunidad el mensaje de que ella sigue vigente y, por consiguiente, los ciudadanos deben regir sus conductas conforme a ella, pues, de lo contrario, recibirán una sanción que, en casos especialmente graves, es de naturaleza penal. La comunidad debe saber que las normas que regulan su funcionamiento siguen vigentes, porque son ellas las que garantizan los ámbitos de libertad individual y colectiva que posibilitan la vida en sociedad. Por eso el mensaje de confirmación de la vigencia de la norma (a través de la imposición de una pena como respuesta a la comisión de un delito) no está dirigido solamente a quien ya ha perpetrado un crimen sino a la comunidad en general<sup>35</sup>, ya que son todos sus integrantes quienes necesitan confiar en que la sociedad se mantiene en torno a las normas. Si los individuos llegaran a la convicción de que las normas que les garantizan la protección de sus derechos individuales y posibilitan la vida en comunidad no se respetarán más, cada uno procuraría hacerlos valer por sus propios medios, lo que podría llevar a la disolución de la sociedad.

Siendo el propósito de la pena el mantenimiento de la vigencia de las normas que hacen posible la vida en sociedad, su imposición no debe ser un obstáculo para que el infractor pueda reincorporarse a la comunidad. Esto no significa que la pena deba tener como finalidad asumir la tarea de dotar al condenado de los conocimientos y las herramientas necesarias para una adecuada convivencia, porque no es al derecho penal al que le corresponde suplir las falencias que en ámbitos como el emocional, el educativo o el laboral puedan tener quienes han cometido un delito. Sin embargo, la ejecución de la pena sí debe ser compatible con el desarrollo de programas de formación y capacitación que el Estado está en la obligación de prestar a través de otras de sus instituciones (como las que se ocupan de temas educativos y laborales) para procurar que, una

34 Sobre los bienes jurídicos como forma de administrar ámbitos de libertad cfr. Reyes, "¿Sirve de algo el bien jurídico?", 377.

35 Carrara, en una posición más extrema, decía que "contra los grandes malvados y contras las ocasiones poderosas" las penas "han sido y seguirán siendo siempre ineficaces", por lo que aconsejaba que las "penas deben contentarse con detener a los mal inclinados y con vencer las ocasiones menos fuertes". Francesco Carrara, "Sobre la crisis legislativa en Italia", en *Opúsculos de Derecho Criminal* (Bogotá: Temis, 1976), 131.

vez cumplida la sanción penal, la persona tenga la posibilidad de reincorporarse a la sociedad en las mejores condiciones posibles. En términos prácticos esto debería llevar a que las labores de capacitación de los condenados (dentro y fuera de los establecimientos penitenciarios) no estuvieran a cargo del sistema penitenciario, cuyas funciones se deben agotar en asegurar el cumplimiento de la pena en condiciones dignas; son otras instituciones del Estado las que deben ocuparse de crear o mejorar las condiciones que le permitan al condenado reintegrarse a la sociedad cuando termine de cumplir su pena, lo cual no excluye que esas actividades puedan llevarse a cabo dentro de los mismos centros de reclusión.

En la medida en que la confirmación de la vigencia de la norma busca mantener las condiciones para que la comunidad social pueda funcionar de manera adecuada, la ejecución de la pena debe cumplirse de tal manera que facilite el retorno del condenado a la sociedad, a través de un régimen penitenciario progresivo. Sin embargo, su duración no debe depender de si la persona demuestra en prisión una mayor o menor capacidad de adaptación a la vida social, porque el propósito de la pena como acto de retribución no es ese sino la confirmación de la vigencia de la norma; en consecuencia, su naturaleza y duración deben depender de la gravedad del ataque al bien jurídico protegido, y no de que la persona demuestre que está en condiciones de regresar a la vida social, lo cual podría no ocurrir durante el tiempo que el juez ha establecido como sanción.

Es innegable que aun cuando la pena se imponga para confirmar la vigencia de la norma, su naturaleza retributiva puede ser útil para disuadir al infractor de cometer nuevos delitos; pero una cosa es que la pena pueda tener (objetivamente) efectos preventivos y otra muy distinta que (subjetivamente) se la aplique con ese propósito. Por eso hay quienes prefieren hacer una distinción entre los fines y las funciones de la pena, aplicando el primer concepto al propósito (*subjetivo*) que con ella se pretende alcanzar, y reservando el segundo para las consecuencias *objetivas* (queridas o no) que se deriven de su aplicación<sup>36</sup>.

## Un derecho penal preventivo

Si se asume que el propósito del derecho penal es prevenir la comisión de delitos se está admitiendo que su configuración y desarrollo no deben estar orientados a castigar delincuentes sino a evitar que las personas cometan delitos. Aunque esto parezca una afirmación obvia, es preciso

36 "Función designa las consecuencias objetivas observadas, queridas o no, de un elemento en relación a un sistema de referencia, mientras que fin se refiere a una consecuencia objetiva en relación con la disposición subjetiva de un agente hacia un objetivo". Mercedes Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena* (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid Ediciones, 1986), 219.

advertir que ella implica reconocer y admitir que el derecho penal utilice herramientas encaminadas a impedir que se cometan delitos; como su labor no se circunscribiría a sancionar criminales, sino que debería orientarse a obstaculizar el desarrollo de conductas punibles, tanto su aparato teórico como su andamiaje operativo deberían estar orientados en esa dirección. La estructura necesaria para el adecuado funcionamiento de un derecho penal centrado en la represión (aunque con ella consiga prevenir) es distinta de la que requiere un derecho penal enfocado en la prevención de los delitos.

Lo primero que puede decirse en contra de la tesis que ve en la prevención el fin del derecho penal es que la sola circunstancia de que esté concebido para aplicarse después de que alguien comete un delito muestra que, desde el punto de vista de la prevención, siempre llega tarde. A esto podría responderse que dicha afirmación solo es cierta respecto del crimen que ya llegó a conocimiento del derecho penal (el que lleva a su intervención en un caso concreto), pero no en relación con los que eventualmente pudieran cometerse en el futuro, lo que justificaría sancionar al delincuente como una forma de prevenir nuevas infracciones a la ley penal. Si bien eso es cierto como aspiración teórica, lo que la experiencia indica es que las penas, que durante siglos se han aplicado incluso con inusitada severidad, no han conseguido impedir que se cometan nuevos delitos; la evidencia acumulada en este sentido debería bastar para concluir que, si ese es el propósito del derecho penal, también ha fracasado<sup>37</sup>.

## Intervenciones tempranas del derecho penal

La forma más obvia de corregir los problemas de esa tardía intervención del derecho penal es permitiéndole actuar antes de que los delitos ocurran, lo que en la práctica significaría no limitar su utilización a aquellos casos en los que el bien jurídico ya ha sido objeto de una lesión, sino permitirle actuar cuando el mismo se encuentre en peligro, pero aún no haya sido afectado. Con este correctivo, el concepto de peligrosidad irrumpe en el ámbito del derecho penal, permitiendo que su capacidad de prevención aumente en la medida en que puede intervenir ante la existencia de un peligro para el bien jurídico, sin tener que esperar a que este resulte lesionado. Pero como el derecho penal es por esencia reactivo, la

37 A mediados del siglo XIX, Carrara ya decía que el error de pensar que las penas severas impiden “el delito de todos los fascinerosos, fue causa fatal para el progresivo encarnizamiento de los suplicios. Fue un error, pues procedía de un concepto *imposible*. Es imposible, aun cuando se martirice al culpable, lograr que no se cometan delitos, pues el delito existirá siempre, por defecto de la naturaleza humana, y porque el hombre perdido, sea que lo ciegue una pasión desesperada, que le hace ver en el mal presente el peor de todos los males, sea que lo engañe la esperanza de quedar impune, cuando su índole está corrompida y las circunstancias que lo rodean lo impulsan de modo imperioso al delito, correrá hacia él como ha corrido siempre, a pesar de los más terribles suplicios con que lo amenacen las leyes”. Carrara, *Sobre la crisis*, 131.

única forma de conseguir que pueda cumplir funciones de prevención interviniendo antes de que se cometa un crimen es convirtiendo en delitos conductas que, si bien no lesionan un bien jurídico, sí representan un peligro para su integridad; la otra alternativa sería permitir que el derecho penal actuara antes de que alguien desarrollara cualquier conducta que pudiera considerarse peligrosa para el bien jurídico que se pretende proteger, lo que supondría sancionarlo por su peligrosidad social, en lugar de por lo que podría denominarse su peligrosidad criminal<sup>38</sup>; si se optara por esta última alternativa se estaría desembocando en un puro derecho penal de autor, que ni siquiera los fundadores de la escuela positiva llegaron a defender de manera consistente<sup>39</sup>.

Una intervención temprana del derecho penal se justifica en la primera de las opciones mencionadas (no en la que implica sancionar personas por su mera peligrosidad), cuando la conducta puede ser válidamente entendida (desde el punto de vista comunicativo<sup>40</sup>) como una forma de desconocer la vigencia de la norma, siempre que la no sobrevenición del resultado ontológico (que algunos delitos incorporan en su descripción típica) pueda ser atribuida a factores externos. Es lo que ocurre en las tentativas, concebidas para sancionar comportamientos que pueden ser interpretados como infracciones a las normas que prohíben desarrollar conductas orientadas a la comisión de un delito; en la medida en que la característica de esta manifestación delictiva consiste en que el comportamiento no encaja en la descripción típica del llamado delito consumado por razones ajenas a la voluntad del autor (de lo contrario surge la figura del desistimiento), la tentativa pone en evidencia que cuando alguien ha desplegado una actuación objetivamente apta para lesionar un bien jurídico, se hace acreedor a la imposición de una pena aun cuando no consiga su propósito por razones no atribuibles a él. Algo similar ocurre con los delitos de peligro concreto, cuya punibilidad requiere demostrar que la conducta desplegada puso efectivamente en riesgo el bien jurídico que se pretende tutelar, de tal manera que su no afectación solo puede ser atribuida a razones ajenas a la voluntad del autor<sup>41</sup>.

Eso no ocurre en los delitos de peligro abstracto, en los que el riesgo es predicable de la conducta en abstracto, y no de la forma concreta en la que

38 Sobre la diferencia entre una peligrosidad "social" y otra "criminal" cfr. Enrique Ferri, *Principios de Derecho Criminal* (Madrid: Reus, 1933), 276.

39 En efecto, para hacer frente a las críticas que recibía la escuela positiva, Ferri propuso distinguir entre una "peligrosidad criminal", de la que se ocuparía el derecho penal, y una "peligrosidad social", que debería ser competencia de una "policía de seguridad". Cfr. Ferri, *Principios*, 277 a 282.

40 Sobre la naturaleza comunicativa de la acción cfr. Yesid Reyes, "El concepto social-comunicativo de acción", en *Libro Homenaje a Agustín Jorge Barreiro* (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2019), 740.

41 "En los delitos de peligro concreto [...] la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce el resultado, sea solo por casualidad". Roxin, *Derecho Penal*, 336 y 404.

esta fue desplegada por la persona<sup>42</sup>; como lo que justifica su existencia es el propósito del legislador de *prevenir peligros* para el bien jurídico<sup>43</sup>, su sanción no depende de que se demuestre que con su comportamiento alguien puso efectivamente en peligro un bien jurídico objeto de protección (eso puede no haber ocurrido en el caso concreto), sino de que pueda probarse que estadísticamente esa clase de conductas podrían generar tales afectaciones. Esto significa que la conducta debe ser sancionada incluso en aquellas hipótesis en las que pudiera demostrarse que no generó un peligro para el bien jurídico<sup>44</sup>, dado que se otorga preeminencia a la finalidad preventiva del derecho penal y se desconoce su naturaleza reactiva. Pese a que esta clase de delitos plantea dificultades frente al principio de culpabilidad<sup>45</sup>, su proliferación suele justificarse con el argumento de que a través de ellos se preserva el “derecho a la seguridad”<sup>46</sup> de los ciudadanos y no la incolumidad de bienes jurídicos<sup>47</sup>; de esta manera se refuerza el empleo del derecho penal como un instrumento de prevención criminal.

Cuando se dota al derecho penal de esta capacidad de intervenir tempranamente se lo puede mostrar a la sociedad como una herramienta apropiada para evitar que se cometan delitos, lo cual resulta útil para mejorar la percepción de seguridad, que con tanta frecuencia reclama la ciudadanía. El derecho penal pasa así a convertirse en un instrumento de defensa social<sup>48</sup> frente a conductas desviadas, planteamiento que en lo esencial coincide con el que esbozó Ferri como respuesta a lo que él consideraba unas excesivas garantías del derecho penal frente al delincuente, en desmedro de los intereses de los ciudadanos<sup>49</sup>. Preocupante ejemplo de a dónde puede conducir un derecho penal orientado a la *prevención* de conductas peligrosas (y no a la *represión* de conductas peligrosas) fue, en Colombia, la llamada Ley Lleras (Ley 48 de 1936<sup>50</sup>), que permitía la segregación de personas que se encontraran

42 “[...] en los delitos de peligro abstracto [...] la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro”. Roxin, *Derecho Penal*, 336 y 407.

43 Cfr. Roxin, *Derecho Penal*, 407.

44 *Ibidem*.

45 *Ibidem*.

46 “[...] los delitos de peligro abstracto ya no solo perturban el orden público, sino que lesionan un derecho a la seguridad, entendida esta en el sentido antes referido, en sentido normativo”. Jakobs, *Sociedad*, 47.

47 Cfr. Urs Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat* (Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann Verlag, 1989), 280.

48 Ferrajoli califica la teoría de la prevención general (aun cuando no lo especifica, parece referirse a la negativa) como una manifestación de la doctrina de la defensa social. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 262.

49 Cfr. Enrico Ferri, *Sociología criminal*, tomo I (Madrid: Centro Editorial de Góngora), 7.

50 Su nombre obedeció al hecho de que fue redactada por Alberto Lleras Camargo cuando era ministro de Gobierno del entonces presidente Alfonso López Pumarejo.

en “estados peligrosos” definidos por la misma normatividad<sup>51</sup>. En esta se autorizaba a sancionar con reclusión en colonia agrícola penal hasta por cuatro años a los vagos, presumiendo que tenía dicha condición quien “habitualmente y sin causa justificativa no ejerce ocupación u oficio lícito o tolerado, y cuyos antecedentes den fundamento para considerarlo como elemento perjudicial a la sociedad”<sup>52</sup>.

Esa intervención temprana del derecho penal no solo supone un adelantamiento de la punibilidad (se sanciona como una forma de prevenir el peligro, y no porque el bien jurídico haya sido dañado o efectivamente puesto en peligro), sino que, además, esta no suele verse compensada con una morigeración de las penas, como sería deseable dado que no es lo mismo destruir un bien jurídico que ponerlo en peligro. Semejante actitud parece indicar que la sanción no se impone tanto por lo que la persona realmente ha hecho, como por su condición de sujeto peligroso; de persona que estando en capacidad de delinquir en algún momento amerita la intervención del derecho penal como una forma de proteger a la comunidad mediante la prevención de crímenes futuros. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que estas intervenciones tempranas del derecho penal suelen ir acompañadas de un relajamiento de las garantías ordinarias del derecho penal y del derecho procesal penal.

## La resocialización como prevención

Desde luego que es concebible una manera de prevención especial menos extrema, como la que defienden los partidarios de concebir la sanción penal como una forma de resocialización del delincuente. Pero ella también está edificada sobre el supuesto de que el derecho penal debe reaccionar ante el peligro para la sociedad como una forma de prevenir el crimen; solo que, al reconocerse la existencia de diversos grados de peligrosidad, los delincuentes pueden ser clasificados entre aquellos que son susceptibles de resocializarse y los que no admiten esa posibilidad<sup>53</sup>, por lo que solamente quienes pertenecieran a la primera categoría admitirían ese tipo de tratamiento, mientras que, para los otros, quedarían reservadas medidas como la inocuización.

51 Años después, el semanario *Nueva Frontera* (creado y dirigido por Carlos Lleras Restrepo, expresidente de Colombia como Alberto Lleras y pariente suyo en cuarto grado de consanguinidad) se refirió a esa ley como una “medida de seguridad social”, y la calificó como un “arma muy valiosa en la prevención de la delincuencia”.

52 Esta misma ley sancionaba a los “maleantes” y a los “rateros”, cuyas definiciones legales eran amplias e incluían tomar en consideración (entre otras cosas) la cantidad de veces que una persona había sido no solo condenada, sino incluso sindicada de delitos (aunque no se la hubiera condenado).

53 Por eso las teorías de la prevención especial distinguen entre sujetos corregibles e incorregibles. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 264 y 265.

Esta diferenciación puede obviarse si se asume que todos los delitos tienen su origen en procesos de desadaptación social, puesto que en ese caso la función del derecho penal debe ser la de corregir esas falencias de formación, de tal manera que el condenado pueda retornar a la sociedad ya corregido y, por consiguiente, alejado de la senda del crimen. Aunque en un plano estrictamente teórico este planteamiento permitiría someter a todos los condenados a procesos de resocialización, en la realidad esto no es factible. Por una parte, porque hay delitos, como los políticos, en los que resulta inviable someter a los condenados a un proceso de resocialización que consistiría en convencerlos de las bondades del modelo de Estado contra el que se alzaron en armas; y, por otro lado, porque es evidente que, en países como el nuestro, muchos delitos obedecen a la marginalidad en que parte de la población debe vivir, y que esa situación no se soluciona preparando al condenado para una vida social en condiciones ideales y no reales; tampoco está claro cómo podrían funcionar procesos de resocialización con penas pecuniarias, lo que en la práctica supondría privilegiar las sanciones privativas de la libertad (respecto de las que esos procesos de resocialización serían aplicables) sobre las pecuniarias (donde su aplicación luce problemática).

Si fuera cierto que todos los delitos son consecuencia de desajustes psico-socio-culturales del individuo y que todos estos son susceptibles de corrección dentro de las prisiones<sup>54</sup>, entonces las penas deberían ser indeterminadas tanto en su duración mínima como en la máxima, puesto que *ex ante* es imposible saber cuánto tratamiento necesita una persona para corregir los desajustes que lo llevaron a delinquir<sup>55</sup>. Así como no tiene ningún sentido enviar a prisión por el término mínimo fijado en la norma penal a quien no requiere de tratamiento penitenciario, dejar en libertad a quien aún no se ha resocializado implicaría desconocer el propósito por el que se le impuso la sanción; lo que en este último caso debería ocurrir, si se quisiera respetar la resocialización como fin de la pena, es la permanencia del condenado en prisión hasta que se demostrara que está en condiciones de reincorporarse a la sociedad sin volver a delinquir; en otras palabras, no tendría ningún sentido decir que la pena se impone con el propósito de resocializar al delincuente para dejarlo en libertad por el solo transcurso del tiempo, aunque no esté demostrada su resocialización, ni para privarlo de su libertad por el tiempo mínimo señalado en la norma aunque no requiera de tratamiento penitenciario.

54 La obligación que se le impone al reo para que se resocialice solo consigue que a la aflicción física de la pena se le adicione "una lesión a su libertad moral o interior". Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 271.

55 Lo que a través de estas teorías se pretende es "transformar las personalidades desviadas de acuerdo con proyectos autoritarios de homologación o, alternatively, de neutralizarlas mediante técnicas de amputación o saneamiento social". Ferrajoli, *Derecho y razón*, 265.

Esa intervención indefinida del derecho penal no es solo una preocupante posibilidad teórica, por el contrario, se aplica actualmente en varios países a través de figuras como las sentencias indeterminadas, las sentencias extendidas o el denominado “internamiento en custodia de seguridad”<sup>56</sup>, que, conforme a los § 66 y siguientes del Código Penal alemán, permite que una persona pueda ser condenada a una pena de prisión y (adicionalmente) a una “custodia de seguridad” en algunos casos de reincidencia, y cuando el delincuente resulte “peligroso para la comunidad debido a su inclinación a cometer hechos delictivos de relevancia”; desde su introducción en la legislación alemana, en la primera mitad del siglo xx, como una forma de combatir la reincidencia, no solo no ha dejado de aplicarse sino que, desde la década de los noventa, su uso se ha incrementado contra los autores de delitos sexuales y otra clase de delincuentes considerados peligrosos (incluso en el ámbito de los delitos económicos)<sup>57</sup>. Gracias a esta figura es posible que después de que una persona haya cumplido la totalidad de la pena se la someta a una “custodia de seguridad”, que, en caso de ser indeterminada<sup>58</sup>, se ejecutará hasta el momento en que el tribunal considere que “cabe esperar que el internado no cometerá más hechos antijurídicos fuera del lugar de ejecución de la medida”.

Por razones como estas es que se ha llegado a afirmar que las teorías de la prevención especial que presentan al Estado en su amable faceta de pedagogo o terapeuta que ayuda a los delincuentes a suplir sus deficiencias de adaptación social son, en realidad, “las más antiliberales y antigarantistas que históricamente hayan sido concebidas, y justifican modelos de derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado”<sup>59</sup>.

Con el propósito de intentar compatibilizar la teoría de la resocialización como fin de la pena con la existencia de un límite máximo en su duración (que lleva a la libertad del condenado aun cuando no esté demostrado que se rehabilitó), sin necesidad de recurrir a la figura de las medidas de seguridad para imputables, en Colombia se presume que el trabajo y el estudio resocializan, y, sobre ese supuesto, la legislación

56 En Inglaterra existen las “sentencias indeterminadas”, que permiten aplicar penas sin límite temporal de duración como forma de proteger a la comunidad, y las “sentencias extendidas”, en las que es factible una privación de la libertad después del cumplimiento de la pena, por razones de seguridad; en Estados Unidos existe la posibilidad de que el autor de un delito sexual, después de haber pagado la pena que se le haya impuesto, permanezca privado de su libertad por tiempo indeterminado debido a que constituye un peligro para la comunidad. Una medida similar se introdujo en la Constitución suiza, orientada a los delincuentes violentos o sexuales que sean calificados de peligrosos. Cfr. Ricardo Robles Planas, “*Sexual Predators*: Estrategias y límites del derecho penal de la peligrosidad”, *InDret* 4 (2007): 5 y 6.

57 Cfr. Robles Planas, “*Sexual*”, 6.

58 El Código Penal alemán (§ 66) solo dice que su duración no podrá ser inferior a dos años, pero no señala un término máximo.

59 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 270.

penal<sup>60</sup> autoriza que por cada dos días de trabajo o estudio a los condenados se les abone un día de reclusión; por medio de esa ficción las personas suelen cumplir de manera efectiva solo dos tercios de la pena que se les imponga, sin contar con la posibilidad que tienen de obtener una libertad cuando hayan cumplido tres quintas partes de la pena y “su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena”<sup>61</sup>; de ser viable esta última reducción punitiva, el cumplimiento efectivo de las penas en nuestro país equivale al 40 % de la duración fijada por el juez en la sentencia condenatoria.

Como esta desproporción entre las penas impuestas y las efectivamente cumplidas genera la sensación de que las sanciones penales son más teóricas que prácticas, con frecuencia se busca corregirlas a través del aumento de su duración<sup>62</sup>. Esta solución sería correcta si se admitiera que la pena es retributiva, pero no si se le otorga una finalidad resocializadora, porque imponer límites fijos (tanto mínimos como máximos) impide que el condenado permanezca en prisión solo el tiempo estrictamente requerido para que complete exitosamente su proceso de resocialización. El establecimiento de esos topes, junto con las presunciones de rehabilitación por trabajo y estudio, ponen en evidencia que, si bien el legislador colombiano enuncia la resocialización como uno de los fines de la pena, no cree en ella.

El énfasis que se hace en la prevención del delito como razón de ser del derecho penal no solo ha llevado a la imposición de sanciones que no son adecuadas ni como retributivas ni como resocializadoras (un buen ejemplo lo constituye Colombia, con penas teóricas muy elevadas respecto de las cuales se presume la resocialización a través de trabajo y estudio), sino también a la aplicación de medidas de seguridad para imputables con duración indeterminada para las personas (no para los delincuentes<sup>63</sup>) calificadas como “peligrosas”. La tendencia a relacionar el derecho penal con la prevención del delito y, más concretamente, con una herramienta de seguridad ciudadana, ha conducido al resurgimiento de un lenguaje bélico en el ámbito de la política criminal y, concretamente, del derecho penal. La idea de darle esta connotación guerrillerista tuvo su

60 Ley 65 de 1993.

61 Artículo 64 de la Ley 1709 del 2014.

62 Como con razón advierte Ferrajoli, cualquier delito demuestra que la pena no ha sido suficiente y sugiere aplicar una mayor. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, 332.

63 Digo que estas medidas se aplican a las personas y no a los delincuentes porque cuando se imponen después de cumplida la pena no tienen el propósito de castigar a quien ya delinquiró (para eso le impusieron ya una pena que, además, cumplió), sino de prevenir que en el futuro pueda cometer un nuevo delito.

origen en las épocas del nacionalsocialismo<sup>64</sup>, pero resurgió con fuerza en la segunda mitad del siglo xx<sup>65</sup>, con el reiterado empleo de expresiones como “guerra” o “lucha” contra las drogas, el terrorismo, los delitos sexuales, la corrupción o la criminalidad económica<sup>66</sup>.

El enfoque preventivo del derecho penal ha conducido a que su atención deje de centrarse en el pasado, es decir, en la conducta delictiva que ya ha ocurrido, para pasar a ocuparse de lo que pueda suceder en el futuro. Entenderlo como una herramienta de prevención criminal ha llevado a que se ocupe cada vez más de intervenir frente a sujetos peligrosos, y a que se lo considere como un instrumento adecuado para garantizar la seguridad<sup>67</sup> de los ciudadanos<sup>68</sup>. Su objeto de estudio se desplaza paulatinamente del delito como conducta que atenta de manera indebida contra bienes jurídicos (derecho penal de acto) hacia la persona como potencial fuente de peligros (derecho penal de autor); a su vez, esto ha conducido a que las penas se apliquen más en consideración a la peligrosidad de la persona que en proporción a la conducta cometida<sup>69</sup>. A la postre todo esto implica un abierto desconocimiento del principio de culpabilidad como uno de los pilares de la teoría del delito<sup>70</sup>, conforme al cual la magnitud de la pena impuesta debe estar en consonancia con la gravedad de la conducta antijurídica que se le reprocha a la persona; y eso no ocurre ni con las medidas de seguridad para imputables<sup>71</sup> ni con ninguna otra

64 “Roland Freisler, secretario de Estado de Justicia desde 1933 y luego presidente del Tribunal popular, lo expresó de modo muy puntual: ‘El derecho penal es un derecho de lucha’”. Thomas Vormbaum, “La confrontación con el derecho penal nacionalsocialista”, en *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro en homenaje a Eberhard Struensee* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2011), 735.

65 Cfr. Vormbaum, “La confrontación”, 735.

66 Cfr. Günther Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en *Derecho Penal del enemigo*, de Günther Jakobs y Manuel Cancio (Madrid: Thomson-Civitas, 2003), 39 y 40.

67 Sobre la forma como se ha extendido en Europa el discurso que legitima la utilización del derecho penal como forma de garantizar la seguridad cfr. Silva Sánchez, *La expansión*, 69 y 70.

68 “El cambio de paradigma se produce con la irrupción de la seguridad en el discurso político-criminal y su manifestación inmediata en la legislación penal: del Estado de derecho basado en libertades y del correspondiente derecho penal de la culpabilidad al Estado de la seguridad y al correlativo derecho penal de orientación preventiva y policial”. Robles Planas, “Sexual”, 15.

69 “En este proceso, la proporcionalidad cambia de objeto de referencia: el delincuente debe tolerar una intromisión en su libertad hasta el punto necesario para garantizar la seguridad de la sociedad frente a él”. Robles Planas, “Sexual”, 15.

70 “[L]a vinculación de la pena a la medida de la culpabilidad [...] es reconocida como un principio elemental no solo por aquellos que —como yo— ven la esencia de la pena en un reproche ético-social; la vinculación a la culpabilidad tampoco es puesta en duda por quienes niegan esta caracterización. El Tribunal Constitucional Federal, incluso, atribuye rango constitucional al principio de culpabilidad. Con esto, queda claro: en el ámbito jurídico respecto al que me estoy refiriendo, una prevención especial que exige penas que van más allá de la medida de la culpabilidad constituye una solución incompatible con un principio totalmente aceptado”. Wolfgang Frisch, “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal”, *InDret* 3 (2007): 38 y 39.

71 Las medidas de seguridad para imputables, como complemento de las penas, surgieron como una forma de prevención especial desligada de la culpabilidad. Cfr. Frisch, “Las medidas”, 5.

intervención del derecho penal que suponga sancionar a alguien, no por lo que ha hecho, sino por lo que en el futuro podría hacer.

Todo esto lleva a difuminar la frontera entre las labores de prevención y represión de los delitos, que la escuela clásica intentó levantar como una forma de protección de los ciudadanos frente a los abusos del derecho penal, y que Ferri criticó con tanto ahínco para sostener que “prevención y represión no constituyen más que dos momentos de la misma defensa social, siendo, por tanto, inseparables y debiendo coordinarse en el sentido de la actividad integral del Estado”<sup>72</sup>. Adicionalmente a lo anterior, esa visión del derecho penal como herramienta de “combate” contra las “personas peligrosas” ha ido resquebrajando principios estructurales del derecho penal sustantivo y procesal<sup>73</sup>, lo cual ha abierto la puerta a la imposición de las medidas de seguridad (incluso de duración ilimitada) para imputables, al abuso de la detención preventiva, a excesos en la intervención de comunicaciones y al empleo discrecional (en el sentido de ligeramente regulado) de figuras como el agente provocador o el agente encubierto<sup>74</sup>. La circunstancia de que la prevención implique una mirada al futuro permite que el derecho penal opere teniendo en mente más lo que pueda hacer alguien que lo que ya ha hecho; eso solo se puede llevar a cabo si se considera a la persona como un sujeto peligroso que debe recibir una sanción no por haber delinquido sino para evitar que pueda hacerlo.

El derecho penal debe mantener su naturaleza retributiva, pero no como manifestación de venganza estatal sino como una forma de reafirmar (en el plano comunicativo) la vigencia de la norma que protege a los bienes jurídicos frente a determinada clase de ataques, para de esa forma posibilitar la equilibrada convivencia social. La labor del derecho penal no es ni la de crear las condiciones políticas, económicas y sociales que posibiliten la vida digna en comunidad, ni la de preparar al ciudadano para desenvolverse en ese ambiente de libertades individuales limitadas en favor de una armónica convivencia. Esas son actividades que les incumben a otras instituciones sobre las que el Estado tiene un control directo o indirecto, como las que se ocupan de la educación (familiar e institucional) de los ciudadanos o del desarrollo social en ámbitos como el de la salud, la vivienda, los servicios públicos, el trabajo, el mantenimiento de

72 Ferri, *Principios*, 276. Sin embargo, frente a las críticas que se le formularon a su concepción de la teoría del delito, el propio Ferri terminó matizando esas afirmaciones al sostener que las labores de prevención orientadas a contener la “peligrosidad social” deberían dejarse en manos de la policía, mientras el derecho penal tendría que concentrarse en el manejo de la “peligrosidad criminal”. Cfr. Ferri, *Principios*, 277 a 282.

73 Sobre la tendencia hacia un derecho penal (material y procesal) de la puesta en peligro cfr. Manuel Cancio, “Derecho penal del enemigo”, en *Derecho Penal del enemigo*, de Günther Jakobs y Manuel Cancio (Madrid: Thomson-Civitas, 2003), 64.

74 Cfr. Jakobs, “Derecho penal”, 45.

la seguridad a cargo de las autoridades policivas y la garantía de acceso a la justicia.

La contribución que presta el derecho penal al mantenimiento de una ordenada vida en comunidad consiste en sancionar a quien comete un delito y en posibilitar que, mientras la pena se cumple, el Estado (a través de otras de sus instituciones) pueda seguir adelantando las labores que considere necesarias para permitir la reintegración social del condenado<sup>75</sup>. Es precisamente su naturaleza retributiva (orientada a los propósitos ya indicados en páginas anteriores) la que explica la existencia del principio de *ultima ratio* conforme al cual el derecho penal solo debe intervenir cuando no haya otra forma de controlar el delito, esto es, cuando los demás mecanismos de los que el Estado dispone para conseguirlo hayan fracasado.

A sabiendas de que cualquier propuesta en favor de unas mejores condiciones de seguridad es bien recibida por la sociedad, se ha optado por recurrir al derecho penal como una forma de garantizarla<sup>76</sup>. En este ámbito, el derecho penal tiene la ventaja de ser una herramienta barata (es más costoso invertir en mejorar las condiciones de vida de la comunidad) y rápida<sup>77</sup> (el conflicto social se da por finalizado con la imposición de la pena). Pero en la medida en que no se intervienen las causas de la delincuencia, lo único que se consigue es una sensación pasajera de tranquilidad que, cuando comienza a desvanecerse, suele llevar a reforzar la intervención del derecho penal a través de la creación de nuevos delitos, o del agravamiento de las sanciones<sup>78</sup> desde el punto de vista de su naturaleza<sup>79</sup>, su duración<sup>80</sup> o las condiciones de ejecución<sup>81</sup>. Esa es la principal característica del denominando populismo punitivo, que conduce a una

75 Refiriéndose a la reconciliación, Silva Sánchez sostiene que lo que debe hacer el derecho penal "es no obstaculizarla, en la medida de lo posible". Cfr. Silva Sánchez, *Malum passionis*, 223, 228 y 235.

76 "El derecho penal, que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha 'administrativizado'". Silva Sánchez, *La expansión*, 123.

77 "[...] el deseo del Estado de utilizar la pena como un medio simple y aparentemente gratuito para alcanzar fines políticos está siempre presente, y la lucha contra la criminalidad despierta gran simpatía en la población". Vormbaum, "La confrontación", 741 y 742.

78 "El error de que la pena debe llegar a tal grado de severidad que impida el delito en todos los facinerosos, fue causa fatal para el progresivo encarnizamiento de los suplicios". Carrara, *Sobre la crisis*, 131.

79 En los últimos años, en Colombia se ha insistido reiteradamente en la implantación de la cadena perpetua.

80 La mayoría de las modificaciones periódicas que se hacen al Código Penal colombiano tienen que ver con el aumento de las penas.

81 Con frecuencia se cuestiona que las personas sean condenadas a penas privativas de la libertad en sus sitios de residencia (lo que usualmente se denomina "casa por cárcel" o "prisión domiciliaria"), con el argumento de que en tales sitios la privación de la libertad se cumple con algunas comodidades.

política criminal sin legitimidad<sup>82</sup>: vender a una ciudadanía necesitada de seguridad la ilusión de que el derecho penal es capaz de brindarla a través del aislamiento (o eliminación) de los individuos peligrosos.

## Conclusión

El derecho penal no está concebido para proporcionar seguridad más allá de la jurídica; no tiene como función la prevención de los delitos mediante la eliminación de todos los peligros que se pueden cernir sobre los bienes jurídicos, ni a través del control de las conductas de los ciudadanos<sup>83</sup>. Su intervención se debe producir cuando las herramientas de las que dispone el Estado para prevenir el crimen fallan y, como consecuencia de esto, alguien comete un delito. Pero su propósito no es el de prevenir delitos eliminando todos los peligros para el bien jurídico y moldeando la conducta de los ciudadanos para conseguirlo.

Devolverle al derecho penal su naturaleza retributiva permite afianzar la vigencia de algunos de sus más importantes pilares, erigidos con mucho esfuerzo y durante años de férrea y constante oposición a la barbarie y arbitrariedad que caracterizaban las formas primitivas de justicia; se ampara así la garantía del derecho penal de acto, se lo preserva como *ultima ratio*, y se asegura el respeto al principio de culpabilidad. A partir de la aceptación de su naturaleza retributiva, la teoría del delito debe encaminarse a garantizar el uso restringido de la pena<sup>84</sup> a través de la consolidación de una dogmática limitadora de la punibilidad<sup>85</sup>, con estricto respeto a los principios del derecho penal, dejando las labores de prevención (salvo la que marginalmente se deriva del uso de la pena) a otras instituciones.

Eso no significa que el derecho penal no pueda intervenir frente a algunos casos en los que exista peligro para un bien jurídico, como ya ocurre respecto de las tentativas y los delitos de peligro concreto; pero en esas hipótesis su intervención no debe estar orientada a la inocuización de

82 "Se vislumbra el peligro de que se pase de 'un derecho penal del ciudadano' a un 'derecho penal del enemigo', a un 'derecho penal del peligro', a una 'política criminal sin legitimidad'; del 'Estado de derecho' al 'Estado de derecho socialautoritario', al 'Estado de prevención', al 'Estado de intervención social', al 'Estado de seguridad', al 'Estado de intervención finalista'". Vormbaum, "La confrontación", 740.

83 "Las teorías de la prevención llevan a integrar el derecho penal en un amplio régimen de la lucha contra los peligros y el comportamiento, reduciendo la identidad de los destinatarios de las normas a las condiciones de su efectiva dirigibilidad". Pawlik, *Confirmación*, 99.

84 Cfr. Vormbaum, "La confrontación", 742.

85 "Tanto de lege lata como de lege ferenda la dogmática se muestra como el instrumento de la seguridad jurídica, así como de la limitación racional de los procesos de criminalización y de penalización de conductas". Silva Sánchez, *Malum passionis*, 27. En similar sentido, cfr. Vormbaum, "La confrontación", 742.

sujetos peligrosos, sino a la represión por el desarrollo de conductas que generen un efectivo peligro para el bien jurídico y que no tengan una forma menos invasiva de controlarse. Un derecho penal que propugne por la eliminación de todos los peligros para los bienes jurídicos<sup>86</sup> se ve cada vez más impelido a intervenir en la esfera individual de las personas para intentar conseguirlo, con lo que deriva en una sorprendente paradoja<sup>87</sup>: propicia inadmisibles recortes a la libertad ciudadana para cuya preservación fue concebido<sup>88</sup>, dando paso a lo que Vormbaum denomina un Estado de derecho social-autoritario<sup>89</sup>.

## Referencias

- Cancio, Manuel. "Derecho penal del enemigo". En *Derecho Penal del enemigo*, de Günther Jakobs y Manuel Cancio. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.
- Carrara, Francesco. "Sobre la crisis legislativa en Italia". En *Opúsculos de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis, 1976.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta S. A., 1995.
- Ferri, Enrique. *Principios de Derecho Criminal*. Madrid: Reus, 1933.
- Ferri, Enrico. *Sociología criminal*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1908.
- Frisch, Wolfgang. "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal". *InDret* 3 (2007).
- Frisch, Wolfgang. "Sicherheit durch das Strafrecht". En *Ellen Schlüchter-gs*. Colonia-Berlín-Bonn-Munich: Carl Heymanns Verlag, 2002.
- Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1999.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien des Philosophie des Rechts*. Berlín: Duncker & Humblot, 1833.
- Hörnle, Tatjana. *Teorías de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Jakobs, Günther. "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo". En *Derecho Penal del enemigo*, de Günther Jakobs y Manuel Cancio. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

86 Un derecho penal garantista siempre dejará un espacio para "riesgos residuales de peligrosidad". Cfr. Robles Planas, "Sexual", 18.

87 Para Frisch, quien quiera libertad debe estar dispuesto a pagar el precio (unido a ella) de un derecho penal limitadamente eficiente. Cfr. Wolfgang Frisch, "Sicherheit durch das Strafrecht", en *Ellen Schlüchter-gs* (Colonia-Berlín-Bonn-Munich: Carl Heymanns Verlag, 2002), 686. Sin embargo, esta afirmación parte de entender que el derecho penal debe estar orientado a la prevención del delito, labor en la que (para usar las palabras de Frisch) se ha mostrado "limitadamente eficiente", en el sentido de que, pese a su reiterada utilización, la criminalidad no ha desaparecido. Si, por el contrario, se asume que el derecho penal tiene como propósito la represión de los delitos, su grado de eficiencia debería medirse por su capacidad de sancionar los delitos que se cometan y no por su aptitud para impedir que estos ocurran.

88 "[...] el derecho penal no puede abandonar la primacía de la libertad. Esta es la principal garantía contra el totalitarismo y la arbitrariedad estatal". Robles Planas, "Sexual", 18.

89 Cfr. Vormbaum, "La confrontación", 740.

- Jakobs, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 1996.
- Kindhäuser, Urs. *Gefährdung als Straftat*. Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann Verlag, 1989.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.
- Pawlik, Michael. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Pawlik, Michael. “La pena retributiva y el concepto de delito”. En *La libertad institucionalizada: Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- Peñaranda, Enrique. “La pena: nociones generales”. En *Manual de introducción al derecho penal*, coordinado por Juan Antonio Lascaraín. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2019.
- Pérez Manzano, Mercedes. *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid Ediciones, 1986.
- Reyes, Yesid. “El concepto social-comunicativo de acción”. En *Libro Homenaje a Agustín Jorge Barreiro*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid Ediciones, 2019.
- Reyes, Yesid. “¿Sirve de algo el bien jurídico? Una perspectiva social”. En *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, vol 1. Madrid: Reus, 2020.
- Robles Planas, Ricardo. “‘Sexual Predators’: Estrategias y límites del derecho penal de la peligrosidad”. *InDret* 4 (2007).
- Roxin, Claus. *Derecho penal - Parte general*. Madrid: Civitas, 1997.
- Schopenhauer, Arthur. *El mundo como voluntad y representación*. Madrid: Trotta, 2004.
- Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Malum passionis: Mitigar el dolor del derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2018.
- Vormbaum, Thomas. “La confrontación con el derecho penal nacionalsocialista”. En *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro en homenaje a Eberhard Struensee*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2011.
- Welzel, Hans. *Derecho penal alemán - Parte general*. Santiago Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.



# **Reformas legales y justicia penal en Colombia**

**La lenta e imperceptible configuración de un modelo “eficientista”<sup>\*,\*\*</sup>**

Juan Oberto Sotomayor Acosta

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.619>

\*\* Artículo derivado del proyecto de investigación "Corrupción, democracia y sistema penal: Problemas de atribución de la responsabilidad penal en los delitos asociados a la corrupción pública y privada", que el autor desarrolla en la Universidad EAFIT, Código interno: 956-000008.

## Introducción

Parece existir acuerdo en entender la proliferación legislativa como una de las características más relevantes del Estado colombiano; también existe consenso en que, desde sus orígenes, la abundante producción normativa ha estado siempre acompañada de una notoria dosis de ineficacia<sup>1</sup>. Ambas características, esto es, proliferación legislativa e ineficacia, son hoy particularmente evidentes en el campo penal, sobre todo teniendo en cuenta la producción legislativa de los últimos veinte años, a partir de la cual ha tenido lugar una importante reconfiguración del sistema penal colombiano<sup>2</sup>, como respuesta a la endémica crisis de legitimación de una justicia penal a la que le resulta cada día más difícil legitimarse por sus resultados.

En efecto, la cantidad y la calidad de las reformas legales penales de los últimos años en Colombia han sido de una magnitud tan considerable que está dando lugar a un “nuevo” sistema penal, o al menos a uno cuyas características no pueden ser explicadas con las herramientas teóricas tradicionales. Así sucede, por ejemplo, con el hecho de que la mayoría de dichas reformas supone, en mayor o menor grado, la ruptura (o por lo menos el conflicto) con el sistema de garantías penales y procesales que suele legitimar la intervención penal del Estado constitucional. Cuando esto no sucede en unas cuantas leyes aisladas, sino como una tendencia que se mantiene durante un largo periodo, difícilmente dicho fenómeno

1 Véase, al respecto, Mauricio García Villegas y César Rodríguez, “Derecho y sociedad en América Latina: Propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos”, en *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, editado por Mauricio García Villegas y César Rodríguez (Bogotá: Ilse y Universidad Nacional de Colombia, 2003), 42.

2 Una aproximación inicial a la legislación penal desde este punto de vista se realiza en Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 71 (2007): 33-55.

se podría seguir explicando como un “defecto” de la ley (que requiere, por lo tanto, otra intervención del legislador para corregirlo), sino más bien como una característica del sistema<sup>3</sup>, cuya legitimación habrá que buscarla necesariamente por fuera del derecho penal liberal.

Esta ruptura con los principios constitucionales por supuesto no supone ninguna novedad en la legislación penal colombiana, pues, por el contrario, se trata de algo que históricamente ha sido una de sus características<sup>4</sup>. La novedad de hoy se encuentra en el hecho de que ya no se acude a dichas medidas con fundamento en un estado de excepción o de emergencia que legitima la suspensión de las garantías constitucionales, como medio para superar la situación de “excepción” o de “emergencia”<sup>5</sup>, por la sencilla razón de que salta a la vista el inconveniente que supone la permanencia en el tiempo de medidas legitimadas por su excepcionalidad y temporalidad. La nueva legislación, por el contrario, parece renunciar desde un comienzo al modelo de la excepción y más bien opta por justificar las funciones que el sistema realmente cumple como aquellas que debería cumplir. En otras palabras, si hasta ahora el sistema penal ha fracasado en el logro de los objetivos que lo legitiman, como son los de la prevención de delitos y de castigos arbitrarios e injustificados<sup>6</sup>, el nuevo sistema penal se ha dado a la tarea de readecuar sus objetivos a aquello que efectivamente hace, como única forma de mostrarse eficaz, así esto se realice al costo de renunciar, en mayor o menor medida, al discurso de las garantías y al Estado de derecho.

## **El “punitivismo” como característica del sistema penal colombiano**

Estas constantes reformas legales han supuesto un crecimiento desmesurado del sistema penal en dos sentidos: por una parte, un crecimiento de la *extensión* punitiva, por medio de la creación de nuevas figuras delictivas; por ejemplo, entre el 2008 y la mitad del 2019 se expidieron alrededor de 49 leyes penales, que crearon alrededor de 54 nuevos delitos. Por otro lado, se ha presentado también un notorio incremento de la *intensidad* punitiva, esto es, un aumento de la duración de la pena de prisión, exclusión de beneficios y subrogados penales, introducción de nuevas circunstancias de agravación punitiva, ampliación de las circunstancias en las que

3 García Villegas y Rodríguez, “Derecho y sociedad en América Latina”, 15 y ss.

4 Cfr. García Villegas y Rodríguez, “Derecho y sociedad en América Latina”, 38-46.

5 Cfr. Manuel Iturralde, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción* (Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2009).

6 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 331-334.

se puede incurrir en un delito, fortalecimiento de la detención preventiva, disminución de los derechos del procesado, etc.

Este “punitivismo” ha hecho del *autoritarismo*, esto es, el uso frecuente de la fuerza y de procedimientos autocráticos por parte de los creadores y aplicadores del derecho<sup>7</sup>, otra característica de particular notoriedad en el sistema penal actual, que se hace visible, entre otros, por los siguientes efectos:

1. Debilitamiento del sistema de garantías penales y procesales en general, tanto en el momento de la creación misma de la ley, como en su aplicación práctica, ya no como un mal menor justificado por el modelo de la excepción, sino muchas veces como objetivo abiertamente declarado<sup>8</sup>.
2. Desbordamiento del sistema judicial y con esto el incremento de la cifra negra de la criminalidad y de impunidad; según la Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana realizada por el DANE en el 2018<sup>9</sup> solo el 28,7 % de las personas encuestadas que reconoció haber sido víctima de algún delito denunció el hecho, lo cual sitúa el índice de criminalidad oculta en el país en el 71,3 %<sup>10</sup>. De igual forma, a pesar de lo difícil que es determinar la magnitud exacta de la impunidad en Colombia, las cifras disponibles no son nada alentadoras. Es sabido que la mayoría de hechos delictivos ni siquiera logran superar la fase de indagación preliminar y, más grave aún, delitos de especial relevancia como el homicidio escasamente llegan a ser procesados por el sistema<sup>11</sup>.
3. Colapso del sistema carcelario, que ha convertido la prisión no solo en una pena “cruel, inhumana y degradante”, según lo ha corroborado la propia Corte Constitucional<sup>12</sup>, sino también cada vez más

7 García Villegas y Rodríguez, “Derecho y sociedad en América Latina”, 23.

8 Véanse algunos ejemplos en Juan Oberto Sotomayor Acosta, “El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual”, en *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur*, coordinado por Fernando Velásquez et al. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad de los Andes, 2013), 282-286.

9 DANE, “Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana”, [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/convivencia/2018/Bol\\_ECSC\\_2018.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/convivencia/2018/Bol_ECSC_2018.pdf).

10 Por supuesto tales datos no pueden entenderse indicativos de la extensión de la criminalidad real en el país, como ya se señaló en Sotomayor Acosta, “Las recientes reformas penales”, 16-24, pero sí dan una idea de la dimensión del fenómeno. Sobre las limitaciones de este tipo de estudios véase Máximo Sozzo, “¿Contando el delito?: Análisis crítico y comparativo de las encuestas de victimización en la Argentina”, *Cartapacio de Derecho*, n.º 5 (2003): 29-35.

11 “Nueve de cada diez asesinatos en Colombia quedan impunes”, *El Tiempo*, 18 de julio del 2015, <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16115768>.

12 La Corte Constitucional ha reiterado el estado de cosas inconstitucional de las cárceles colombianas en razón de su masiva y estructural violación de derechos fundamentales en las sentencias T-153 de 1998, T-388 del 2013 y T-762 del 2015, pese a lo cual ha seguido manteniendo una posición bastante laxa ante el uso indiscriminado de la prisión por parte del legislador.

selectiva, centrada en la criminalidad proveniente de los sectores más vulnerables de la población.

Lo anterior supone una crisis de legitimación del sistema penal de considerables proporciones, pues frente a sus objetivos constitucionales declarados el sistema se muestra y se percibe ineficaz: tanto para controlar la criminalidad como para garantizar una respuesta penal justa frente a esta.

## **La reforma estructural de la justicia penal en Colombia: un sistema penal de la eficiencia**

En Colombia se ha pretendido explicar el estado actual del sistema penal como efecto de un “populismo punitivo”<sup>13</sup>. Sin embargo, si bien es posible que en el país existan algunos rasgos coincidentes con la nueva cultura del control de la que habla Garland<sup>14</sup>, lo cierto es que dicha perspectiva resulta claramente insuficiente para explicar algunas de las reformas legislativas más importantes de los últimos años<sup>15</sup> y los cambios estructurales operados dentro de la justicia penal.

Como ya se indicó, la dificultad del sistema penal colombiano para legitimarse a partir de sus objetivos constitucionales declarados lo ha conducido en la práctica a abandonar la legitimación ideológica que tradicionalmente lo había caracterizado, para escudarse ahora en una legitimación tecnocrática<sup>16</sup>, orientada sobre todo a ajustar los objetivos del sistema a aquello que realmente hace o puede hacer. En efecto, hasta hace poco la legitimación del sistema penal estuvo basada en la utilización de la herramienta punitiva como medio para disuadir a los miembros de la sociedad de la comisión de delitos o de rehabilitar a las personas que ya habían delinquido; de esta manera, el sistema lograba mostrarse acorde con los objetivos constitucionales perseguidos, así fuese solo en el plano del discurso, pues ante las dificultades de realización práctica se acudió

13 Así, Comisión Asesora de Política Criminal, *Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano* (Bogotá: Ministerio de Justicia, Agencia Internacional de Cooperación de Colombia, Unión Europea, 2012), 34. Sobre el término “populismo punitivo” véase en mayor detalle a Elena Larrauri, “Populismo punitivo... y como resistirlo”, *Jueces para la Democracia*, n.º 55 (2006): 15-22.

14 David Garland, *La cultura del control: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (Barcelona: Gedisa, 2005): 39-61.

15 Cfr. Fernando León Tamayo Arboleda, “La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano”, *Revista Criminalidad*, n.º 58 (2016): 21-35; Juan Pablo Uribe Barrera, “¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 78 (2012): 73-82.

16 Se utilizan los conceptos de “legitimación ideológica” y “legitimación tecnocrática” en el sentido expuesto por Alessandro Baratta en “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”, *Poder y Control*, n.º 0 (1986): 83-86.

con frecuencia a la “excepción”, como ya se indicó, en busca de una eficacia que no podía alcanzar a partir de sus objetivos declarados. El cambio en el modelo de legitimación se aprecia en el hecho de que de manera paulatina el sistema se ha ido adaptando a aquello que efectivamente hace; y eso que el sistema penal *es* hoy se pretende legitimar como aquello que *debe ser*; de ahí que los discursos legitimadores no pretenden ahora ocultar una realidad del sistema penal contraria a sus objetivos declarados, sino mostrarnos dicha realidad como el objetivo deseable o, en todo caso, como la realidad “normal”<sup>17</sup>. Esto ha ido de la mano de la introducción de un modelo “gerencialista” en las políticas públicas<sup>18</sup>, que atiende más a la eficiencia, es decir, a la manera de lograr los cometidos, que a la eficacia, esto es, a la consecución efectiva de los fines externos. Esta racionalidad gerencial, como explica Brandariz García, ha supuesto la construcción de nuevos referentes de éxito para la valoración externa: “el objetivo en este ámbito es generar una nueva imagen de eficacia, a los efectos de incentivar la confianza en el sistema y de contener el temor al delito”<sup>19</sup>.

Lo anterior se refleja en una marcada tendencia al abandono de las doctrinas de la prevención general negativa (disuasión general) y de la prevención especial positiva (rehabilitación) como criterios de legitimación de la intervención penal, y la consolidación de su sustitución por criterios abiertamente tecnocráticos o “eficientistas”, como el de la prevención especial negativa (incapacitación), u otros meramente simbólicos, como el de la prevención general positiva (integración), cuya característica común es la de mostrar aquello que el sistema *hace* como aquello que *debería hacer*<sup>20</sup>. En ambos casos se trata de mostrar la realidad existente como una realidad “deseable” o en todo caso “normal”, bien porque se muestre como moral o políticamente aceptable que a las personas se las mantenga encarceladas, aún sin condena, o se las condene a largas penas de prisión (a sabiendas de que esto implica la imposibilidad de que se reintegren luego a la sociedad), pues al fin y al cabo de dicha manera se las incapacita para delinquir (prevención especial negativa); o porque el mensaje sea el de que se deben castigar los delitos como única manera de mantener el orden social y la confianza en el funcionamiento de dicho orden (prevención general positiva), sin que en el fondo importe realmente el “orden” de que se trate.

Pues bien, un análisis detallado de los efectos de las reformas penales de los últimos años permite descubrir que la mayoría de dichas

17 Baratta, “Viejas y nuevas estrategias”, 84.

18 Véase con amplitud a José Ángel Brandariz García, *El gobierno de la penalidad: La complejidad de la política criminal contemporánea* (Madrid: Dykinson, 2014), 116-117; en general, 107-135.

19 Brandariz García, *El gobierno de la penalidad*, 118.

20 Cfr. Baratta, “Viejas y nuevas estrategias”, 85. Para Ferrajoli, *Derecho y razón*, 323-324, también en este caso se está ante una doctrina ideológica de legitimación, al partir de la *falacia naturalista* de derivar el deber ser de la pena del ser de la misma.

reformas se orientan en esta dirección, es decir, a la construcción de un sistema penal más eficaz, ya no en los términos instrumentales del logro de unas condiciones objetivas de mayores garantías de seguridad para todos (incluyendo, por supuesto, también la seguridad de los derechos de los que han delinquido o son sospechosos de haberlo hecho), sino en los de la cruda pero efectiva exclusión social sin máscaras, o en los términos simbólicos de una seguridad subjetiva, es decir, del incremento de la *sensación* de seguridad, para lo cual se ha acudido a diversas estrategias legislativas tendientes a lograr la *apariencia de eficacia*, o bien su equivalente funcional, el *ocultamiento de la ineficacia*.

Entre las estrategias legislativas utilizadas en la implementación del “eficientismo” penal sobresalen las siguientes seis.

### **“Deshacerse” de las causas menores**

Con el argumento de que a esto obedece la permanente congestión del sistema, desde hace muchos años y a través de distintos mecanismos el Estado ha intentado “deshacerse” de las “causas menores”, que suelen ser las que acaparan la atención del sistema penal. En tal dirección se han propuesto distintas salidas “fáciles” para estos casos, de manera que el sistema penal ordinario supuestamente pueda ocuparse de la criminalidad grave. Así ha sucedido al menos desde las leyes 2.<sup>a</sup> de 1984 y 23 de 1991, que convirtieron en contravenciones de policía algunos delitos, pasando por la consagración del principio de oportunidad en la Ley 906 del 2004, la fallida ley de pequeñas causas (1153 del 2007), hasta llegar a la actual Ley 1826 del 2017, consagratoria del procedimiento abreviado y el acusador privado.

En el origen de esta estrategia legislativa suele estar la legítima preocupación por la ineficacia que el sistema muestra en relación con la criminalidad más grave. No obstante, se trata de una estrategia que ha fracasado por muy diversos factores, entre los que destacan dos: en primer lugar, tales medidas hasta ahora se han implementado, sobre todo, como estrategias de descongestión del aparato de justicia penal, pero sin renunciar al uso del sistema penal en tales casos; luego, el resultado, por supuesto, no ha sido la descongestión del sistema penal sino el traslado de dicha congestión de un despacho a otro: de los juzgados municipales a las inspecciones de policía y viceversa, y de las fiscalías locales y seccionales a las unidades de reacción inmediata, etc.

En segundo término, un análisis retrospectivo de estas reformas da cuenta de que la persistencia del enfoque punitivo en el tratamiento de la criminalidad de bagatela y delitos menores puede obedecer al simple hecho de tratarse de uno de los pocos sectores en los que el sistema penal puede mostrar cierta eficacia; y quizás esto también explica el hecho de que las mencionadas reformas hayan ido acompañadas, por lo general,

de la supresión de requisitos y de garantías sustanciales y procesales, como una manera de asegurar formas más fáciles de procesar y condenar (por ejemplo, a través de procedimientos abreviados). Por todo esto no es de extrañar, entonces, como se expone luego, la poca utilización que hasta ahora se ha dado al principio de oportunidad introducido por la Ley 906 del 2004<sup>21</sup>, por cuanto su aplicación en estos casos implicaría una reducción importante de los niveles de eficacia del sistema.

### **La redefinición de los objetivos de la justicia penal: detener preventivamente antes que condenar**

Ya se dijo antes que el modelo de legitimación de corte tecnocrático que se viene imponiendo está dando lugar a una redefinición de los objetivos del sistema penal, con el fin de adecuarlos a aquello que este efectivamente hace o se encuentra en capacidad de hacer, y mostrar así una eficacia que no puede alcanzar cuando de los objetivos tradicionales de prevención y garantías se trata. Esto se ha hecho evidente de manera particular en una ya consolidada tendencia a entender el proceso penal como mecanismo autónomo de control social, es decir, a entender el procesamiento penal como un objetivo en sí mismo y, hoy por hoy, inclusive, como un objetivo prioritario. Esto ha sido posible, sobre todo, por el carácter estigmatizador del propio proceso penal y por la funcionalidad que a tal propósito ofrece el uso de la detención preventiva, que ha convertido al *proceso como condena*<sup>22</sup> en una de las características principales del sistema penal colombiano en la actualidad.

Es cierto que no se está ante ninguna novedad, pues el abuso de la detención preventiva ha sido una de las características permanentes del proceso penal en América Latina<sup>23</sup>. La diferencia se encuentra ahora en que lo que antes era visto como un “defecto” u “objetivo oculto” se muestra hoy como un objetivo declarado y fundamental del sistema. Son varias las evidencias legislativas que así lo acreditan, empezando por el hecho de que a partir de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal (CPP), mediante la Ley 906 del 2004, buena parte de las reformas legales se han centrado en la modificación de la pena mínima de un buen número de delitos, las cuales ahora, por lo general, suelen partir de los cuatro años de prisión, esto es, de la pena mínima necesaria para que proceda la detención preventiva (art. 313 CPP).

21 Cfr. Corporación Excelencia en la Justicia, *Balance diez años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia (2004-2014): Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento* (Bogotá: USAID, 2015), 42-45.

22 Cfr. Sotomayor Acosta, “Las recientes reformas penales”, 41-43.

23 Véase Ilanud, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe: Estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno* (San José: Ilanud, 1983).

Se trata de un cambio fundamental en la estructura del sistema, pues en el discurso tradicional del derecho penal la fijación de la pena abstracta, y en particular de la pena mínima, se realiza en función de la necesidad de pena requerida para disuadir a la colectividad de la comisión futura de dicha conducta (prevención general negativa), para lograr la rehabilitación social de quien ya ha delinquido (prevención especial positiva) o, en últimas, en razón de la gravedad del hecho (retribución). Por el contrario, el criterio utilizado por el legislador penal colombiano durante los últimos quince años en la fijación de la pena mínima del delito ha sido el de la pena necesaria para detener preventivamente. De esta manera, el proceso deja de ser el medio para el establecimiento de la responsabilidad penal del procesado, como presupuesto necesario para lograr los fines preventivos (o retributivos) de la condena penal; el objetivo ahora es el de detener preventivamente y para esto se utiliza como medio la amenaza penal. Se trata, pues, de una inversión de la clásica visión instrumental del proceso penal: ahora el proceso mismo constituye el castigo que se impone y, para lograrlo, se acude a la pena (a la definición del hecho como delito, bajo la amenaza de una pena) como medio.

El efecto de todo esto ha sido el crecimiento desmesurado de la pena mínima de una gran cantidad de delitos, con el fin de facilitar la detención preventiva, sin que en realidad importe mucho si finalmente la persona es condenada o no, pues el hecho de lograr una detención preventiva hace que el sistema se muestre eficaz e incrementa, en consecuencia, la sensación de seguridad, aun cuando sea al costo de renunciar al quizás más básico de los principios del derecho penal de un Estado de derecho: *nulla poena sine crimine*<sup>24</sup>. No debe sorprender, entonces, que la ausencia de detención preventiva en algún caso concreto sea vista y tratada, no solo por sectores de la opinión pública y los medios de comunicación, sino por funcionarios gubernamentales y el propio legislador penal, como sinónimo de ineficacia e impunidad<sup>25</sup>. Cualquiera que tenga una mínima aproximación al funcionamiento real del sistema penal en Colombia puede constatar que al núcleo del proceso penal lo constituyen las audiencias preliminares en las que se define la libertad de la persona durante el proceso (audiencias de legalización de captura, imputación y de medida de aseguramiento, principalmente), pues se sabe que, si la Fiscalía tiene éxito en dichas audiencias, no importa tanto luego el juicio oral, pues el sistema ya habrá cumplido en buena medida su objetivo<sup>26</sup>.

24 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 368-373.

25 Ejemplo de esto es la exposición de motivos de la Ley 1142 del 2007, presentada al Congreso por iniciativa conjunta del fiscal general de la nación y el ministro de Justicia, en la que abiertamente se justifica el incremento de la pena mínima de algunos delitos para posibilitar la detención preventiva y evitar así la "impunidad". Cfr. Sotomayor Acosta, "Las recientes reformas penales", 48.

26 Esta reorientación de los fines del sistema penal explica bien las dificultades de implementación que tuvo la Ley 1760 del 2015, uno de los pocos intentos legislativos de introducir límites al uso y

Lo anterior se ha visto fortalecido con la expedición de la Ley 1908 del 2018, que, al amparo de la lucha contra el crimen organizado, amplió el tiempo de detención preventiva hasta los cuatro años (art. 23), así como algunos términos procesales (art. 25): por ejemplo, el plazo que tiene la Fiscalía para presentar el escrito de acusación o solicitar la preclusión con posterioridad a la audiencia de imputación pasó de 60 a 400 días; el del inicio de la audiencia de juicio después de presentado el escrito de acusación pasó de 120 a 500 días; e, igualmente, el de emisión del sentido del fallo de 150 a 500 días a partir del inicio de la audiencia de juicio. El objetivo poco disimulado de esta ampliación de términos no es otro que el de facilitar que las personas continúen un mayor tiempo en régimen de detención preventiva, lo cual, dada la amplitud de la definición de lo que es un “grupo delictivo organizado” (art. 2.<sup>o</sup>)<sup>27</sup>, puede significar en la práctica una notable ampliación de la detención preventiva para la gran mayoría de delitos.

Este traslape de los objetivos del sistema penal está significando la legitimación de un régimen penal de carácter *predelictual*, que, *de facto*, se ha instaurado y consolidado a partir del criterio de la *peligrosidad social* (o “peligro para la comunidad” en los términos legales). En esta dirección, el actual art. 310 del CPP (modificado en este punto por las leyes 1453 del 2011 y 1760 del 2015) consagra auténticos “tipos de autor” (o inclusive de “sospecha”), tales como la “probable vinculación con organizaciones criminales (num. 1), antecedentes penales (num. 4), utilización de armas de fuego o blancas (num. 5) o la pertenencia “a un grupo de delincuencia organizada” (num. 7), por citar solo algunos supuestos, casos en los que opera una especie de presunción de peligrosidad, a partir de la concurrencia de alguno de los “indicadores” legales. De esta manera, la supuesta peligrosidad del imputado inclusive deja de ser algo que la Fiscalía tenga que fundamentar ante el juez de control de garantías en un caso concreto, pues sería suficiente con acreditar el “estado de peligrosidad social” respectivo (vinculación con una organización criminal, antecedentes penales, etc.).

Todo lo anterior se encuentra reflejado en las estadísticas: según los datos del Inpec<sup>28</sup>, alrededor del 30 % de las personas privadas de la libertad en Colombia se encuentra en detención preventiva; no obstante, se

---

sobre todo a la duración de la detención preventiva, expedida como consecuencia de la Sentencia C-390 del 2014 de la Corte Constitucional. No obstante que la propia ley definió sus efectos por un año, poco antes de que se cumpliera dicho término el mismo legislador, a iniciativa del mismo ente que había promovido la Ley 1760 (Fiscalía General de la Nación), expidió la Ley 1786 del 2016, modificando aquella ley y definiendo un año más su vigencia en los puntos más sensibles.

27 En igual sentido, Alejandro Arcila Castro, “Ley 1908 de 9 de julio de 2018. ‘Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones’”. *Nuevo Foro Penal*, n.º 91 (2018): 208.

28 Inpec, “Población intramural nacional”, <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-tableros-estadisticos>

trata de cifras incompletas y en algún sentido tergiversadas: incompletas porque en las cifras del Inpec no se recogen las personas recluidas en establecimientos carcelarios del orden municipal, como tampoco las que se encuentran en los centros de detención transitoria, que, según el propio Ministerio de Justicia, a noviembre del 2018 ascendían a 7607<sup>[29]</sup>; y la información se encuentra tergiversada porque incluye como “condenados” a un número indeterminado de personas que han sido condenadas en primera instancia pero han apelado la sentencia, cuando en estricto sentido dichas personas no pueden ser tratadas como tales, dado que la sentencia aún no se encuentra en firme. En consecuencia, no debe sorprender que el propio Ministerio de Justicia fije el número de personas en detención preventiva en el 50 %<sup>30</sup>.

## La búsqueda de la condena a cualquier costo

Quizás la estrategia legislativa que ha generado una mayor transformación del sistema penal colombiano ha sido la introducción de la “justicia premial”, a través de las rebajas de pena por aceptación de cargos y, sobre todo, de la figura de los preacuerdos y negociaciones de la Fiscalía con el procesado, introducida por la Ley 906 del 2004. Se trata de una estrategia orientada al logro de la condena a cualquier costo, aún al de la renuncia al proceso mismo.

Las cifras ayudan a entender el fenómeno: al 2014, las sentencias derivadas de la aceptación de cargos, preacuerdos y negociaciones representaron el 86 % del total de sentencias condenatorias durante los primeros diez años de vigencia del nuevo sistema procesal penal<sup>31</sup>. La cifra, no obstante, significa una disminución del 5 % de las condenas obtenidas por esta vía en el 2009, debido al impacto de la eliminación de los beneficios penales establecidos por algunas leyes<sup>32</sup> y, en especial, por los efectos de la Ley 1453 del 2011, que redujo los beneficios por aceptación de cargos en los eventos de captura en flagrancia, lo que significó una disminución importante del uso de la figura en estos casos, que en el 2013 pasó del 71,4 % al 23,8 %<sup>33</sup>. No obstante, la cifra del 86 % de *condenas sin proceso*<sup>34</sup> continúa siendo lo suficientemente relevante para entender este mecanismo

29 “El hacinamiento en cárceles ha sobrepoblado estaciones de Policía y URIS, advierten expertos”, *El Espectador*, 20 de agosto del 2019, <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-hacinamiento-en-carceles-ha-sobrepoblado-estaciones-de-policia-y-uris-advierten-expertos-articulo-876909>.

30 Así lo señala la Corte Constitucional en el Auto 110 del 2019, p. 14: “según el Ministerio, la cantidad de sindicados asciende al 50 % de la población privada de la libertad, ‘por lo que el hacinamiento actual e histórico es causado por los sindicados...’” (énfasis en el original).

31 Cfr. Corporación Excelencia en la Justicia, *Balance*, 49.

32 Por ejemplo, las leyes 1098 y 1121 del 2006.

33 Corporación Excelencia en la Justicia, *Balance*, 49-50.

34 Sotomayor Acosta, “Las recientes reformas penales”, 44-46.

como central en el funcionamiento del actual sistema penal, en tanto la existencia de un mayor número de sentencias condenatorias, obtenidas además de forma rápida, lo muestran como un sistema no solo eficaz en la represión de la criminalidad sino, al mismo tiempo, eficiente en su funcionamiento.

Por esta vía se ha producido, sin embargo, otra importante distorsión de los objetivos de la pena, pues en la medida en que el sistema se centra en lograr la aceptación de los cargos o un preacuerdo con el imputado, la pena tiende de nuevo a transformarse en un medio, ya no para disuadir a la colectividad a que no delinca o prevenir la reincidencia de quien ya delinquirió, sino para lograr una condena rápida y sin las exigencias propias de un proceso. Y para lograrlo se requiere, entonces, de una amenaza punitiva lo suficientemente severa como para que al imputado le resulte más riesgoso someterse a las inciertas consecuencias de un prolongado juicio que aceptar de manera anticipada su responsabilidad, con el beneficio de una pena menor o de la obtención de algún otro beneficio penal o, en ocasiones, de conseguir la libertad. En este contexto, el sistema penal no se encuentra en capacidad de garantizar que la pena recaiga de forma exclusiva en aquellos que la merecen y solo en la medida que lo merezcan. Así, al final, como ya lo denunciara Beccaria<sup>35</sup>, quien sale peor librado es precisamente el inocente, quien deberá soportar no solo, por lo regular, la detención preventiva, sino también el “tormento” que significa un largo proceso, por lo demás de resultado incierto, en el que se le amenaza con la imposición de penas particularmente severas.

Lo anterior se ve reflejado en los incrementos punitivos de la Ley 890 del 2004, que supuso un aumento, *en la mitad*, de la pena máxima establecida para todos los delitos, con el objetivo abiertamente declarado<sup>36</sup> de lograr la funcionalidad del mecanismo. En la misma dirección y lógica se ha orientado la gran mayoría de reformas legales posteriores, hasta el punto de que hoy en día delitos como el mero porte de armas de fuego de defensa personal (art. 365 cp) puede llegar a tener una pena de 24 años de prisión (es decir, una pena por lo general superior a la de la tentativa de homicidio e inclusive en algunos casos a la del homicidio consumado); y el solo concierto para delinquir (arts. 340 y 342 cp) puede conllevar una pena de hasta 27 años de prisión. Y pese a que el art. 34 de la Constitución Política prohíbe la prisión perpetua y el art. 37 cp fija en 50 años la duración máxima de la pena de prisión para un delito, en el caso del lavado de activos la pena máxima puede superar los 78 años de prisión (arts. 323 y 324 cp) y en el delito de tráfico de niñas, niños y adolescentes (art. 188C cp) puede llegar hasta los 90 años.

35 Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (Buenos Aires: Heliasta, 1993), 92-93.

36 Sotomayor Acosta, “Las recientes reformas penales”, 47.

A esto se suma una complaciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, por una parte, ha formalizado al extremo la audiencia de formulación de cargos, permitiendo de esta manera a la Fiscalía inflar la imputación penal casi a su antojo, con el argumento de que se trata de un mero acto de comunicación a cargo de la Fiscalía, estándole vedado al juez de garantías ejercer algún control material sobre los fundamentos fácticos, jurídicos o probatorios de dicha imputación; para la Corte, “si la Fiscalía convoca a juicio con fundamento en una imputación jurídica errada o respecto de la cual no cuenta con los medios de prueba suficientes para acreditar, en el grado de certeza, la materialidad de la conducta —con todas sus circunstancias— y la responsabilidad del acusado, la consecuencia jurídica será el fracaso de su pretensión condenatoria, mas no la ineficacia de los actos de imputación y acusación”<sup>37</sup>. Esto, si bien podría ser cierto, obliga al procesado a iniciar el proceso en una posición de clara desventaja, pues no se enfrenta en realidad a la amenaza de la pena que le correspondería, sino a una pena superior que, vista así, es tanto como amenazar con una pena ilegítima; además, bien se sabe que no siempre es posible desvirtuar en el juicio una acusación así construida, dada la desigualdad material de medios a disposición de la defensa, con mayor razón si el procesado carece de los recursos económicos para procurarse una defensa privada y debe acudir a la defensoría pública. Parece obvio que, en este escenario de posibilidades, correspondería al juez de *control de garantías* la función de verificar la existencia de una mínima inferencia razonable para imputar a una persona un acto delictivo, tal como parece establecerlo de manera expresa, por lo demás, el art. 287 cpp.

Por otro lado, esta misma laxitud jurisprudencial se aprecia en la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia en materia de preacuerdos y negociaciones, pues ha entendido que en estos casos al juez le está igualmente vedado ejercer un control material sobre el contenido del acuerdo<sup>38</sup>, lo que fácilmente posibilita la aceptación de responsabilidad por delitos no realizados o, simplemente, que atenuantes o eximentes a las que el sujeto desde un comienzo tendría derecho sean reconocidas luego como beneficios.

Ahora bien, como se indicó atrás, esta estrategia premial se ha visto condicionada por la simultánea tendencia legislativa orientada al endurecimiento punitivo, que ha conducido en algunos casos a la prohibición o disminución de las rebajas de pena por aceptación de cargos o preacuerdos. De ahí, entonces, los serios intentos de introducir modificaciones en el proceso penal, con el objetivo explícito de fortalecer la estrategia premial. El más ambicioso de dichos intentos fue el Proyecto de Ley 224

37 Corte Suprema de Justicia, Auto del 24 de enero del 2018, rad. 51.432, 12.

38 Entre otras, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de noviembre del 2017, rad. 46.930.

del 2015 de la Cámara de Representantes, presentado originalmente por el fiscal general de la nación de aquel entonces, Montealegre Lynett, que pretendió una amplísima reforma a la Ley 906 del 2004. Como se destaca en su exposición de motivos, la propuesta, entre otros aspectos igualmente relevantes, pretendía la “potencialización de los mecanismos de terminación anticipada del proceso... sobre la base de un aumento de la eficiencia de estos instrumentos para que entreguen mejores resultados y, en consecuencia, mejore la rentabilidad del cumplimiento de garantías dentro del proceso penal”<sup>39</sup>. Tal “potencialización” se concretaba, entre otras cosas, en la propuesta de eliminación de la audiencia de imputación de cargos, la supresión de las prohibiciones o disminuciones de los beneficios penales por aceptación de cargos o preacuerdos, así como en el relajamiento de las exigencias probatorias, a través de la admisión de la denominada “prueba de contexto” y la ampliación de la prueba de referencia, por destacar solo algunas de las propuestas de flexibilización de la garantías procesales incluidas en la frustrada reforma<sup>40</sup>.

Como puede apreciarse, la introducción de la “justicia premial” constituye quizás el más importante instrumento de legitimación tecnocrática del sistema penal, por cuanto, acorde con la nueva orientación gerencial<sup>41</sup>, convierte la eficacia en su único objetivo y se muestra aquello que el sistema hace como aquello que debería hacer. Pero lo cierto es que todas estas normas (y propuestas de normas) premiales orientadas al logro de la condena a cualquier costo, arrojan una eficacia meramente aparente, por cuanto el sistema penal de un Estado constitucional debe garantizar no la imposición de una pena sino de una pena justa, lo cual presupone como garantía mínima el proceso (*nulla poene sine iudicio*). Luego, un sistema penal solo puede reivindicarse eficaz cuando, por un lado, garantiza la condena de los culpables a la pena merecida; y, por otro, garantiza el no procesamiento o, en todo caso, la absolución del inocente, exigencias que, como se indicó antes, el sistema penal colombiano, hoy por hoy, no se encuentra en capacidad de lograr de manera medianamente satisfactoria.

## Procedimiento abreviado (Ley 1826 del 2017)

La Ley 1826 del 2017 es otro de los mecanismos que buscan incrementar la sensación de eficacia del sistema penal, por cuanto la supresión de la formulación de imputación por parte de la Fiscalía, al igual que la audiencia

39 Proyecto de Ley 224 del 2014 Cámara, <http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2015/05/exposicion-de-motivos-proyecto-de-ley.html>.

40 El Proyecto de Ley 224 del 2014 debió ser archivado por tránsito de legislatura en junio del 2015, no obstante, en el 2018, un proyecto similar (Proyecto de Ley 138) fue presentado a la Cámara de Representantes por varios miembros de esta corporación, corriendo igual suerte.

41 Cfr. Brandariz García, *El gobierno de la penalidad*, 119.

correspondiente ante el juez de control de garantías, así como la reducción de otros trámites procesales, en la práctica significa no solo que el procesado dispondrá de un menor tiempo para preparar su defensa sino, también, que habrá un menor control judicial sobre la imputación/acusación, pues de la fase de indagación previa se pasa directamente, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el art. 536 CPP, a la presentación del escrito de acusación, el cual deberá contener la imputación de cargos. En otras palabras: es posible que la persona solo se entere de los cargos en su contra cuando ya se encuentra acusada. Todo esto redundaría, entonces, en una merma importante de las garantías procesales y por esto se está ante un mecanismo a través del cual simplemente se pretende lograr una sentencia de forma más rápida.

La funcionalidad de la ley en el sentido indicado se incrementa por cuanto dicho procedimiento abreviado es aplicable no solo a todos los delitos que requieren querrela de parte para el inicio de la acción penal (art. 534-1 CPP), sino también a otro amplio catálogo de delitos (art. 543-2 CPP), entre lo cuales se encuentran muchos de los delitos de los que efectivamente se ocupa la justicia penal colombiana: lesiones personales, violencia intrafamiliar, inasistencia alimentaria, hurto, estafa, abuso de confianza, falsedad en documento privado, etc.

Por otro lado, la Ley 1826 también introdujo en el proceso penal colombiano la posibilidad de que la víctima del delito ejerza directamente la acción penal representada por su abogado, en aquellos supuestos que se tramiten por el procedimiento abreviado (art. 550 CPP), previa aprobación del fiscal del caso. La figura parece orientarse sobre todo a descongestionar las fiscalías, pero hasta el momento no ha tenido un impacto relevante en el funcionamiento de la justicia penal, quizás debido a las numerosas exclusiones y, sobre todo, a las implicaciones que su ejercicio supone desde el punto de vista disciplinario y penal (art. 551 CPP). No obstante, la figura del acusador privado significa un preocupante paso hacia la privatización de la justicia penal, pues al trasladar a la víctima la posibilidad de ejercer la acción penal, el Estado renuncia al monopolio estatal de la persecución penal, poniendo en riesgo una de las conquistas más importantes de garantía de los derechos<sup>42</sup> y generando una desigual protección de estos, pues a dicha figura solo podrán acceder aquellas víctimas que cuenten con los recursos necesarios para procurarse una representación privada.

42 Renato Vargas Lozano, "El ejercicio de la acción penal en Colombia: Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional", *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 7 (2012): 71-75.

## Desestimular y obstaculizar el acceso a la justicia penal

La redefinición de los objetivos del sistema penal hacia la consecución de la detención preventiva, la búsqueda de la condena a cualquier costo y el procedimiento abreviado son estrategias legislativas mediante las cuales se pretende aparentar una eficacia que la justicia penal en realidad no tiene, pues las cifras reales muestran resultados bastante pobres<sup>43</sup>: al 2014, las sentencias representaron solo el 5 % de las salidas de las noticias criminales que ingresaron, mientras el archivo representó el 70 %, del cual el 51,6 % se debió a la imposibilidad de identificar o dar con el paradero del presunto autor o de la víctima, es decir, a inoperancia del sistema; por su parte, la “atipicidad” de la conducta representó la causa del 42 % de los archivos. No obstante, todo parece indicar que el porcentaje de archivos por falta de identificación del autor o de la víctima del delito es en realidad mayor, dado que, a partir del Auto 0019 del 2007 de la Corte Suprema de Justicia, suele a veces incluirse la falta de identificación del autor como “atipicidad” de la conducta; por ejemplo, en el caso con spoa n.º 050016100335201816051 se dijo en la orden de archivo: “Se adoptó decisión de archivo por causal *atipicidad* (*imposibilidad de ubicar sujeto activo*)... Se aclara que no es que el hecho no haya sucedido sino que es imposible ubicar e identificar a la persona que cometió el hecho” (énfasis en el original). Es decir, se afirma que el hecho delictivo sí existió, pero se archiva por supuesta “atipicidad”, con lo cual, a los efectos de las estadísticas oficiales, este caso contó como archivo por “atipicidad”.

A partir de lo anterior resulta posible afirmar que el mecanismo legal del archivo de diligencias está siendo utilizado por la Fiscalía para, *de facto*, decidir qué delitos se persiguen y cuáles no, privilegiando aquellos que tienen mayores posibilidades de éxito, que suelen ser los casos que plantean menores exigencias de investigación, esto es, los casos de flagrancia e imputado conocido<sup>44</sup>. Esto pone de presente que ya en este primer nivel de atención la Fiscalía realiza un “filtro”, en el que tiende a priorizar aquellos casos que le resulta más fácil resolver, y así no solo

43 Corporación Excelencia en la Justicia, *Balance*, 39-42.

44 Corporación Excelencia en la Justicia, *Balance*, 42. Esta ha sido una característica de la justicia penal colombiana desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 del 2004, como en su momento lo pusieron de presente César Rodríguez, Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, “Entre el protagonismo y la rutina: Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia”, en *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, coordinado por Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (México: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003), 291; no obstante, dicha característica se ha profundizado con el nuevo sistema (cfr. Sotomayor Acosta, “Las recientes reformas penales”, 46) por cuanto, como explica Brandariz García, *El gobierno de la penalidad*, 120, la lógica cuantitativa que caracteriza el “gerencialismo” conduce, en materia de política criminal, a que agencias y operadores jurídicos se concentren de forma prioritaria en la persecución de aquellos hechos de fácil descubrimiento o prueba.

descongestionar el sistema sino mostrar una mayor eficacia en los casos que atiende.

En últimas, está operando *de facto* un principio de oportunidad *subterráneo* (o extralegal), pues su aplicación tiene lugar no solo por una causal no prevista en la ley (art. 324 CPP), sino, también, sin el control judicial que el sistema colombiano establece para estos casos, dado que el archivo es una diligencia de trámite contra la cual no cabe recurso alguno. Y bien se sabe que luego de una orden de archivo existen muy pocas posibilidades de que la Fiscalía por iniciativa propia reactive la indagación, por lo que una orden de archivo es práctica y funcionalmente equivalente a una renuncia al ejercicio de la acción penal.

A lo anterior habría que sumar también el número indeterminado de denuncias que son “inadmitidas” de plano, “cuando el fiscal conoce del caso y encuentra de plano que el hecho no existió o que carece de los elementos objetivos del tipo”<sup>45</sup>, acto que, al menos cuando se trata de denuncias presentadas de manera personal, se realiza de forma inmediata y oral, sin ninguna actividad de investigación y sin posibilidad alguna de control sobre la decisión adoptada. En la práctica, se trata de “filtrar” las denuncias para que solo ingresen aquellas en las que es evidente el carácter delictivo del hecho o tienen mayor “vocación de éxito”, lo cual es una manera bastante obvia de que el sistema se muestre eficiente, pues se dedica no a la investigación de las posibles conductas delictivas ocurridas, sino solo a aquellas que puede investigar con posibilidades de éxito.

También constituye un obstáculo al acceso a la justicia penal el hecho de que la Fiscalía General de la Nación sea la única entidad competente para recibir denuncias, lo que para el ciudadano implica la necesidad de trasladarse a las llamadas unidades de reacción inmediata (URI) y, por lo general, someterse a una larga espera, dada la congestión que suele presentarse en dichos lugares<sup>46</sup>; luego, no es de extrañar que algunas personas desistan de la denuncia luego de horas de espera y que otras simplemente no denuncien.

Como puede notarse, tanto el archivo como la “inadmisión” de denuncias, así como los demás obstáculos al acceso a la justicia penal, están funcionando en la práctica ya no como mecanismos para mostrar una mayor eficacia, sino como instrumentos que ocultan su ineficacia, pues, en primer término, al archivar un caso por “atipicidad” se está

45 Fiscalía General de la Nación, “Procedimiento de Intervención Temprana de Entradas”, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/tag/unidad-de-intervencion-temprana>.

46 Esta limitación se ha intentado solucionar abriendo la posibilidad de denuncias virtuales, pero no se prevé que esto dé lugar a alguna variación importante, dado que también estas denuncias son sometidas al mecanismo de “depuración temprana”, previéndose en estos casos muchas más “inadmisiones”, en razón de que cabe esperar un buen número de denuncias anónimas o sin datos precisos sobre el autor o el denunciante, o sobre los hechos mismos.

diciendo que el hecho denunciado no constituye delito y, por lo tanto, se está acreditando la eficacia del sistema, que ha logrado excluir estos supuestos del ámbito de la justicia penal; y al desestimular la interposición de una denuncia, o “inadmitirla” de plano, se impide su registro y, por lo tanto, se evita que cuente luego como un caso sin resolver. Todo lo cual podría ser entendido como reacción del sistema al dato incontrovertible de su incapacidad para evacuar una demanda cada vez más creciente, dada la insaciable voracidad punitiva del legislador penal colombiano, frente a lo cual se ha optado por desestimular u obstaculizar el ingreso de casos al sistema.

### **Principio de oportunidad y criterios de “priorización”**

Como se acabó de exponer, el principio de oportunidad podría ser una herramienta muy funcional en el actual sistema penal, toda vez que permitiría acreditar como cumplimiento de la ley la ausencia de persecución penal que hoy por hoy lo caracteriza. Sin embargo, hasta ahora no ha sido así, pues, al 2014, dicho mecanismo solo representaba el 0,06 % de las salidas del sistema<sup>47</sup>. Este bajísimo porcentaje, comparado con las expectativas iniciales que al respecto se tenían, se debe muy probablemente al carácter reglado y judicial, y no discrecional, del principio de oportunidad en la Ley 906 del 2004, y al engorroso trámite que al interior de la Fiscalía debe realizarse para lograr su aplicación<sup>48</sup>.

Quizás estas dificultades expliquen que el sistema, como quedó dicho atrás, haya ido creando sus propios mecanismos para “descongestionar” la fase de indagación, dada su incapacidad operativa para gestionar el cúmulo de casos que ingresan. De ahí su tendencia a “priorizar” la investigación de aquellos casos con una mayor “vocación de éxito”, que, como ya se dijo, suelen ser los que presuponen menores actos de investigación o unos más expeditos, lo que en la práctica significa, más que “priorizar”, *renunciar* a la investigación penal de los casos no seleccionados. Por este motivo no deben sorprender, por una parte, los intentos de modificación de la regulación del principio de oportunidad en procura de su ampliación y mayor aplicación práctica (como el ya citado Proyecto de Ley 224 del 2014 de la Cámara). Y, en la misma dirección, tampoco las iniciativas tendientes a formalizar los criterios de selectividad de la investigación bajo los que *de facto* opera la Fiscalía, como es el caso de la Directiva 0001 del 4 de octubre del 2012 de la Fiscalía General de la Nación, con la cual se pretendió trasladar al sistema ordinario de justicia penal los criterios

47 Cfr. Corporación Excelencia en la Justicia, *Balance*, 42-45.

48 El procedimiento interno de la Fiscalía para la aplicación del principio de oportunidad aparece recogido en las resoluciones 6657 y 6658 del 2004 y 3884 del 2009.

de prioridad elaborados en el ámbito del derecho penal internacional y de algunos modelos de justicia transicional.

Al respecto llama la atención en dicha directiva que, partiendo de unos criterios “objetivos” y “subjetivos” bastantes amplios y de difícil concreción práctica (tales como la gravedad de la conducta criminal, su representatividad o la calidad de los sujetos), establezca como criterios de prioridad, entre otros, la *factibilidad*, entendida como la “evaluación de la información disponible de la conducta punible en relación con la probabilidad real de hallar la información faltante”<sup>49</sup>; y la *viabilidad*, referida a la “[c]apacidad económica, de cooperación y logística de que se disponga para obtener pruebas suficientes para acusar y condenar”<sup>50</sup>. Como salta a la vista, se trata de un intento más de mostrar aquello que la justicia penal efectivamente hace, como aquello que debería hacer, haciendo de esto lo jurídicamente “correcto” o “justo”, pese a que el art. 250 de la Constitución Política, de forma expresa, indica que “la Fiscalía General de la Nación está *obligada* a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la *posible existencia* del mismo. *No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal*, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías...” (énfasis añadido).

El fiscal general pretendió fundamentar dicha facultad para priorizar en el hecho de que la Constitución colombiana lo faculta para “[p]articipar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto” (art. 251-4). Sin embargo, parece bastante claro que cuando una conducta ha sido considerada por la ley como delito, significa que la decisión política criminal respecto de la relevancia penal o no de dicho comportamiento ya ha sido tomada por el legislador, por lo que, en tal caso, lo que la Constitución le asigna a la Fiscalía es la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal. Ahora, si el fiscal general considera que se trata de una política criminal errada o inconveniente, lo que le correspondería como partícipe del diseño de la política criminal sería, entonces, promover o inclusive presentar directamente un proyecto de ley tendiente a reducir el tamaño del sistema penal, de forma tal que permita el acceso a la administración de justicia a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, o un acto legislativo tendiente a sustraer a la

49 Fiscalía General de la Nación, Directiva 0001 del 4 de octubre del 2012, 31.

50 *Ibidem*.

Fiscalía del deber constitucional que en la actualidad le impone el art. 250 de investigar todos los casos denunciados. Lo que sí parece claro es que la Constitución colombiana en ningún caso le otorga al fiscal general la competencia de definir lo que debe perseguirse como delito y lo que no.

## **La función de la legislación populista en la construcción de un sistema penal “eficientista”**

Los anteriores “indicadores” del funcionamiento real del sistema penal colombiano evidencian la manera como, durante el transcurso de los últimos veinte años, de forma lenta e imperceptible se ha construido un sistema de justicia penal con una clara y fuerte tendencia “eficientista”. La consolidación de dicho modelo no está, sin embargo, exento de obstáculos, entre los cuales destacan, por una parte, la persistencia en Colombia de una cultura jurídica liberal, que entiende poco ajustados a la Constitución algunos de los rasgos del “eficientismo”; y, por otra, la existencia, en apariencia contradictoria, de una política criminal demagógica o populista que propugna por una mayor (más delitos y supuestos penales que abarquen más conductas) y más dura (penas más altas y más aflictivas) intervención penal<sup>51</sup>.

Una mayor intervención penal parece contraproducente porque la creación de nuevos delitos genera una mayor demanda frente al sistema penal, que se materializa en el represamiento de casos en las fases más tempranas de investigación, ante la incapacidad práctica del sistema para evacuarlas. Y el endurecimiento punitivo propio de la demagogia populista también, por cuanto, por lo general, ha estado acompañado de la reducción o prohibición de los beneficios penales por aceptación de cargos y de los preacuerdos y negociaciones.

Sin embargo, mirado desde otro punto de vista, el endurecimiento punitivo puede entenderse también funcional al modelo penal de la eficiencia, pues discursos como el de la seguridad ciudadana o la defensa social, el de la sociedad del riesgo y, en nuestro medio, el de la protección penal de los derechos humanos se han erigido sobre el entendimiento de las garantías penales y procesales como *obstáculos* a la eficacia del sistema penal, en tanto dificultan o impiden la detención preventiva o la

51 Esto coincide, en parte, con lo expuesto por Brandariz García, *El gobierno de la penalidad*, 108, en el sentido de que la política criminal gerencial orientada a la gestión de riesgos es una tendencia cuya implementación se encuentra en tensión con otras tendencias diferentes: por un lado, una neoconservadora, orientada al reforzamiento del poder del Estado y a la conformación de una justicia expresiva basada en la severidad de las penas; y, por otro lado, la tendencia de corte liberal que entiende la rehabilitación como el objetivo legitimador del sistema penal. En Colombia, esta tendencia liberal no se expresa tanto en su orientación a una inviable finalidad rehabilitadora de la pena, sino que históricamente ha estado ligada a la concepción del derecho penal como límite al ejercicio del poder punitivo estatal.

condena. En la misma medida convergen en la deslegitimación del derecho penal como instrumento de protección del individuo frente al poder estatal y contribuyen, desde distintos ámbitos, al deterioro de la cultura de las garantías y del Estado de derecho en su conjunto: el discurso de la seguridad ciudadana contribuye a esto como tendencia legislativa y como realidad de un derecho penal cada vez más orientado a la exclusión; el derecho penal del riesgo lo hace, sobre todo, en el plano del discurso jurídico penal, en el que es apreciable una clara mengua de su capacidad crítica, que antes le permitía enfrentar el ejercicio concreto del poder punitivo, por lo general, como una realidad a transformar y no como aquella a la que ahora debe adecuarse; y, por último, el discurso de la protección de los derechos humanos lo hace, sobre todo, flexibilizando los límites existentes al poder punitivo estatal, con el argumento de lograr la satisfacción de los derechos de las víctimas o ciertos ideales de justicia<sup>52</sup>.

Estos “obstáculos” representados por las garantías penales y procesales se han intentado salvar, en unos casos, acudiendo simple y llanamente a su supresión o flexibilización, bien directamente durante la creación de la ley, o bien al momento de su aplicación; y en otros, a través de la reformulación normativa de los presupuestos de la pena, de manera que el juicio de responsabilidad penal se oriente no tanto a acreditar probatoriamente dichos elementos (causalidad, daño, autoría, dolo, culpabilidad, etc.), sino a justificar normativamente su atribución<sup>53</sup>. Luego, al final, suprimir o flexibilizar las garantías o reconvertir en valoraciones lo que antes se debía probar en un juicio son mecanismos que sirven a un mismo fin: condenar de forma más fácil.

## Referencias

- Arcila Castro, Álvaro Alejandro. “Ley 1908 de 9 de julio de 2018. ‘Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones’”. *Nuevo Foro Penal*, n.º 91 (2018): 204-216.
- Baratta, Alessandro. “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal”. *Poder y Control*, n.º 0 (1986): 77-92.
- Beccaria, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta, 1993.

- 52 Sobre el particular, más ampliamente, Juan Oberto Sotomayor Acosta, “¿El Derecho penal garantista en retirada?”, *Revista Penal*, n.º 21 (2008): 154, en general, 156-164; y Sotomayor Acosta, “El deterioro de la función de garantía”, 274-282.
- 53 En Colombia, quizás el caso más notorio y alarmante por su impacto práctico ha sido el del concepto de dolo. Cfr. Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Fundamento del dolo y ley penal: Una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”, *Política Criminal* 11, n.º 22 (2016): 675-703; lo mismo ha sucedido con las elaboraciones jurisprudenciales de la comisión por omisión y la autoría. Cfr. Sotomayor Acosta, “El deterioro de la función de garantía”, 286-297.

- Brandariz García, José Ángel. *El gobierno de la penalidad: La complejidad de la política criminal contemporánea*. Madrid: Dykinson, 2014.
- Comisión Asesora de Política Criminal. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia, Agencia Internacional de Cooperación de Colombia, Unión Europea, 2012.
- Corporación Excelencia en la Justicia. *Balance diez años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia (2004-2014): Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento*. Bogotá: USAID, 2015.
- DANE. "Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana". [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/convivencia/2018/Bol\\_ECSC\\_2018.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/convivencia/2018/Bol_ECSC_2018.pdf).
- El Espectador*. "El hacinamiento en cárceles ha sobrepoblado estaciones de Policía y URIS, advierten expertos". *El Espectador*, 20 de agosto del 2019. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-hacinamiento-en-carceles-ha-sobrepoblado-estaciones-de-policia-y-uris-advierten-expertos-articulo-876909>.
- El Tiempo*. "Nueve de cada diez asesinatos en Colombia quedan impunes". *El Tiempo*, 18 de julio del 2015. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16115768>
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Fiscalía General de la Nación. "Procedimiento de Intervención Temprana de Entradas". <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/tag/unidad-de-intervencion-temprana>.
- Inpec. "Población intramural nacional". <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/table-ros-estadisticos>.
- García Villegas, Mauricio y César Rodríguez. "Derecho y sociedad en América Latina: Propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos". En *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, editado por Mauricio García Villegas y César Rodríguez, 15-66. Bogotá: Ilsa y Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- Garland, David. *La cultura del control: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- Ilanud. *El preso sin condena en América Latina y el Caribe: Estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*. San José: Ilanud, 1983.
- Iturralde, Manuel. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2009.
- Larrauri, Elena. "Populismo punitivo... y como resistirlo". *Jueces para la Democracia*, n.º 55 (2006): 15-22.
- "Proyecto de Ley 224 de 2014 Cámara". <http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2015/05/exposicion-de-motivos-proyecto-de-ley.html>.
- Rodríguez, César, Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny. "Entre el protagonismo y la rutina: Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia". En *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, coordinado por Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo, 231-304. México: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "¿El Derecho penal garantista en retirada?". *Revista Penal*, n.º 21 (2008): 148-164.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual". En *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro homenaje a*

- Nodier Agudelo Betancur, coordinado por Fernando Velásquez *et al.*, 271-302. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad de los Andes, 2013.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "Fundamento del dolo y ley penal: Una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano". *Política Criminal* 11, n.º 22 (2016): 675-703.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa". *Nuevo Foro Penal*, n.º 71 (2007): 13-66.
- Sozzo, Máximo. "¿Contando el delito? Análisis crítico y comparativo de las encuestas de victimización en la Argentina". *Cartapacio de Derecho*, n.º 5 (2003): 1-143.
- Tamayo Arboleda, Fernando León. "La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano". *Revista Criminalidad*, n.º 58 (2016): 21-35.
- Uribe Barrera, Juan Pablo. "¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?". *Nuevo Foro Penal*, n.º 78 (2012): 70-106.
- Vargas Lozano, Renato. "El ejercicio de la acción penal en Colombia: Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional". *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 7 (2012): 59-88.

# **Las consecuencias del punitivismo internacionalista sobre el proceso penal reformado**

**De la *cultura* procesal liberal a una  
*cultura* procesal autoritaria<sup>\*,\*\*</sup>**

David Enrique Valencia

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.620>

\*\* Agradezco a los profesores Armando Calle, Jhon Posada, Juan Valencia y Sebastián Pérez por las conversaciones cotidianas en los tiempos de observatorio.

## Anotación preliminar

Aunque este texto pretende mostrar las transformaciones del proceso penal reformado<sup>1</sup> a partir del avance de una cultura punitivista fundada en el discurso de protección de víctimas, promovida por la *comunidad internacional*, de forma previa se hará un breve repaso a los lineamientos metodológicos para una aproximación cultural al derecho en general y al derecho procesal en particular, como condición de lectura de las transformaciones del proceso penal<sup>2</sup>.

## Lineamientos metodológicos para una comprensión cultural del derecho procesal

La principal función de la doctrina procesal en Colombia ha sido la de comentar de forma *técnico-dogmática* la norma procesal. El intento de desarrollar una *teoría general del proceso* que dé cuenta satisfactoriamente de las diferentes ramas del derecho ha dominado los esfuerzos de la doctrina especializada y ha marcado, en gran parte, los

- 1 Así se conoce el sistema de enjuiciamiento criminal heredado por el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808 —primer código moderno— a la cultura procesal penal continental europea y latinoamericana. Cfr. Claus Roxin, *Derecho procesal penal* (Buenos Aires: Editores el Puerto, 2003).
- 2 Los enfoques culturalistas han tenido una amplia aplicación en la criminología y los estudios sobre conciencia jurídica. Progresivamente se encuentran estudios interesados en llevar estos enfoques a ámbitos más tradicionales de la reflexión jurídica, como el derecho civil, administrativo y procesal. Para una síntesis de lo que es una aproximación cultural al derecho véase Paul Khan, *El análisis cultural del derecho* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2014); y para una completa presentación de la variedad de enfoques culturales del derecho disponibles véase Sandra Gómez, “El derecho como creencia e imaginación: Un acercamiento a los estudios culturales”, *Estudios de Derecho* LXVI, n.º 147 (2009): 105-135.

derroteros de la enseñanza jurídica y del litigio judicial<sup>3</sup>. El correlato necesario de esta doctrina procesal ha sido la comprensión de la norma procesal como algo “neutral”<sup>4</sup>, autorreferente y descontextualizado<sup>5</sup>.

La consecuencia de esta hermenéutica técnico-dogmática ha sido la despolitización del derecho procesal, desarrollando una doctrina muy especializada pero separada de cualquier referencia externa que permita comprender el alcance cultural y social del derecho procesal<sup>6</sup>. Adicionalmente, esta pretensión de disciplina técnica encubre, a veces en forma evidente, determinada ideología contraria a los principios democráticos, o que prefiere, con ese artificio, escapar a la toma de postura decisiva en defensa de las libertades individuales.

La perspectiva desarrollada a continuación pretende recuperar estos vínculos, mostrando que los discursos y las prácticas procesales son un asunto cultural y político antes que exclusivamente técnico y neutral<sup>7</sup>. Con lo anterior no se quiere desconocer la importancia de los ejercicios de sistematización y racionalización de la norma procesal de cara a una adecuada práctica judicial, sino afirmar que no basta con ellos para entender el derecho procesal en todas sus dimensiones. En la paráfrasis de un autor contemporáneo podría entenderse el proceso “como un

- 3 Los esfuerzos comunes en toda la doctrina latinoamericana por construir una “teoría general del proceso” pueden explicarse por el ascendente de la doctrina española en la región: “Por otro lado, y en particular en la España del franquismo y del postfranquismo, los estudios sobre el proceso penal no han sido abordados con la debida seriedad, quedando relegados normalmente a una mera exégesis legal, realizada por especialistas en el derecho civil (o, en el mejor de los casos, en una poco fecunda teoría general del proceso)”. Gabriel Anitua, *Justicia penal pública: Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003), 33. Ya Francesco Carnelutti, *Cuestiones sobre el proceso penal* (Buenos Aires: Librería El Foro, 1950), lo había advertido al afirmar que el derecho procesal penal era la cenicienta del derecho procesal civil, lo que tenía a aquella disciplina en un estado de subdesarrollo que la hacía incapaz de dar cuenta de las particularidades del conflicto de un proceso penal.
- 4 Bajo la idea de que solo la norma con efectos sustantivos puede ser aplicada retroactiva o ultractivamente en virtud del principio de favorabilidad, la comprensión de la neutralidad de la norma procesal ha servido para negarle a esta cualquier efecto sustantivo y mantener intacto el principio de aplicación inmediata en el tiempo de la norma con efectos procesales.
- 5 Debido a la incidencia del concepto de derecho que se tenga sobre la educación jurídica y la práctica profesional, un trabajo por hacer sería el de analizar cuáles han sido las consecuencias de esta comprensión de la *norma procesal* sobre los elementos estructurales de los ordenamientos procesales y judiciales en Colombia, así como sobre los fines asignados a estos o los roles que los distintos operadores jurídicos, abogados, jueces y legisladores, entre otros, deben jugar en la práctica jurídica.
- 6 Una excepción a esta aproximación técnico-dogmática a los asuntos procesales puede encontrarse en los estudios enfocados en el proceso de reforma (cfr., por todos, César Rodríguez, *La globalización del estado de derecho* [Bogotá: Universidad de los Andes-Cijus, 2009]), así como en los estudios interesados en las relaciones entre sistema judicial y guerra. Cfr., por todos, Mauricio Martínez, *La crisis de la administración de justicia penal en Colombia* (Bogotá: Temis, 1999); Boaventura de Sousa y Mauricio García, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia I y II* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001), pueden incluirse en ambas tradiciones.
- 7 Por ejemplo, Julio Maier, *Derecho procesal penal - Tomo I: Fundamentos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996), 260, ha discutido la necesaria inserción cultural del derecho procesal penal, pues “la correlación entre el sistema político imperante y el contenido del derecho procesal penal es aún más directa e inmediata que en cualquier otra rama jurídica”.

complejo artefacto cultural”<sup>8</sup>, lo que implicaría preguntarse por una serie de cuestiones que casi siempre quedan por fuera del interés de la doctrina procesal dominante: ¿cómo surgen determinadas normas procesales?; ¿cuáles son las funciones sociales del proceso?; ¿cómo se relacionan las instituciones procesales con otras instituciones?; ¿de qué manera contribuyen con el orden social, el poder estatal, la dominación de clase o la reproducción cultural de la sociedad?; ¿cuáles son los efectos sociales inesperados del proceso, sus carencias funcionales, sus costos y sus beneficios sociales?<sup>9</sup>. Esta serie de preguntas, aunque sugeridas originalmente a la criminología, pueden ser trasladadas a diferentes ámbitos de reflexión jurídica, entre estos, al derecho procesal penal.

Una consecuencia adicional de la comprensión cultural del proceso propuesta en este texto pasa por recuperar las relaciones entre el derecho procesal, el derecho material, el derecho constitucional y, no en última instancia, el conflicto social que está en la base del sistema normativo. La *teoría general del proceso* ha pretendido independizar la norma procesal de los demás ámbitos normativos y sociales que constituyen el mundo del derecho procesal<sup>10</sup>. Esta situación se hace especialmente evidente en el sistema penal, en el que la autonomización del derecho procesal penal lleva al proceso penal a asumir fines autónomos y, por lo tanto, a convertirse en un peligroso instrumento de punición adelantada, subrogándose en funciones que le pertenecen al derecho penal material y desquiciando todo el sistema de enjuiciamiento diseñado en la Constitución<sup>11</sup>.

En síntesis, una aproximación cultural al derecho procesal nos sugiere dos importantes lineamientos metodológicos, que serán seguidos a continuación para estudiar las transformaciones del derecho procesal penal a partir de la aparición del discurso de protección de víctimas y del avance del derecho penal internacional de los derechos humanos<sup>12</sup>. La primera anotación metodológica consiste en identificar las variables de poder

8 La comprensión cultural de las instituciones penales es desarrollada por David Garland, *Castigo y sociedad moderna: Un estudio de teoría social* (México: Siglo XXI, 1999).

9 David Garland, “Perspectivas sociales sobre el castigo”, en *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, de David Garland (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007).

10 Así, Gabriel Anitua, *Justicia penal pública: Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, 33: “Señalamos la infecundidad de una teoría general del proceso, a pesar de las pretensiones en tal sentido, porque los trabajos que intentaron esa unificación del derecho procesal obviaron reseñar con amplitud de miras las relaciones con el conflicto social y sus redefiniciones en él. Al no tener en cuenta los procesos sociales que se redefinían en las diversas jurisdicciones, se limitó su intento práctico a elaborar categorías comunes a niveles secundarios de los conflictos civiles, comerciales, administrativos, laborales, penales, etcétera... esto ha hecho pensar en el proceso penal como un mero trámite ‘insustancial’”.

11 Sobre las consecuencias de la autonomización del proceso penal cfr. Armando Calle, “Acerca de la reforma procesal penal: Una primera aproximación”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 67 (2005): 145-175.

12 Como se verá, estos dos discursos han implicado el abandono del proceso penal reformado y el surgimiento de una nueva idea procesal penal. Sobre esto cfr. Alberto Binder, “La participación de la víctima en el proceso penal”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, dirigido por Alberto Bovino (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998); Daniel Pastor, *El poder penal*

involucradas en el desarrollo de una nueva idea de proceso penal, como condición para dar cuenta de los siguientes interrogantes: ¿a qué intereses sirve esta transformación?, ¿a qué relaciones de dominación es funcional? y ¿qué efectos tiene, no solo para los sujetos que participan en el proceso, sino para la sociedad en su conjunto?<sup>13</sup>. En segundo lugar, entender que el derecho procesal penal tiene una relación directa con el derecho penal material, el derecho constitucional y el conflicto social hará que las reflexiones relacionadas con el proceso penal se extiendan a la situación del derecho material y del derecho constitucional, así como a la manera en que redefinen sus límites y sentido a partir de los vasos comunicantes existentes entre ellos.

Un análisis cultural del derecho procesal no pretende su desformalización, sino una comprensión lo más completa posible del sentido para una sociedad determinada de las formas que operan en un sistema procesal concreto. La aproximación cultural no desdeña el sentido de las formas, no es una *reductio ad absurdo* de las formas procesales, por el contrario, desde una perspectiva cultural se revela, en todo su alcance político, cultural y social, el sentido de las formas y la necesidad de su reivindicación en un momento histórico, en el que diversas fuerzas sociales pretenden minar el carácter garantista de las formas procesales y su uso como mecanismo para la solución pacífica de controversias.

En síntesis, un análisis cultural del derecho no pretende desconocer la importancia y necesidad de los ejercicios de sistematización y racionalización de la norma procesal de cara a una adecuada práctica judicial, sino afirmar que no basta con ellos, que son necesarios pero no suficientes para entender el derecho procesal en todas sus dimensiones<sup>14</sup>.

Identificar y conocer las fuerzas culturales que animan el proceso jurisdiccional nos permitirá también desandar los caminos más nocivos e incidir en la construcción de prácticas procesales más garantistas y más cercanas a la resolución de conflictos interpersonales.

## El desarrollo de una jurisdicción internacional punitivista

¿Cuál es el fenómeno ideológico fundamental, a partir del cual se organizan las más diversas prácticas jurídicas? Llámesele mundialización,

---

internacional: *Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma* (Barcelona: Editorial Atelier, 2000).

13 Así se realiza la indicación metodológica de entender el derecho procesal penal como una manera de "poner en forma a la política". Antoine Garapon, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia: Cultura jurídica francesa y common law* (Bogotá: Legis, 2006), 18.

14 Andrés Prieto, "La teoría de los actos procesales polivalentes", en *XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, de vv. AA. (Bogotá: Universidad Libre, 2011).

globalización o neoliberalismo, lo cierto es que asistimos a un fenómeno de aculturación jurídica generalizada, que promueve una homogeneización de los sistemas judiciales<sup>15</sup>, cuya principal consecuencia, en materia procesal penal, es una evidente degradación de las garantías judiciales propias del Estado de derecho.

El acercamiento a los sistemas procesales contemporáneos depara algunas sorpresas al desprejuiciado lector que intente extraer su sentido e identificar sus principales desarrollos. Sobre todo porque lo primero que encontrará será la coexistencia de dos líneas de desarrollo contradictorias y opuestas entre sí. Por un lado advertirá la ampliación de reformas que buscan evitar el proceso y el juez por medio de la introducción de arreglos y acuerdos de naturaleza privada, que favorecen valores como la eficiencia y la voluntad individual por sobre la justicia y el carácter público de las normas procesales. Por otro lado descubrirá la progresión de una incipiente comunidad internacional que sobreestima y valora intensamente el uso del proceso y del juez —penal— como condición *sine qua non* para la solución de ciertos conflictos políticos que afectan algunas sociedades nacionales. Privatización y eficiencia, por un lado, y formalización y justicia, por el otro. Prevalencia de la disponibilidad como manifestación de la voluntad individual por medio de arreglos y acuerdos que evitan el proceso y creciente obligatoriedad y oficialización de algunos conflictos que solo pueden ser tramitados judicialmente. ¿Cómo explicar estas divergencias?

La tesis que se sostendrá en este texto es que estas divergencias y contradicciones son solo aparentes, pues, aunque empíricamente puedan ubicarse en polos opuestos, obedecen a un mismo proyecto político-ideológico. La raíz ideológica de estas tendencias puede encontrarse en ese fenómeno de mundialización, globalización o neoliberalismo anteriormente mencionado y que en materia procesal penal se expresa en el desarrollo de una *comunidad penal internacional*, con jurisdicciones penales internacionales, burocracias penales internacionales y un derecho penal internacional.

La transformación de las bases teóricas y políticas del proceso penal reformado a partir de la aparición del discurso de protección de víctimas<sup>16</sup> ha sido esencialmente el resultado de cierta doctrina de los órganos

15 José Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada* (Madrid: Trotta, 2001).

16 En Latinoamérica, la incidencia de este discurso en los sistemas judiciales fue advertido tempranamente por Julio Maier, "La impugnación del acusador: ¿Un caso de *ne bis in idem*", en *Nuevo Foro Penal*, n.º 61 (1999): 169-179. Para los efectos de este discurso en el sistema judicial penal colombiano cfr. Alfonso Cadavid, "Dogmática penal y sistema penal acusatorio", en *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro homenaje al profesor Nodier Agudelo Betancur*, coordinado por Fernando Velásquez et al. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014), 1269-1289.

judiciales regionales y nacionales<sup>17</sup>, los cuales han ido reorientando el proceso penal en su finalidad y forma.

Esta transformación obedece a una nueva doctrina internacional sobre el deber de memoria, la lucha contra la impunidad y el derecho de las víctimas a la justicia, que se remonta a ciertos desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, pero que alcanza su formulación plena en la última década del siglo xx con la jurisprudencia de los sistemas mundial y regionales de protección de los derechos humanos, y con los estatutos de los tribunales penales internacionales del Consejo de Seguridad y de la Corte Penal Internacional.

El internacionalista René Uruña<sup>18</sup> resumió la reconversión que se ha producido en la jurisdicción penal a partir del avance del derecho penal internacional de los derechos humanos en los siguientes tres puntos:

1. La estructura y la finalidad del proceso penal se ha transformado. La aceptación de ciertos valores como universales, el desarrollo de tales valores en un ordenamiento jurídico internacional y el consecuente respaldo institucional que el concierto de naciones pretende dar a tal ordenamiento han cambiado, en solo una generación, la perspectiva que se tenía del juego de reglas que debe cumplir el Estado al ejercer su capacidad sancionatoria.
2. El cambio está llevando exponencialmente al reemplazo de un modelo de proceso penal estructurado alrededor del concepto de Estado-nación, por un modelo incriminatorio propiamente universal, en el que los organismos internacionales ejercen directamente la competencia de juzgamiento o se convierten en una especie de tribunal de última instancia, reservándose la facultad de reabrir procesos ya cerrados en las jurisdicciones nacionales o de imponer doctrinas que funcionan como fuente de derecho interno.
3. Aunque esta nueva idea de proceso penal ha surgido en situaciones de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, lo cierto es que progresivamente se extiende hasta cubrir la totalidad de casos decididos en las jurisdicciones locales, construyendo así una *nueva cultura procesal*.

17 Para el caso de la jurisprudencia de los organismos regionales de protección de DD. HH. cfr. Eduardo Malarino, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, editado por Kai Ambos et al. (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer & Georg-August-Universität-Göttingen, s.f.), 27-28.

18 René Uruña, "Un mito que agoniza: El principio de *non bis in idem* en el derecho procesal penal contemporáneo", en *Revista Electrónica de Derecho Penal*, <http://www.la1918.org.ar/inicio.php>.

Si en la consolidación del Estado moderno el principal instrumento del monarca fue la *justicia delegada*<sup>19</sup>, la cual permitía que en cualquier momento el soberano retomara la facultad de administrar justicia desplazando de esa competencia a los fueros locales, en la actualidad el instrumento que ha permitido la subordinación de los Estados nacionales al poder internacional es una institución propia del derecho penal internacional: la *imprescriptibilidad*.

En el proceso histórico de transformación de las formas de gobierno y de soberanía, la lucha por los escenarios judiciales, como instrumento de consolidación de un poder sobre otro, ha sido uno de los principales ejes del cambio político y dispositivo para la consolidación de un nuevo poder. Si se observa el origen del Estado moderno, la monopolización de la justicia por el soberano, repartida anteriormente en diversas manos en la organización feudal de la alta Edad Media, fue una de las condiciones esenciales para la transformación de un sistema pluriárquico en uno unitario y centralizado. Uno de los rasgos esenciales del Estado moderno, y de la soberanía jurídica, y lo que lo diferencia de las organizaciones políticas medievales, es el carácter unitario de la administración de justicia. Del mismo modo como el Estado, en los términos de la filosofía política moderna, detenta el monopolio de la fuerza legítima, así en los orígenes del Estado moderno, en su etapa absolutista, detentaba la exclusividad del poder de juzgar las controversias que surgieran entre los particulares. Como condición del Estado moderno, el soberano debe aparecer, entonces, como el único sujeto legitimado para administrar justicia.

Esta estrategia de consolidación de un poder soberano sobre otro, por medio del monopolio de la administración de justicia, se repite hoy en día para la consolidación de la *comunidad internacional* sobre los Estados nacionales. Para desplazar el poder nacional de definición y atribución de las responsabilidades penales, la primera condición consiste, entonces, en romper la fuerza de la cosa juzgada y del *ne bis in idem*, que garantizan la preclusividad de la jurisdicción nacional. Todas las instituciones penales y procesales de cierre en las jurisdicciones nacionales son asumidas como límites insoportables a la idea de justicia que impone el derecho penal internacional. Si para el derecho procesal penal liberal instituciones como la cosa juzgada, el *ne bis in idem*, la prescripción y las causas de procedibilidad informaban las condiciones de legitimidad de la persecución penal adelantada por el Estado, para el nuevo poder internacional son los reza-gos propios de una idea ya superada de justicia, demasiado hundida en la barbarie de los Estados nacionales. Es por esta razón que se ha vuelto

19 Sobre el fenómeno de la justicia delegada y la organización funcional de la jurisdicción moderna véase Maier, *Derecho procesal penal*, 120-157. La tesis que se sostiene en este texto es que la prerrogativa de decidir el derecho en última instancia sigue siendo uno de los atributos centrales de la soberanía.

costumbre escuchar a los tribunales internacionales expresar su inconformismo contra toda decisión preclusiva o de cierre de la persecución penal. Así, en el fundamento 42 de la sentencia contra “Barrios Altos” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), establecida por la Carta Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), se dijo: “Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”<sup>20</sup>.

Pero una vez quebrados la cosa juzgada y el *ne bis in idem* se abre una brecha por la que *se ha dejado escapar* todo el Estado de derecho. La crítica de los tribunales internacionales a las antiguas instituciones de cierre del Estado de derecho deja entrever la idea de que siempre existe una obligación de punir del Estado, a cualquier precio y de cualquier manera.

## El abandono de la legalidad procesal y la reformulación del sistema de fuentes

La flexibilización del principio de legalidad o la ampliación por vía judicial de las fuentes aplicables a un caso concreto ha sido un fenómeno de intenso desarrollo en el derecho penal internacional. Se ha vuelto común encontrar cortes internacionales y tribunales *ad hoc* que condenan por delitos no consagrados en los instrumentos legales que rigen su competencia<sup>21</sup>. También es común encontrar que estos mismos instrumentos avalan la actividad creativa de los jueces, al disponer cláusulas abiertas de competencia o remisiones indeterminadas que solo pueden llegar a ser concretadas a través de interpretaciones extensivas o abiertamente creadoras. En la Convención Europea, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, claramente se alude a los principios generales del derecho internacional como fuente de derecho penal internacional, aun frente a la inexistencia de tratado o ley que así lo disponga. Se ha dicho que esta flexibilización de la legalidad, que implica una restricción a las garantías del justiciable, se justifica por la efectividad de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad, y que en muchas ocasiones es una manifestación delincencial auspiciada —o sistemáticamente

20 La importancia de la transformación reseñada puede advertirse al comparar esta cita de la CIDH con el pensamiento de un autor clásico: “cuando un culpable ha sido castigado en el lugar donde cometió el delito, la jurisdicción territorial, que es la ordinaria, ha hecho su curso; así se entiende por qué no debe dársele lugar a la jurisdicción extraterritorial, que es excepcional”. Francesco Carrara, *Programa de derecho criminal - Parte general II* (Bogotá: Temis, 1985, 530).

21 Los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994) son una muestra de ellos.

cometida— por los Estados totalitarios o autoritarios que, por supuesto, no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos<sup>22</sup>.

Son múltiples los casos en los que la CIDH le ha ordenado a un tribunal nacional reabrir procedimientos ya juzgados o prescritos, o le ha impuesto la obligación de decidir en un sentido determinado<sup>23</sup>. Como lo ha reconocido un importante crítico de esta tendencia, los Estados que ratifican la Convención Interamericana se comprometen únicamente a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (art. 1.<sup>º</sup>), y a “adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (art. 2.<sup>º</sup>)<sup>24</sup>, pero ninguna de estas obligaciones supone que los Estados deban replegar su competencia para juzgar actos cometidos al interior de su jurisdicción según las reglas establecidas para esto.

La vía inaugurada por la CIDH y seguida por los tribunales nacionales para refundar las reglas de persecución penal del Estado de derecho ha sido posible a partir del reconocimiento de *nuevos derechos* a la víctima de hechos penales. En el caso de la CIDH se ha dicho que muchos de esos nuevos derechos “no están escritos en la Convención americana, ni son derivables de ella a través de interpretación, y que cancelan derechos fundamentales de la persona sometida al poder penal que sí se encuentran garantizados explícitamente en la Convención”<sup>25</sup>. La conclusión que resulta, entonces, es que la aplicación por tribunales nacionales de criterios de derecho penal internacional elaborados por la CIDH no es garantía de certidumbre y seguridad jurídica, mucho menos de coherencia jurídica, cuando ha instaurado una comprensión punitivista de los derechos humanos, es decir, cuando la CIDH ha hecho el tránsito de una cultura penal liberal a una cultura penal autoritaria.

22 Independientemente de las razones que han llevado a los tribunales internacionales a adelantar procedimientos penales sin competencia legal, y de su incidencia en el Estado de derecho, las cortes nacionales han trasplantado este fenómeno sin importar la crisis a la que han llevado al principio de legalidad sustancial y procesal. No otra cosa se puede entender, por ejemplo, del furor con que los altos tribunales colombianos han asumido la competencia de tribunales internacionales, al punto de llegar a reconocer que “Orden de tribunal internacional prevalece sobre principios constitucionales internos”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 24841 del 6 de marzo del 2008, M. P. Javier Zapata Ortiz.

23 A manera de ejemplo, cfr. caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo del 14 de marzo del 2001, puntos 3, 4 y 5 de la parte resolutive y párrafos 41 a 44; caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 18 de septiembre del 2003, párrafos 113 a 121 y punto 4 de la parte resolutive; caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 29 de noviembre del 2006, párrafo 226; caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988, párrafos 135 y ss. También cfr. Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización”.

24 Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización”, 40.

25 A tal punto que la CIDH —seguida atentamente por los jueces nacionales— ha creado un nuevo estatuto de la víctima opuesto al estatuto del procesado, “esto es, un *Bill of rights* no escrito de la víctima que neutraliza el *Bill of rights* escrito del imputado”. Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización”, 40.

Una muestra de la recepción nacional de este discurso puede encontrarse en la Sentencia C-591 del 2005, en la que la Corte Constitucional establece con mayor claridad y énfasis los nuevos referentes normativos en la creación y aplicación del derecho procesal penal. En efecto, sostuvo la Corte que

para efectos de interpretar la normatividad procesal penal se puede acudir, como criterio auxiliar, a las opiniones consultivas emanadas de la CIDH, a ciertas resoluciones expedidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en especial, las referentes a los derechos de las víctimas, la independencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales y los derechos de las personas privadas de la libertad, al igual que a las recomendaciones adoptadas por organismos internacionales encargados de velar por el respeto de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario<sup>26</sup>.

Como se ve, el máximo tribunal constitucional ha venido a refundar el sistema de fuentes vigente en Colombia para la persecución de hipótesis delictivas, concediéndole un sitio de honor a las interpretaciones, opiniones y decisiones de la CIDH.

Lo dicho así por la Corte Constitucional se hizo en orden a la fijación de las facultades de las víctimas para la impugnación de decisiones tales como las de preclusión de la investigación, la de cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, aun en el supuesto de su carácter ejecutoriado y como una visible limitación al *ne bis in idem*<sup>27</sup>, afirmando que el principio del *ne bis in idem* supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada en beneficio del procesado, pero que “no significa de modo alguno que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada”. Y específicamente sobre las limitaciones a ese principio que derivan del derecho internacional, y en especial del derecho internacional de

26 M. P. Clara Inés Vargas.

27 En la Sentencia C-014 del 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte extendió la *garantía de intemporalidad*, y reconoció el derecho de las víctimas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en procedimientos disciplinarios a controvertir decisiones contrarias a sus intereses, aun si están ejecutoriadas. Y le aprendió a la Corte Constitucional prontamente el legislador, el que, por medio del artículo 47 de la Ley 147 del 2011, Estatuto Anticorrupción, estableció la procedencia de la revocatoria directa de fallos absolutorios y del archivo de la actuación cuando se trate de faltas disciplinarias que atenten contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Precisamente de la discusión sobre la validez constitucional del *ne bis in idem* como un límite a la actividad persecutoria del Estado (penal y disciplinaria) se ha ocupado en tiempos recientes Mercedes Pérez, “El derecho fundamental a no padecer *bis in idem* y las sanciones en protección al medio ambiente”, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, dirigido por Jorge Barreiro (Granada: Editorial Comares, 2005), 73-109.

los derechos humanos, más recientemente, en vigencia de la Ley 906 del 2004 (Código de Procedimiento Penal), la Corte<sup>28</sup> afirmó que el derecho al acceso a la justicia implica que las víctimas tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, lo que, de modo incidente, la Corte vincula al recurso de apelación en contra de fallos absolutorios, por considerarlo correspondiente con el deber estatal de investigar las violaciones a los derechos humanos, perseguir a sus autores, establecer su responsabilidad y asegurar su sanción.

## La reformulación del proceso penal reformado

La concesión de un sitio tan privilegiado a la víctima como fundamento para la promoción de la pretensión penal más allá de las tradicionales instituciones de cierre de la pretensión penal conduce a la reconceptualización del *objeto* y de las *finalidades* del proceso penal. El proceso penal entendido como un medio al servicio de la comprobación de la existencia de la hipótesis punible<sup>29</sup> era un instrumento eminentemente epistemológico que realizaba los valores propios del Estado de derecho<sup>30</sup>. Unido a esto, la previsión de un sistema de garantías contenidas en el debido proceso expresaba la naturaleza valorativa del proceso penal, que tenía en la protección de los ciudadanos procesados su razón de ser. El proceso penal, entendido como el escenario para determinar la existencia de la hipótesis delictiva y consiguientemente habilitar la sanción penal, se subordinaba a las exigencias del debido proceso consideradas como exigencias constitucionales de validez y legitimidad<sup>31</sup>. Así, aunque el proceso penal

28 Sentencia C-047 del 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, en la que la Corte se pronuncia en torno a la discusión sobre la validez constitucional de la expresión "absolutoria", contenida en el inciso 3 del artículo 176 y en el numeral 1 del artículo 177 de la Ley 906 del 2004. El importante contradictorio formulado por la doctrina procesal latinoamericana sobre la violación del *ne bis in idem* a que conduce el derecho a impugnar en contra del fallo absolutorio vino a ser clausurado, sorpresivamente, por el discurso a favor de las víctimas, con lo que la Corte, de la mano de un elemento retórico extraño, renunció a cumplir con la carga argumentativa que aquel contradictorio le exigía. Cfr., por toda la literatura latinoamericana en mención, a Maier, "La impugnación del acusador", 169-179.

29 Como "escenario en el que se representa el drama de la prueba", en lograda expresión de Daniel Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: Una investigación acerca de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones* (Buenos Aires: Adenauer Stiftung - Ad-hoc, 2002), 12.

30 Como lo ha sostenido últimamente un ya clásico autor nacional, "La finalidad del proceso, no es, no puede ser el *ius puniendi* estatal, no es contra un culpable, no es para esclarecer un delito, sino para establecer si se ha cometido un hecho previsto como punible, y en caso afirmativo, quién o quiénes son sus autores o partícipes, y si obraron o no dentro de una causa de justificación o inculpabilidad. [...] el cometido del derecho procesal penal es el de servir de instrumento para la efectividad del derecho penal material". Cfr. Hernando Londoño, "Derechos humanos y justicia penal", en *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal*, de Ricardo Molina et al. (Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE - Universidad Pontificia Bolivariana, 2012), 374 y 375.

31 Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, 554-555.

moderno debía dar cuenta de diferentes finalidades, concernientes unas a la realización epistemológica de la relación de derecho penal material, y otras, de carácter ideológico (ético-político, se diría), dirigidas a la protección de derechos y libertades fundamentales, en ningún momento se discutía el hecho de que estas últimas eran las que prevalecían frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad<sup>32</sup>.

Era hasta tal punto cuestionable la atribución de otras finalidades al proceso penal que la simple participación de la víctima en términos reparatorios se había llegado a considerar ajena a las lógicas y posibilidades reales del sistema penal. Las razones no solo eran de índole jurídico constitucional, también había de por medio una importante reserva frente al peligro que podría implicar la creación de falsas expectativas en la solución de conflictos. Se decía que la asignación al proceso penal de finalidades extraprocesales y extrajurídicas, de las que no estaba en capacidad estructural de dar cuenta, creaba una serie de falsas expectativas, que redundaban en el desquiciamiento del sistema constitucional de juzgamiento penal, en el sentimiento de frustración de expectativas sin ninguna capacidad de realización y en la escenificación de ámbitos intolerables de retaliación y vindicta.

El repaso de la jurisprudencia nacional que se hará a continuación, que desarrolla las lógicas del derecho penal internacional o de los derechos humanos fundadas en la supuesta protección de la víctima, permite concluir que “[...] el objeto del proceso penal que delimita el marco de la investigación y por tanto del ámbito cognoscitivo del juzgador, que fija el criterio de pertinencia probatoria, que limita la sentencia judicial con gran repercusión a la hora de dar aplicación a los principios *ne bis in idem* y de la cosa juzgada”, ahora se encuentra prolongado a la protección de los derechos de las víctimas, “constituyendo uno de sus objetos principales”<sup>33</sup> o a la reconfiguración del proceso penal como un fin en sí mismo, con compromisos políticos y simbólicos muy distantes tanto de la concepción tradicional sobre sus relaciones con el derecho penal material, como de los últimos intereses de las víctimas mismas.

## La parábola de la víctima en el proceso penal colombiano

En Colombia, la posición de la víctima en el proceso penal ha descrito una extraña parábola, pues, de ser un actor procesal dirigido a realizar

32 Marina Gascón, “¿Freedom of proof?: El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, *Jueces para la democracia: Información y debate*, n.º 52 (2005): 74-85.

33 Sobre esta transformación cfr. María Patiño, *La intervención procesal de la víctima* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Cendepro, 2009), 80.

sus intereses resarcitorios, ha pasado a constituirse en un actor con *exclusivos* intereses penales, pues, a medida que se construían (jurisprudencialmente) las figuras del interviniente especial y la figura del acusador privado, sus facultades y su posición en el proceso penal como actor civil han quedado definitivamente desatendidos o atendidos siempre y cuando benefician la pretensión penal. Lo más curioso de todo es que si se analiza la suerte de esta parábola, de la que se mencionarán los hitos más relevantes a continuación, se encuentra que la acción civil fue el caballo de Troya por medio del cual se filtró al proceso penal un sujeto particular vinculado al interés por la promoción penal, sin que necesariamente esta situación redundara en un mejoramiento de la situación concreta y real de los derechos de la víctima. Los hitos decisivos de esta transformación son cuatro.

El origen de todo se encuentra en la Sentencia C-228 del 2002, en la cual la Corte Constitucional asigna al actor civil la posibilidad de realizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación al interior del proceso penal. En segundo lugar, una vez afianzado el discurso de los derechos de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación en el proceso penal, la Corte Constitucional reconstruye el sistema de competencias de la víctima regulado en la Ley 906 del 2004, para asignarle unas competencias de actor penal que inicialmente no habían sido pensadas. El siguiente paso, ya constituida la víctima bajo la referencia de sus intereses punitivos, fue excluir el escenario privilegiado para la realización de los intereses civiles del particular en la Ley 906 del 2004. Esta exclusión se dio a través de la Ley 1395 del 2010, denominada ley de *descongestión judicial*, que dispuso la realización del incidente de reparación integral, escenario privilegiado para la concreción de los intereses civiles en el proceso penal, para después de la ejecutoria de la sentencia penal condenatoria, con lo cual se produce un rompimiento de las relaciones civiles y penales en el proceso penal y un evidente abandono del escenario reparatorio. Por último, como culminación de toda esta transformación encontramos la Ley 1826 del 2017, que trae la figura del acusador privado con un interés privilegiadamente penal.

En Colombia, la consolidación del acusador privado que hoy se consuma con la Ley 1826 del 2017 se ha realizado al precio de la desaparición del actor civil. Y no es que se trate de un fenómeno coincidental, sino que en la extensión de la punitividad del sistema por medio de la introducción de la víctima punitiva se encuentra la explicación de la reducción de las estrategias alternativas para resolver conflictos y satisfacer derechos. Esta situación es la concreción procesal de una idea político-criminal que entiende que la víctima sí pero siempre y cuando sus intereses sean funcionales a la realización de la pretensión penal pública, pero que debe hacerse a un lado si sus intereses reparatorios pueden implicar riesgo para la realización de la pretensión penal.

No deja de ser curioso que esta transformación se justifique con el argumento de que “las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación”, pues lo cierto es que lo desborda hasta el punto de dejar a las víctimas sin reparación. La conclusión de lo dicho hasta aquí no puede ser más evidente. En Colombia se asiste a la consolidación de una idea político-criminal que pone a la víctima al servicio de la punición y la defensa social, de manera hipócrita y de forma redituable por actores e intereses distintos a los de las propias víctimas.

Teniendo en cuenta este escenario introductorio, a continuación me propongo delimitar, a partir de líneas muy gruesas, las posibles formas de participación de la víctima en el proceso penal colombiano. Cuando en el proceso penal colombiano se habla de *víctima* como sujeto procesal se puede estar haciendo referencia a tres formas de intervención procesal distintas, con historias y contextos de construcción diferentes y con finalidades también distintas cuando no abiertamente contrapuestas. Estas formas de participación de la víctima pueden consistir en la acción civil, la acusación conjunta o la acción privada. Veamos cada una de ellas:

1. Debido a que el hecho que está en la base del delito es el mismo hecho que está en la base del daño civil, los sistemas procesales penales han permitido la incorporación de la acción civil al proceso penal. Desde los primeros actos de promoción de la pretensión penal por parte del órgano oficial encargado de la realización del *ius puniendi* se permite que la víctima se constituya como actor civil y realice actuaciones de parte siempre y cuando sean relevantes para la realización de su interés indemnizatorio. Aunque la Ley 906 del 2004 no traía exactamente la acción civil así descrita, sí permitía que de manera facultativa, de acuerdo con el carácter dispositivo del interés civil en juego, una vez emitido el sentido de fallo condenatorio, la víctima solicitara la apertura del incidente de reparación integral para la “reparación integral de los daños causados con la conducta criminal”. Una revisión sistemática de la Ley 906 original, esto es, antes de los parches agregados por la jurisprudencia de las altas cortes en sus distintas líneas interpretativas, nos permitiría concluir que el legislador de este cuerpo procesal solo pensó en permitir la intervención de la víctima en términos civiles. De esto da cuenta la regulación de los derechos consagrados a la víctima en el artículo 11 y las competencias que se le asignaban en cada momento procesal, ninguna de la cuales preveía una intervención relevante para la promoción de la acusación o el interés penal. Es cierto que el artículo 340 establecía el reconocimiento de la calidad de víctima en la audiencia de acusación, pero ese reconocimiento solo se hacía para notificarle al

procesado que también tendría que defenderse de una pretensión civil, debido a que la víctima que asistía a la audiencia de acusación dejaba entrever un interés en la posterior promoción del incidente, con lo cual, más que contradecir nuestra tesis se estaría confirmando.

2. Esta situación empezó a cambiar debido a la continuidad dada a una línea jurisprudencial que ya venía establecida por la Corte Constitucional en decisiones como la Sentencia C-228 del 2002, pero que no había sido relevante para la construcción del sistema procesal penal acusatorio regulado en Colombia. En esta decisión, la Corte estableció que la víctima en el proceso penal tenía derecho no solo a la reparación sino también a la verdad y a la justicia. Esta línea interpretativa reaparecería con toda su fuerza en vigencia de la Ley 906 del 2004, cuando la Corte Constitucional (Sentencia C-209 del 2007) reconstruyó las facultades de intervención de la víctima y, de paso, dejó irreconocible la sistemática procesal penal originalmente concebida. El principal resultado es que desde ese momento tenemos *de facto* un coacusador que acompaña a la Fiscalía en la promoción de la pretensión penal, con competencias tan importantes como la de participar en la audiencia preparatoria y solicitar el descubrimiento probatorio, solicitar la práctica de prueba anticipada, solicitar la imposición de medidas de aseguramiento, participar en la audiencia de acusación solicitando el reconocimiento de incompetencias, impedimentos, recusaciones o nulidades, con la facultad también de tener un equipo autónomo de investigación, oponerse a las decisiones de cierre del procedimiento, como preclusiones, archivos y sentencias absolutorias, entre otras muchas. Si se advierte bien, muchas de estas actuaciones suponen no solo una colaboración con la Fiscalía sino directamente un desplazamiento o reemplazo del órgano fiscal.

Por supuesto que alguien podría afirmar que esta es una legítima expresión de interés por los derechos de la víctima y su posición en el proceso penal. Pero quien mantuviera esta postura se vería en serias dificultades para explicar por qué mientras se aumentaban las competencias penales de la víctima, simultáneamente, por medio de la Ley 1395 del 2010, se promovía la realización del incidente de reparación integral después de la sentencia penal condenatoria ejecutoriada, de tal forma que, al día de hoy, como ha sido reconocido por diferentes actores institucionales de la propia Fiscalía, este incidente ha pasado a ser una curiosidad académica sin eficacia alguna, completando el círculo de un derecho a la reparación sin reparación. Además, esta figura de una víctima acusadora, que apoya o reemplaza al Estado en delitos de acción pública, resulta indiscutiblemente contraria a la comprensión del proceso como una garantía de

libertad, pues la connatural situación de indefensión de la parte débil del procedimiento resulta agravada si se dispone la actuación de varios sujetos activos todos con los mismos poderes autónomos de perseguirlo, de acusarlo, argumentar, alegar y ofrecer pruebas en su contra, de controlar actos y de recurrir pronunciamientos judiciales favorables al procesado.

3. Es en este terreno donde aparece la acusación privada como tercera forma de intervención de la víctima en el proceso penal. A diferencia del modelo anteriormente descrito, en el que la Fiscalía y la víctima promueven simultáneamente la pretensión penal, en los modelos de acción privada las intervenciones de la Fiscalía y de la víctima son excluyentes, de tal forma que podrá actuar uno u otro pero nunca los dos. Otra diferencia fundamental entre la acusación conjunta y la acusación privada son los discursos justificatorios que han acompañado la aparición de uno y otro modelo. Mientras el modelo de intervención conjunta de la Fiscalía y la víctima construido por la Corte Constitucional se entendió como un desarrollo del derecho de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación, el modelo de la acusación privada se entiende como una institución para la descongestión del sistema de administración de justicia. Esto es, en los delitos descritos en el nuevo artículo 534, el legislador ha dispuesto un criterio de oportunidad que permite que la Fiscalía delegue el ejercicio de la acción penal en particulares sin entregarles por esto la relación de derecho público (Estado *vs.* procesado) que está en la base de la acción, prueba de esto es que en cualquier momento la Fiscalía podrá reversar la conversión para realizar su poder preferente sobre la acción penal.

Un último punto que quisiera discutir está relacionado con la excepción prevista para la autorización de la conversión de la acción penal. En el artículo 28 de la Ley 1826 del 2017 se establece que no podrá haber conversión en aquellas conductas “que atenten contra bienes del Estado”, con lo cual parecería que el legislador entiende que la acusación particular procede en conductas que afectan a los particulares o que solo tienen relevancia privada. De esta manera nos encontraríamos, entonces, ante un doble escenario. O bien es cierto que las conductas que autorizan la conversión de la acción penal solo afectan intereses individuales sin relevancia social o entendemos que la conversión funciona como un criterio de política criminal que realiza intereses públicos tan relevantes como la descongestión de la administración de justicia. Si se trata del primer escenario, esto es, si la conversión informa que las conductas no tienen relevancia pública, entonces lo más coherente sería proceder a su descriminalización a fin de que sean tramitadas en escenarios más favorables para la realización de intereses individuales, como el proceso civil

o algunos mecanismos autocompositivos. Si se trata del segundo escenario y las conductas que habilitan la conversión mantienen su relevancia jurídico-penal entonces sería bueno reconocerlo así, y dejar de seguir afirmando hipócritamente que se trata de un derecho de las víctimas.

## Conclusión

La jurisdicción puesta al servicio de intereses y valores de los que nunca ha podido dar cuenta, como la verdad, la memoria y hasta la propia justicia, se enfrenta a un asombroso proceso de desnaturalización de su papel, que no es otro que juzgar la conducta humana según reglas preestablecidas. Si el acto de hacer justicia consiste en “una inversión moral del tiempo”, no es precisamente el escenario judicial, limitado temporalmente según sus propias reglas de juego, el encargado de cumplir esta función. Si se recurre a la jurisdicción es precisamente porque esta funciona como un límite del presente que impide remontarse demasiado lejos en el tiempo. El proceso judicial está limitado hacia el pasado por el principio de legalidad, y hacia el futuro por la prescripción, instituciones que, fundamentalmente, configuran la fisonomía del derecho procesal penal moderno<sup>34</sup>. El avance de la comunidad internacional respecto al derecho penal de los derechos humanos ha implicado una transformación del tiempo que le importa al sistema penal. El sistema penal ilustrado y, con él, el propio proceso penal reformado comportaron una limitación temporal del proceso penal, que se justificaba en el carácter inservible de los medios de prueba al cabo de mucho tiempo, así como en el debilitamiento de la pretensión penal estatal, quizá esencialmente porque el paso de los años diluye en el imaginario colectivo el sentido de justicia que en su momento habría legitimado el uso del derecho de penar.

El abandono de instituciones procesales como la prescripción, la cosa juzgada y el *ne bis in idem*, entre otras, tiene intensos efectos culturales y políticos. En el proceso histórico de transformación de las formas de gobierno y de soberanía, la “lucha por la justicia”, como instrumento de consolidación de un poder sobre otro, ha sido uno de los principales ejes del cambio político. En el origen del Estado moderno, la monopolización de la justicia por el soberano, repartida en diversas manos en la

34 “El proceso debe encontrar también su *kairos*, su momento adecuado, aquel que no siendo ni demasiado precoz ni demasiado tardío, coloca a cada cual en una situación óptima para que se pueda hacer justicia, cuando el punto álgido de las pasiones se ha atenuado un poco, pero el recuerdo de los hechos aún se mantiene vivo. Esta justa distancia respecto a los hechos se halla hoy amenazada en ambos sentidos a la vez: por el acortamiento y por la prolongación del tiempo disponible para el proceso”. Antoine Garapon, “La justicia y la inversión moral del tiempo”, en *¿Por qué recordar?*, dirigido por Françoise Barret (Granica: Foro Internacional Memoria e Historia Unesco, 2002), 92.

organización feudal de la alta Edad Media, fue una de las condiciones esenciales para la transformación de un sistema pluriárquico en uno unitario y centralizado. Precisamente, uno de los rasgos esenciales del Estado moderno, y lo que lo diferencia de las organizaciones políticas medievales, es el carácter unitario de la administración de justicia<sup>35</sup>.

En la actualidad, cuando se asiste al surgimiento de un nuevo poder hegemónico representado por la comunidad internacional, se repite la fórmula histórica usada en el origen del Estado para el afianzamiento del soberano como un poder indiscutido en el escenario social. Si, en el siglo XIII, el conflicto entre los señoríos locales (poder feudal) con el poder del monarca se salvó a favor de este último a partir del avasallamiento del derecho local, foral, de origen popular, por el derecho romano imperial canónico que servía a los intereses del monarca, el naciente poder internacional también tiene en el desplazamiento de los fueros nacionales su principal condición de posibilidad.

Además de ser un poder que busca afianzarse por medio del uso de la fuerza, la *comunidad internacional* también busca consolidarse como el nuevo centro indiscutible de poder, para lo cual la jurisdicción penal le ha reportado interesantes réditos.

En ausencia de cualquier escenario cultural o social que permita identificar la progresión de un sistema de soberanía internacional, la monopolización de la justicia y el desplazamiento de los fueros nacionales es nuevamente el instrumento de consolidación de un nuevo poder, que no encuentra sino en la promesa del castigo alguna posibilidad de aceptación. Es en este sentido político de la transformación procesal penal reseñada en el que se advierte la utilidad de una aproximación cultural al derecho procesal que nos permita dimensionar lo que realmente se juega en estos cambios de cultura penal.

## Referencias

- Anitua, Gabriel. *Justicia penal pública: Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- Binder, Alberto. "La participación de la víctima en el proceso penal". En *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, dirigido por Alberto Bovino. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
- Bodin, Jean. *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos, 2006.
- Cadavid, Alfonso. "Dogmática penal y sistema penal acusatorio". En *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro homenaje al profesor Nodier Agudelo Betancur*,

35 "El advenimiento y la implantación del sistema inquisitivo como modo de enjuiciamiento penal fue el producto de este cambio en la organización política que transformó la pluriarquía feudal en la soberanía moderna". Binder, "La participación de la víctima", 45.

- coordinado por Fernando Velásquez *et al.*, 1269-1289. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014.
- Calle, Armando. "Acerca de la reforma procesal penal: Una primera aproximación". *Nuevo Foro Penal*, n.º 67 (2005): 145-175.
- Carnelutti, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1950.
- Carrara, Francesco. *Programa de derecho criminal - Parte general II*. Bogotá: Temis, 1985.
- De Sousa, Boaventura y Mauricio García. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia I y II*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001.
- Faria, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*. Madrid: Trotta, 2001.
- Garapon, Antoine. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia: Cultura jurídica francesa y common law*. Bogotá: Legis, 2006.
- Garapon, Antoine. "La justicia y la inversión moral del tiempo". En *¿Por qué recordar?*, dirigido por Françoise Barret. Granica: Foro Internacional Memoria e Historia Unesco, 2002.
- Garland, David. "Perspectivas sociales sobre el castigo". En *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, de David Garland. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.
- Garland, David. *Castigo y sociedad moderna: Un estudio de teoría social*. México: Siglo XXI, 1999.
- Gascón, Marina. "¿Freedom of proof?: El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita". *Jueces para la democracia: Información y debate*, n.º 52 (2005): 74-85.
- Gómez, Sandra. "El derecho como creencia e imaginación: Un acercamiento a los estudios culturales". *Estudios de Derecho LXVI*, n.º 147 (2009): 105-135.
- Heller, Herman. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- Khan, Paul. *El análisis cultural del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2014.
- Londoño, Hernando. "Derechos humanos y justicia penal". En *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal*, de Ricardo Molina *et al.* Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE - Universidad Pontificia Bolivariana, 2012.
- Maier, Julio. *Derecho procesal penal I: Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.
- Maier, Julio. "La impugnación del acusador: ¿Un caso de *ne bis in idem*". *Nuevo Foro Penal*, n.º 61 (may.-ago. 1999): 169-179.
- Maier, Julio. "La víctima y el sistema penal". En *De los delitos y de las víctimas*, de vv. AA. Buenos Aires: Ad-hoc, 1992.
- Malarino, Eduardo. "Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, editado por Kai Ambos *et al.* Montevideo: Konrad Adenauer & Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo, s.f.
- Martínez, Mauricio. *La crisis de la administración de justicia penal en Colombia*. Bogotá: Temis, 1999.
- Pastor, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: Una investigación acerca de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Adenauer Stiftung - Ad-hoc, 2002.
- Pastor, Daniel. *El poder penal internacional: Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Editorial Atelier, 2000.

- Patiño, María. *La intervención procesal de la víctima*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Cendepro, 2009.
- Pérez, Mercedes. "El derecho fundamental a no padecer *bis in idem* y las sanciones en protección al medio ambiente". En *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, dirigido por Jorge Barreiro. Granada: Editorial Comares, 2005.
- Prieto, Andrés. "La teoría de los actos procesales polivalentes". En *xxxii Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, de vv. aa. Bogotá: Universidad Libre, 2011.
- Ramírez, Juan. *Thomas Hobbes y el Estado absoluto: Del Estado de razón al Estado de terror*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2009.
- Rodríguez, César. *La globalización del Estado de derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes-Cijus, 2009.
- Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores el Puerto, 2003.
- Uruña, René. "Un mito que agoniza: El principio de *non bis in idem* en el derecho procesal penal contemporáneo". *Revista electrónica de Derecho Penal*. <http://www.la1918.org.ar/inicio.php>

# **Consumo de drogas y ausencia de responsabilidad penal**

**Un discurso jurisprudencial  
dogmático en clave de derechos\***

María Camila Correa Flórez

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.621>

## Introducción

Uno de los resultados de la denominada “guerra contra las drogas” ha sido la penalización de la mayoría de conductas referentes a la fabricación (que en algunos casos incluiría el cultivo), el tráfico, la distribución y la comercialización de drogas ilícitas. El discurso siempre ha estado inclinado hacia la prohibición y, por ende, a la sanción de estas conductas, como una herramienta de esa política global para acabar con “el problema de las drogas ilícitas”. Basta revisar, por ejemplo, las convenciones de las Naciones Unidas referentes a este tema para poder afirmar que la mencionada política global está encaminada a combatir estas conductas a través de sanciones, bien sean penales o administrativas<sup>1</sup>. La política criminal de los Estados en esta materia suele ser unánime y el derecho penal, como herramienta del poder punitivo del Estado, se ha centrado en castigar estas conductas.

Sin embargo, el punto de discusión surge cuando se trata del consumo porque, como bien afirma Douglas Husak, “la aplicación de las leyes contra las drogas ha reducido preciosas libertades civiles”<sup>2</sup>, toda vez que, a través de estas, de una u otra forma se puede terminar sancionando el consumo de drogas. Y la decisión sobre el consumo hace parte, como se verá a lo largo del texto, del libre desarrollo de la personalidad.

Desde una perspectiva jurídico-sancionatoria se puede afirmar que existen tres modelos de control de las drogas ilegales: la prohibición,

1 Juan Gabriel Tokatlian, “Hacia una guerra irregular”, en *La guerra contra las drogas en el mundo andino: Hacia un cambio de paradigma*, compilado por Juan Gabriel Tokatlian (Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2009), 12 y 13.

2 Douglas N. Husak, *Drogas y derechos* (México, Fondo de Cultura Económica, 1992), 45.

la despenalización y la legalización<sup>3</sup>. Estos modelos abarcan, como es evidente, todas las conductas relacionadas con las drogas ilícitas; no obstante lo anterior, en este texto solamente se hará referencia al consumo como conducta asociada al problema de las drogas. Dicho esto, se puede afirmar que en Colombia prima un discurso prohibicionista con respecto a las conductas asociadas a las drogas ilícitas, sin embargo, respecto al consumo parece haber un discurso despenalizador, al menos por parte de las altas cortes, en una clara posición antiexpansionista del derecho penal.

Por lo anterior, a lo largo de las siguientes páginas se pretende mostrar cómo el consumo, entendido como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, ha sido la base para establecer, a nivel jurisprudencial, la no responsabilidad penal por el porte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Es decir, la no configuración de la modalidad comisiva de porte, contenida en el tipo penal consagrado en el artículo 376 del Capítulo II del Título XIII del Código Penal: “Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”.

Para esto se expondrá la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en esta materia. La jurisprudencia constitucional solo hace referencia a la no penalización del porte de la dosis mínima, mientras que la de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia da un paso más allá, analizando la situación en términos de la responsabilidad que se genera cuando se portan cantidades ligeramente superiores a la de la dosis mínima, pero que están dirigidas al consumo.

Así la cosas, en primer lugar se hará un breve análisis del tipo penal contenido en el artículo 376 del Código Penal, luego de esto se expondrán las argumentaciones de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal, para concluir con un análisis sobre el contenido de ambos discursos.

## **El delito de “Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”**

Como se mencionó anteriormente, la política global para solucionar el tema de las drogas ha estado encaminada a la sanción de las conductas constitutivas de narcotráfico. En el caso colombiano se ha entendido que el narcotráfico no solamente es un problema de criminalidad organizada, sino que, además, afecta la seguridad nacional, por lo que, con base en este discurso, se ha justificado la criminalización de estas conductas, incluida la del porte de estupefacientes. Esta idea de que el narcotráfico se

3 Juan F. Gamella, “Prohibición, despenalización, legalización: Tres modelos en el control jurídico y político de las drogas ilegales”, [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/11/0\\_2567\\_1.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/11/0_2567_1.pdf)

constituye como un problema de seguridad nacional es el resultado de las presiones de Estados Unidos, que, además, también entiende que se trata de una amenaza para su propia seguridad nacional<sup>4</sup> y, por tanto, debe ser combatida mediante el derecho penal, propio y extranjero<sup>5</sup>.

El Código Penal colombiano sanciona en su artículo 376 el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Como es evidente, el porte de estupefacientes o sustancias psicotrópicas (“llevar consigo”) es una de las modalidades de configuración del citado artículo. Este tipo penal protege el bien jurídico de la salud pública, que se ha entendido siempre como un bien jurídico colectivo. No obstante lo anterior, se ha sostenido que el tipo penal contenido en el artículo 376 del Código Penal es pluriofensivo. En palabras de la Corte Constitucional, el artículo 376 del Código Penal es un tipo pluriofensivo en el sentido que protege la seguridad nacional, “porque la alta rentabilidad del narcotráfico ha permitido que se convierta en la alternativa de financiación de grupos de delincuencia organizada, armados y jerarquizados que desvirtúan la premisa del monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de convivencia”<sup>6</sup>, y el orden económico y social, “porque en el tráfico de estupefacientes confluye cada vez más un desmedido ánimo de lucro, dispuesto a vencer todas las barreras, capaz de poner en circulación inmensos capitales y de generar incommensurables riquezas que alteran dramáticamente las fuerzas económicas de los países afectados por ella”<sup>7</sup>.

Sumado a lo anterior, el tipo penal contenido en el mencionado artículo (tráfico, fabricación o porte de estupefacientes) es compuesto-alternativo. Esto quiere decir que consagra como delito “una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto, aunque referido al mismo bien jurídico...”<sup>8</sup>. La comisión de cualquiera de las conductas implica la configuración del tipo, de ahí su condición de *alternativo*.

En el caso del tipo penal referido, estas conductas son las de introducir al país, sacar del país, transportar, llevar consigo (portar), almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar “sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren

4 Libardo José Ariza y Manuel Iturralde, “Transformations of the Crime Control Field in Colombia”, en *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*, editado por Kerry Carrington, Russell Hogg, John Scott y Máximo Sozzo (Cham, Suiza: Palgrave Macmillan, 2018), 693.

5 Como lo afirma Manuel Iturralde, “the United States of America, as well as other countries from the global North and various international institutions, which focus on the fight against crimes that they find relevant (such as narcotrafficking, terrorism, money laundering), have unilaterally imposed on Latin American countries their own policies on such crimes”. Véase Manuel Iturralde, “Democracies without citizenship: Crime and punishment in America Latina”, en *New Criminal Law Review* 13 (2009): 320.

6 Corte Constitucional, Sentencia C-420 del 2002, 28 de mayo del 2002.

7 *Ibidem*.

8 Alfonso Reyes Echandía, *Derecho Penal* (Bogotá: Temis, 1998), 113.

contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas”.

La jurisprudencia que se analizará en este capítulo trata, únicamente, sobre la configuración del tipo penal cuyo verbo rector realizado es *llevar consigo*, es decir, portar las sustancias, entendidas estas como objeto material, a las que se refiere el citado tipo penal.

## **Los discursos jurisprudenciales: el consumo como fundamento de la ausencia de responsabilidad penal**

### **La jurisprudencia constitucional: penalizar el porte de la dosis personal es contrario al libre desarrollo de la personalidad**

En la Sentencia C-221 de 1994, la Corte Constitucional, partiendo de la idea del Estado, reconoce la autonomía de las personas y que esta no puede limitarse, en tanto en cuanto no entre en conflicto con la ajena, decidió despenalizar la dosis personal. Según la Corte, “cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia”<sup>9</sup>.

Por tanto, la penalización de la dosis personal, que por definición es la cantidad de sustancias a las que hace referencia el artículo 376 del Código Penal que se porta y está dirigida al consumo<sup>10</sup>, constituye una intromisión en esta órbita de la autonomía personal y, por ende, al libre desarrollo de la personalidad. Para la Corte, si este derecho es uno de los pilares de los Estados modernos, como en efecto lo es, entonces “las normas que hacen del consumo de droga un delito son claramente inconstitucionales”<sup>11</sup>.

En la jurisprudencia de los años siguientes, la Corte mantuvo esa postura. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-689 del 2002, esta corporación declaró la exequibilidad del artículo 376 del Código Penal, argumentando que las prohibiciones allí contenidas no reñían con el libre desarrollo de la personalidad y, por ende, con el precedente iniciado en 1994. En esta sentencia parece que la Corte entra a diferenciar entre las conductas dirigidas al tráfico y las conductas dirigidas al consumo, dejando claro que las que se sancionan a través de las prohibiciones contenidas en el artículo 376

9 Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994, 5 de mayo de 1994.

10 Literal j del artículo 2.º de la Ley 130 de 1986.

11 Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994.

del Código Penal son las primeras y que el porte de estupefacientes, como modalidad comisiva contenida en esta norma, no riñe con el libre desarrollo a la personalidad y a la autonomía personal, porque esta modalidad comisiva no abarca a quien porta consigo la dosis personal.

Siguiendo lo anterior, afirma la Corte que

el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como cualquier derecho fundamental, no es un derecho absoluto. Así las cosas éste no puede ser invocado para desconocer los derechos de otros, ni los derechos colectivos, ni mucho menos para limitar la capacidad punitiva del Estado frente a comportamientos que pongan en peligro el orden social o económico, o el ejercicio de los demás derechos que se reconocen a todos los ciudadanos<sup>12</sup>.

Esto sucede en el caso de las conductas dirigidas al tráfico que, en efecto, al vulnerar el bien jurídico protegido por el tipo penal atentan contra los derechos de otros.

En el año 2009 se expidió el Acto Legislativo 02 que establece, en su artículo 2.º, lo siguiente: “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”. Esta norma fue demandada por inconstitucional, toda vez que, a los ojos de los demandantes, se configuró una sustitución de la autonomía personal “como elemento esencial definitorio de la Constitución”<sup>13</sup>, constituyéndose un vicio de competencia “por el quebrantamiento del principio de autonomía personal, elemento consustancial de la dignidad humana”<sup>14</sup>.

Al respecto se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-574 del 2011 en la que, si bien se declaró inhibida para pronunciarse de fondo sobre el asunto, estableció que, “Una vez analizado el apartado demandado desde el punto de vista sistemático, teleológico y literal, se puede concluir que la prohibición que se establece, que en un primer momento parece de carácter absoluto, se limitaría o restringiría, ya que las medidas administrativas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico solo se podrían dar con el consentimiento informado del adicto”<sup>15</sup>.

De lo anterior puede establecerse que, en primer lugar, la Corte parte de la base de que la prohibición contenida en el artículo 49 del Acto Legislativo 02 del 2009 no es una prohibición absoluta, de lo que se desprende, en segundo lugar, que, por lo mismo, no se trata de una prohibición cuya infracción acarree una sanción penal por el consumo y, por ende, el porte

12 Corte Constitucional, Sentencia C-689 del 2002, 27 de agosto del 2002.

13 Corte Constitucional, Sentencia C-574 del 2011, 22 de julio del 2011. Si bien este no es el único argumento que esgrimen los demandantes, es el que resulta verdaderamente relevante para los fines del presente texto.

14 Corte Constitucional, Sentencia C-574 del 2011.

15 *Ibidem*.

de la dosis personal. Por tanto, la norma demandada no constituye una penalización del consumo contraria a la autonomía personal.

Esto lo expresó con mayor claridad la propia Corte Constitucional en su Sentencia C-491 del 2012 de la siguiente forma: “la prohibición que introdujo el Acto Legislativo 02 de 2009 en el artículo 49 de la Constitución en cuanto al porte y consumo de sustancia estupefaciente o psicotrópica, no conduce a la criminalización de la dosis personal...”<sup>16</sup>. Así, es claro que el discurso constitucional de no criminalización del consumo, al menos dentro de las dosis permitidas, continúa vigente a pesar del Acto Legislativo 02 del 2009.

En esta misma sentencia, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 376 del Código Penal. En esta ocasión, según la persona que interpuso la demanda, la modalidad comisiva de “llevar consigo” implicaba una criminalización del porte para consumo personal de las sustancias a las que hace referencia el tipo penal, más si se tiene en cuenta que el artículo 11 de la Ley 1453 del 2011 eliminó la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal”, del artículo 376 del Código Penal.

A los ojos de la Corte, “la penalización del porte o conservación de sustancia estupefaciente en cantidad considerada como dosis personal comportaría vulneración del principio de proporcionalidad y prohibición de exceso en materia penal, comoquiera que se estaría criminalizando un comportamiento carente de idoneidad para lesionar bienes jurídicos amparados por la Constitución”<sup>17</sup>.

En este sentido, aclaró que hay que diferenciar entre las conductas que configuran narcotráfico y la de porte de la dosis mínima para consumo personal. Para la Corte, esta última, al ser una conducta que no trasciende del ámbito personal, no afecta los bienes jurídicos protegidos por el tipo consagrado en el artículo 376 del Código Penal. Esta interpretación constitucional encuentra su fundamento en la argumentación realizada por la Corte Suprema de Justicia en su primer momento jurisprudencial, que será explicado más adelante.

Por tanto, la Corte Constitucional estableció que las modalidades comisivas del artículo 376 del Código Penal de tráfico, fabricación y porte de las sustancias referidas son típicas, excepto el porte de las cantidades consideradas dosis personal. Así las cosas, la Corte declaró exequible de manera condicionada el artículo 376 del Código Penal, en el entendido de que la prohibición contenida en la norma penal no incluye “porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal,

16 Corte Constitucional, Sentencia C-491 del 2012, 28 de junio del 2012.

17 *Ibidem*.

de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado”<sup>18</sup>.

Es evidente que en esta última sentencia referida se mantiene intacta la argumentación: penalizar el consumo a través del porte de cantidades de estas sustancias que se encuentren dentro de los límites de la dosis personal es contrario al libre desarrollo de la personalidad.

### **La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal: consumo como fundamento de la ausencia de responsabilidad penal**

A través de su jurisprudencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que no hay responsabilidad penal por el porte de estupefacientes cuando las cantidades que se lleven consigo superen mínimamente la dosis personal y estén dirigidas al consumo.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha utilizado dos argumentaciones diferentes para fundamentar la mencionada ausencia de responsabilidad: la primera, referente a la ausencia de antijuridicidad material, y, la segunda, a la ausencia de tipicidad por no configuración del elemento subjetivo del tipo. Argumentaciones que constituyen dos momentos jurisprudenciales diferentes:

#### *1. Ausencia de antijuridicidad material: primer momento jurisprudencial*

Antes de hacer referencia al desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema en esta materia es importante aclarar que la categoría de antijuridicidad está compuesta, siguiendo la tesis de la correspondencia<sup>19</sup>, por dos aspectos<sup>20</sup>: el formal y el material. El primer aspecto hace referencia a la contradicción de la norma jurídica que surge de la acción del sujeto activo, mientras que el segundo trata sobre la efectiva lesión o puesta en peligro, sin justa causa, del bien jurídico protegido. En otras palabras, el aspecto material de la antijuridicidad es una expresión clara del principio de lesividad consagrado en el artículo 11 del Código Penal. Así las cosas, cuando se habla de ausencia de antijuridicidad material se hace referencia a que la conducta típica desplegada no lesiona o no pone en peligro el bien jurídico protegido.

Ahora bien, como en ese primer momento jurisprudencial la Corte afirmó que no habría responsabilidad penal cuando una persona fuese encontrada portando sustancias estupefacientes o psicotrópicas si estas estaban dirigidas al consumo personal y superaban, pero se encontraban

18 Corte Constitucional, Sentencia C-491 del 2012.

19 Fernando Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (Barcelona: Bosh, 2001), 50.

20 Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal - Parte general I* (Madrid: Civitas, 1978), 321.

*cercanas*, de los límites fijados en el literal j del artículo 2.º de la Ley 30 de 1986 (dosis personal o mínima). Según la Corte, la insignificancia de una posible lesión al bien jurídico de la salud pública cuando se portan esas cantidades y estas están dirigidas al consumo personal abriría la posibilidad de realizar ponderaciones en clave de protección del bien jurídico<sup>21</sup>. Dichas ponderaciones, como es evidente, deberían estar mediadas por la idea de dosis personal, “esto es, estableciendo si el agente tiene la sustancia para su propio consumo, o si la situación en que se encuentra involucra o insinúa el tráfico de drogas”<sup>22</sup>.

La subsiguiente jurisprudencia reafirmó esta idea. Para el año 2008, esta corporación estableció que en el porte de estupefacientes que excediera mínimamente la dosis personal, la conducta típica “carecerá desde el punto de vista objetivo de relevancia penal según lo estipulado en el artículo 11 de la Ley 599 del 2000 (principio de antijuridicidad material), siempre y cuando se haya demostrado que sólo podía repercutir en el ámbito de la privacidad de quien la consume”<sup>23</sup>.

Posición que se reiteró en distintas providencias emitidas por la corporación durante los años siguientes.

Así, en Sentencia del 8 de julio del 2009, la Corte Suprema afirmó que las dosis un poco mayores a las permitidas destinadas al consumo, no para una sino para varias oportunidades, pueden considerarse dosis de aprovisionamiento y que la conducta de portarlas “no representa ni siquiera un peligro para el bien jurídico”<sup>24</sup>, posición reafirmada, por ejemplo, en las sentencias del 17 de agosto del 2011<sup>25</sup>, 18 de abril del 2012<sup>26</sup>, 3 de septiembre del 2014<sup>27</sup> y 12 de noviembre del 2014<sup>28</sup>. En estas providencias, la Corte Suprema reiteró que portar esas cantidades, cuando están dirigidas al consumo, no afectaba, ni siquiera de manera abstracta, el bien jurídico de la salud pública. Esto constituye una ausencia de lesividad y, por ende, no se genera responsabilidad penal. La última providencia referida lo expresa de la siguiente manera: “[...] cuando el estupefaciente está destinado al consumo propio de la persona (adicto o sin dependencia) y supera ligeramente o en ‘cantidades insignificantes, no desproporcionadas’ la dosis personal, no concurre el presupuesto de

21 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 18609.

22 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 29183.

23 Corte Suprema de Justicia, Auto de la Sala de Casación Penal, Rad. 28195.

24 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 31531.

25 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 35978.

26 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 38516.

27 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 33409.

28 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 42617.

la antijuridicidad material previsto en el artículo 11 del Código Penal, en tanto no se afecta el bien jurídico de la salud pública”<sup>29</sup>.

El fundamento de la ausencia de antijuridicidad material, según la propia Corte, en este momento jurisprudencial, radica en el hecho de que, si bien el porte que supera los límites de la dosis personal es una conducta típica de la que se presume su antijuridicidad, se trata de una presunción *iuris tantum*, en aquellos casos en los que las cantidades son un poco superiores a la mencionada dosis, y, por esto, admite prueba en contrario<sup>30</sup>.

En conclusión, en este primer momento jurisprudencial se afirmó que si la cantidad de estupefacientes que se porta excede de una manera *insignificante* los topes fijados por la dosis personal, pero está dirigida al consumo, no se configuraría una puesta en peligro del bien jurídico protegido, precisamente por la insignificancia de la cantidad portada. Esto implica afirmar que el bien jurídico, en estos casos, no se lesiona porque la cantidad portada es poca y está dirigida al consumo.

## 2. Ausencia de tipicidad por no configuración del elemento subjetivo del tipo: segundo momento jurisprudencial

Para el año 2016, la Corte Suprema, haciendo un cambio en su interpretación, consideró que el criterio relativo a la cantidad, en el que se basaba la ausencia de antijuridicidad material, no era el indicado para establecer la configuración o no de la conducta. Según la Corte, esta interpretación dejaba al arbitrio del juez establecer “la antijuridicidad o no de porciones consideradas *levemente* superiores” a la dosis personal<sup>31</sup>.

Así, estableció que el problema referente a la punición de la conducta que realiza quien porta sustancias con una finalidad de consumo “ha de ser resuelto dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad”<sup>32</sup>.

Para la Corte Suprema de Justicia, “[...] el verbo rector llevar consigo, establecido como uno de los tantos alternativos del artículo 376 del *cr*, reclama, para su configuración punible, de un elemento subjetivo o finalidad específica, remitidos a la venta o distribución”<sup>33</sup>.

Los elementos subjetivos de los tipos penales son aquellos que contienen determinadas finalidades o propósitos que deben mover al autor a la hora de cometer la conducta<sup>34</sup>. Si esos propósitos o esas finalidades no concurren no se configura el tipo penal y, por ende, habría una ausencia de tipicidad, haciendo la conducta irrelevante para el derecho penal.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*.

31 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 51627.

32 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 41760.

33 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 51204.

34 Reyes Echandía, *Derecho Penal*, 113.

Así las cosas, si la conducta de porte está encaminada al consumo no se configuraría este elemento de la tipicidad y, por tanto, la conducta sería atípica. En palabras de la propia Corte, “la realización del tipo penal no depende en últimas de la cantidad de la sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita”<sup>35</sup>. De esto se desprende que lo que va a determinar la configuración del delito de porte de estupefacientes no es la cantidad que se lleva como indicador de la posible lesividad de la conducta, sino la finalidad con la que el sujeto activo porta las sustancias. Sin embargo, cuando la cantidad portada exceda de manera excesiva la dosis personal, esto puede ser tomado como un indicio objetivo de que se configura el elemento subjetivo, configurándose, entonces, la tipicidad de la conducta<sup>36</sup>.

Esta interpretación ha sido reafirmada en diferentes sentencias. Así, por ejemplo, la Corte Suprema recordó en la sentencia del 28 de febrero del 2018<sup>37</sup> que “lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico, siendo equivocado recurrir a criterios como ‘ligeramente superior a la dosis personal’”. En la misma línea se encuentran las sentencias del 23 de enero del 2019, del 13 de noviembre del 2019 y del 29 de abril del 2020.

En la primera decisión, por ejemplo, la Corte estableció que la finalidad de distribución o venta es un complemento necesario de la modalidad comisiva “llevar consigo” del artículo 376 del Código Penal y que, por tanto, cuando esta finalidad no se demuestra debe darse una absolución<sup>38</sup>. Y, precisamente, fue con base en lo anterior que la corporación decidió confirmar la decisión absolutoria proferida en segunda instancia, cuya impugnación se trata en la sentencia del 13 de noviembre del 2019. En este caso, a los ojos de la Corte, la conducta realizada no estaba dirigida a la comercialización ni a la distribución de las sustancias portadas (74,6 gramos de marihuana). Aseguró que, en este caso, a la persona se le condenó por el mero hecho de portar la marihuana y esto no resulta, a los ojos de la Corte, suficiente para aplicar el artículo 376 del Código Penal<sup>39</sup>. En la misma línea, en la sentencia del 29 de abril del 2020, la Corte Suprema de Justicia afirmó que para establecer la configuración del tipo penal contenido en el citado artículo resulta indispensable “la determinación del contenido de la voluntad —de consumo propio o de distribución— del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas...”<sup>40</sup>.

35 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 41760.

36 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 41760 y Rad. 51627.

37 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 50512.

38 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 51204.

39 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 51556.

40 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 51627.

## Valoración: un discurso jurisprudencial de despenalización dogmático en clave de derechos

Anteriormente se mencionó que hay tres modelos de control jurídico de las drogas: la prohibición, la despenalización y la legalización. Hasta este punto es claro que el discurso jurisprudencial referente al consumo está dirigido a la línea de la despenalización. Y si bien a través de la jurisprudencia no se despenaliza, en sentido estricto, una conducta, sí se pueden establecer circunstancias de ausencia de responsabilidad, que, al ser excepciones a la penalización, resultan siendo situaciones despenalizadas.

En términos generales, el punto de partida de un discurso jurídico-penal en clave de despenalización, sobre todo del consumo de drogas, radica, normalmente, en la diferenciación entre conductas dirigidas al tráfico y conductas dirigidas al consumo. Así, las segundas son un tema que está en la órbita de las decisiones privadas de cada quien, no vulneran los derechos de otras personas y no deberían ser objeto del derecho penal.

Esto tiene dos razones de ser. Desde una óptica de eficiencia se afirma que estas normas son inocuas porque “la prohibición hace atractivas a las drogas por dar lugar al fenómeno de la ‘fruta prohibida’. La ilegalidad estimula la curiosidad y el deseo...”<sup>41</sup>; es decir que la penalización no evita el consumo. Y la segunda radica en la necesidad, de cualquier Estado social y democrático de derecho, de respetar y garantizar el principio de mínima intervención o derecho penal mínimo, así como otros principios neurálgicos del sistema penal<sup>42</sup>. Siguiendo esta idea se afirma que la intervención penal en materia de consumo de drogas no es proporcional ni idónea para solucionar la posible problemática que representa. En primer lugar, no es proporcional porque el derecho penal no debe intervenir en la órbita privada de las personas cuando sus comportamientos no vulneran derechos de otras personas y, en segundo lugar, porque la sanciones penales por consumo de drogas no solucionan “ni evitan la producción de efectos perversos que agravan la situación social de los propios consumidores y, desde luego, de toda la colectividad”<sup>43</sup>. Por lo anterior, la penalización del consumo de drogas resulta contraria a la idea de derecho penal mínimo. Sumado a lo anterior, la penalización del consumo de drogas resulta contraproducente<sup>44</sup>.

41 Husak, *Drogas y derechos*, 92.

42 Alessandro Baratta, “Introducción a una sociología de la droga: Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias”, en *¿Legalizar las drogas?: Criterios para el debate* (Valladolid: Popuplar, 1991), 210 y 211.

43 Carlos González Zomilla, “Legislación simbólica y administrativa del derecho penal: La penalización del consumo de drogas”, *Jueces para la democracia*, n.º 14 (1991): 24.

44 Sumado a esto, existen otras razones que hacen contraproducente la penalización del consumo de drogas. Al respecto véase Douglas Husak y Peter de Marneffe, *The Legalization of Drugs* (Nueva York: Cambridge University Press, 2006), 91 -95.

Como es evidente, la Corte Constitucional fundamenta, de manera sistemática a lo largo de su jurisprudencia, la no penalización del porte de la dosis personal en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y en la autonomía personal. Se puede afirmar que la Corte parte de la premisa de que el consumo de drogas es una decisión que se encuentra en el ámbito privado, o propio, de cada cual.

Esta corporación ha definido el libre desarrollo de la personalidad como la posibilidad que tiene toda persona de autodeterminarse, tomando decisiones que se ajusten con su propio modelo de vida. Según la Corte Constitucional, “puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social”<sup>45</sup>. De ahí que cualquier intervención arbitraria, incluida la estatal, en este ámbito, más por la vía penal, resulte abiertamente inconstitucional.

Con base en esto considera que penalizar el porte de la dosis personal, que por definición legal es esa cantidad de droga dirigida al consumo, implica una penalización, podría decirse, tácita del consumo. Una penalización del consumo, así entendida, implica una intromisión estatal excesiva en la autonomía personal de los individuos y resultaría violatoria del libre desarrollo de la personalidad; por ende, la penalización del porte de la dosis mínima, a través de la modalidad comisiva “llevar consigo” contenida en el artículo 376 del Código Penal, resulta abiertamente inconstitucional.

Por su parte, en sus dos momentos jurisprudenciales, la Corte Suprema de Justicia ha utilizado el consumo para fundamentar, de una manera u otra, la ausencia de responsabilidad, bien sea por vía de ausencia de antijuridicidad material o por vía de ausencia de tipicidad.

En ambos momentos jurisprudenciales media la noción constitucional de que penalizar el consumo de drogas es contrario al derecho al libre desarrollo de la personalidad, planteada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-221 de 1994. Como se mencionó anteriormente, con el mismo fundamento, la Corte Constitucional declaró en el año 2012 la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, en el entendido de que este no incluye “la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado”<sup>46</sup>.

En el primer momento jurisprudencial se utiliza el consumo como fundamento de la ausencia de responsabilidad de una manera complementaria. Si bien es cierto que, en este primer momento, la ausencia de antijuridicidad material se sustenta en el hecho de que la poca cantidad

45 Corte Constitucional, Sentencia C-336 del 2008, 16 de abril del 2008.

46 Corte Constitucional, Sentencia C-491 del 2012, 28 de julio del 2011.

portada, así supere la dosis personal, no constituye una forma de lesionar el bien jurídico de la salud pública, la Corte siempre hace referencia a que esto solo es así si la cantidad portata va dirigida al consumo. Así, no parece que, como lo afirma la Corte en su segundo momento jurisprudencial, la lesividad dependa solamente de la cantidad portata sino también del uso que se le va a dar a las sustancias, porque si estas superan, así sea mínimamente la dosis personal, pero se establece que quien las porta las utilizara para venta o distribución habría una lesividad, toda vez que con esa venta o distribución sí se vulneraría el bien jurídico protegido de la salud pública y, por tanto, habría antijuridicidad material; mientras que con el consumo las sustancias no generan un daño para ese bien jurídico. El daño que se genera está, entonces, dentro de la órbita del libre desarrollo de la personalidad, daño que el Estado no tiene por qué sancionar, y menos por vía penal. De ahí que, en este primer momento jurisprudencial, la Corte Suprema haga referencia a que se requiere ponderar la posible afectación al bien jurídico a la luz de la idea de dosis personal<sup>47</sup>.

Como es evidente, el discurso de la Corte Suprema para no penalizar la conducta de porte, en este primer momento jurisprudencial, está basado en dos pilares: el primero, la lesividad o no del bien jurídico protegido y, el segundo, en la idea de consumo como manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Se puede afirmar, entonces, que el consumo, a los ojos de la Corte Suprema, no genera lesividad al bien jurídico. Este discurso se podría ajustar en este punto, por ejemplo, con la opinión de aquellos doctrinantes que afirman que el bien jurídico de la salud pública no es un bien jurídico colectivo<sup>48</sup>, sino la suma de muchos bienes jurídicos individuales (la salud de todos los asociados). Así, quien porta para consumir está disponiendo de su propio bien jurídico individual, sin afectar el resto de bienes jurídicos, y, por tanto, esto “no justifica la intervención del derecho penal”<sup>49</sup>; lo que dialoga directa y claramente con el planteamiento constitucional referido.

Por su parte, en el segundo momento jurisprudencial, el consumo actúa como exclusor de la tipicidad. La Corte parte de la base de que el tipo penal consagrado en el artículo 376 del Código Penal, en su modalidad comisiva “llevar consigo”, contiene un elemento subjetivo diferente al dolo, referente a la intención de distribución o venta de las sustancias portadas. De esto se desprende que, si la finalidad con la que se portan las sustancias es la del consumo, no habría responsabilidad penal. De nuevo,

47 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 18609, y Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 29183.

48 Bernhard Haffke, “Drogenstrafrecht”, ZStW, n.º 107 (1995): 761-780.

49 Roland Hefendehl, “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro”, *Revista Derecho Penal y Criminología* xxv, n.º 76 (julio-diciembre 2004): 74 y 75.

el consumo resulta siendo la base para establecer la ausencia de responsabilidad penal.

La Corte, en este segundo momento jurisprudencial, deja de lado la idea de lesividad y, dando un paso más, establece directamente que el porte para el consumo es atípico: “[...] el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica...”<sup>50</sup>. Y cuando una conducta es atípica es irrelevante penalmente hablando. Entonces, si el porte para el consumo es atípico, el consumo mismo es la base de la atipicidad, es decir, de la irrelevancia del consumo para el derecho penal.

Este discurso reproduce de manera exacta la afirmación constitucional relativa a que el consumo no se debe penalizar. Y esto, como es evidente, tiene como trasfondo los planteamientos constitucionales en clave de derechos fundamentales, más exactamente en clave del libre desarrollo de la personalidad.

Si bien el fundamento dogmático particular para llegar a la ausencia de responsabilidad, por parte de la Corte Suprema de Justicia, es distinto en los dos momentos jurisprudenciales analizados, es claro que bajo ambas argumentaciones reposa el consumo (como manifestación del libre desarrollo de la personalidad) como fundamento de la ausencia de responsabilidad penal.

Así, el discurso basado en derechos es, por un lado, el centro argumentativo del discurso constitucional y, por el otro, el fundamento para la construcción dogmática por vía de la ausencia de responsabilidad que construye la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, los dos discursos de las altas cortes evidencian los postulados de los discursos clásicos de despenalización del consumo, a los que se hizo referencia anteriormente. En primer lugar, ambas corporaciones parten de la necesidad de diferenciar entre conductas dirigidas al tráfico y las conductas dirigidas al consumo. La Corte Constitucional lo hace abiertamente toda vez que es precisamente esa diferenciación la base para la despenalización del porte de la dosis personal que se realiza en 1994 y la razón para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal en la Sentencia C-491 del 2012.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia basa la argumentación que guía su primer momento jurisprudencial en esta distinción: aquellas conductas que no son dirigidas al tráfico carecen de antijuridicidad material, es decir, no dañan el bien (o los bienes) jurídico protegido. De igual manera, en su segundo momento jurisprudencial, esta distinción fundamenta la ausencia de tipicidad, ya que es la base para la construcción del elemento subjetivo, tácito, diferente al dolo, que según la Corte

50 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 41760.

Suprema se requiere para la configuración de la modalidad “llevar consigo” contenida en el artículo 376 del Código Penal.

Al realizar estas argumentaciones, las altas cortes están reproduciendo la idea, clásica de los discursos despenalizadores del consumo, relativa a que las prohibiciones en esta materia no son eficientes. Quizás esto se ve más claro en el primer momento jurisprudencial de la Corte Suprema, en el que la Corte Constitucional fundamenta, en ocasiones, su argumentación<sup>51</sup>, toda vez que se afirma que estas prohibiciones no protegen los bienes jurídicos. Es decir, si afirman que las conductas de consumo no los vulneran, eso equivale a decir que su prohibición no los protege.

Respecto a esto es importante aclarar que la idea de la eficiencia, no solo en sentido formal de las normas penales sino en sentido procesal, parece guiar más el discurso de la Corte Suprema que el discurso de la Corte Constitucional. Quizás sea posible afirmar que la Corte Suprema, al afirmar que el porte, incluso de dosis ligeramente superiores a las consideradas como dosis personal, es irrelevante para el derecho penal (bien sea por vía de ausencia de antijuridicidad material o ausencia de tipicidad), está también abogando por una descongestión del sistema penal, que suele recibir muchos procesos de este estilo. Esto evidenciaría, aparte de un discurso dogmático basado en derechos, un discurso pragmático que aboga por la descongestión del sistema y dialoga con las realidades judiciales del país, por parte de la Sala de Casación Penal. No sobra recordar que, según cifras del Inpec, a julio del 2020, uno de los delitos por el que más se procesan personas en Colombia es el de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Según cifras de esta entidad, actualmente hay 15.654 personas condenadas que están recluidas intramuralmente y 6687 condenadas en reclusión domiciliaria<sup>52</sup>. Estas cifras ilustran el número de procesos que llegan a condena por este delito, sin contar con el número de procesos en curso (con o sin detenido) o en los que hay absolución.

Ahora bien, en la misma línea, es importante hacer referencia al hecho de que la posición de la Corte Suprema de Justicia implica un endurecimiento de la carga de la prueba para la Fiscalía. Si bien, en términos generales, esta debe probar que la conducta se realizó, en estos casos, además, debe probar que la conducta de porte de estupefacientes está dirigida al tráfico de estos, de lo contrario se estaría en sede de una conducta atípica, toda vez que no se demostró la configuración del elemento subjetivo diferente al dolo, creado por vía de interpretación jurisprudencial. Así, en palabras de la propia Corte, “El procesado, como es sabido, no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función de la

51 Corte Constitucional, Sentencia C-491 del 2012.

52 Información consultada en línea en los tableros estadísticos de la página web del Inpec, [http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/dashboard/viewer.html?&j\\_username=inpec\\_user&j\\_password=inpec#/public/Delitos/Dashboards/Delitos\\_Nacional](http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/dashboard/viewer.html?&j_username=inpec_user&j_password=inpec#/public/Delitos/Dashboards/Delitos_Nacional)

Fiscalía demostrar la existencia de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes distintos al consumo personal..."<sup>53</sup>.

Esto genera, entonces, una especie de presunción de atipicidad (o de consumo) de la conducta de porte de estupefacientes, presunción que debe ser desvirtuada por la Fiscalía. De allí que, si la Fiscalía no logra probar la finalidad de tráfico en la conducta de porte o, en otras palabras, desvirtuar la presunción, lo lógico sería solicitarle al juez de conocimiento la preclusión, siguiendo lo establecido en los artículos 331 y 332, numeral 4, del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004)<sup>54</sup>.

Es claro que las dos altas cortes, al basar el discurso en el respeto a los derechos fundamentales, más exactamente en el respeto al libre desarrollo de la personalidad, están en la línea de un derecho penal mínimo respetuoso de los derechos fundamentales, propio de todos los Estados democráticos modernos.

Como se mencionó anteriormente, la idea de despenalizar el consumo de estupefacientes, por vía de la propia descriminalización del porte de estupefacientes destinados al consumo, es propia de los discursos relativos al derecho penal mínimo o a la mínima intervención estatal, por vía del derecho penal, en la vida de los ciudadanos. Esta idea se inscribe en los discursos antiexpansionistas del derecho penal.

Por expansionismo o "sobrecriminalización"<sup>55</sup> del derecho penal se entiende aquel fenómeno a través del cual se crean normas penales para solucionar todos los problemas sociales<sup>56</sup>. Problemas que no parecen ser de interés del derecho penal y cuya criminalización suele ser violatoria de derechos fundamentales. Husak explica así este fenómeno: "Una cantidad sustancial de castigos contemporáneos son injustos porque son impuestos en razón de conductas que no deberían encontrarse criminalizadas"<sup>57</sup>.

Sin pretender ahondar en las razones que han generado esta expansión del derecho penal, se podría afirmar que una de ellas es la idea constante de que hay una inseguridad que afecta no solo a los individuos sino

53 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Penal, Rad. 51627.

54 La Corte Constitucional estableció, en Sentencia C-1154 del 2005, que la facultad contenida en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal relativa al archivo de las diligencias por parte de la Fiscalía es procedente solo en casos de atipicidad objetiva. Esto quiere decir que, aunque los elementos subjetivos del tipo hagan parte de la tipicidad, lo son de su aspecto subjetivo y el archivo no sería procedente. Al respecto véase Yesid Reyes, "El archivo de la investigación por atipicidad objetiva", en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, n.º 49 (2014): 35.

55 Término acuñado por Douglas Husak. Al respecto véase Douglas Husak, *Sobrecriminalización* (Madrid: Marcial Pons, 2008).

56 Jesús Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid: Civitas, 2001), 21.

57 Husak, *Sobrecriminalización*, 41.

a la ciudadanía en general (inseguridad ciudadana<sup>58</sup>), derivada de determinadas *problemáticas sociales*. Para mitigar esas problemáticas sociales se utiliza el derecho penal, en dos sentidos a mi juicio: el primero, para catalogar esas conductas como delitos, al integrarlas a los ordenamientos penales (criminalizarlas); y, el segundo, para, como es evidente, sancionarla. Así, a través del derecho penal se busca disminuir la sanción de inseguridad colectiva y se legitima “la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito”<sup>59</sup>. Y es esta exactamente la percepción que se tiene del fenómeno del narcotráfico, al ser conceptualizado, desde los propios instrumentos internacionales, como un asunto de criminalidad y por los gobiernos de Estados Unidos y Colombia como un tema de seguridad nacional.

Como contraposición se afirma que la solución a la mayoría de esos problemas sociales no debería ser su criminalización y que lo único que se logra a través del uso del derecho penal para contrarrestarlos es una “sobrecriminalización” o un expansionismo del derecho penal. Es evidente que el consumo de sustancias psicotrópicas puede ser percibido como un problema social, sin embargo, el discurso de las altas cortes relativo a la penalización del porte destinado al consumo (o no destinado al tráfico) se aleja de la idea de expansionismo del derecho penal. El discurso, al basar el fundamento de la no criminalización del porte de estupefacientes destinados al consumo en la violación a derechos fundamentales, de una forma u otra reproduce las ideas de los discursos antiexpansionistas del derecho penal.

## Conclusiones

Por todo lo anterior puede afirmarse que el discurso de las altas cortes relativo a la ausencia de responsabilidad penal por la modalidad de porte de estupefacientes, contenida en el artículo 376 del Código Penal, encaminada al consumo (bien sea el porte de la dosis personal o de cantidades ligeramente superiores) es un discurso dogmático basado en derechos.

No obstante lo anterior, también se puede llegar a las siguientes tres grandes conclusiones. En primer lugar, aunque el discurso constitucional se centra en la no penalización del porte de las cantidades que configuran dosis personal y el de la Corte Suprema de Justicia amplía la argumentación a las situaciones en las que la cantidad supera

58 Al respecto véase José Luis Díez Ripollés, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 6 (2004): 8 y 9.

59 Díez, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, 17.

ligeramente a la estipulada como dosis personal, ambos discursos argumentativos coinciden en que el porte para el consumo no debe ser penado; la Corte Constitucional fundamenta su raciocinio en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y/o en la autonomía personal, mientras que la Corte Suprema fundamenta el suyo en análisis dogmáticos, desde las categorías de la antijuridicidad y la tipicidad, sin embargo, estos últimos discursos dogmáticos dialogan constantemente con la idea de vulneración de derechos, a través de la penalización de la dosis personal, planteada por la Corte Constitucional. En segundo lugar, ambos discursos no solo están permeados por un análisis en clave de derechos, sino que, además, reproducen, de una forma u otra, todos los presupuestos de los discursos clásicos despenalizadores del consumo de drogas, alejándose de posturas expansionistas del derecho penal.

Por último, se podría afirmar que la mayor “amplitud” de la Corte Suprema de Justicia, al abogar por una despenalización del porte de drogas, incluso en cantidades superiores a las establecidas como dosis personal, responde, además, a una necesidad programática de descongestión del sistema penal. En la misma línea, al *crear* una presunción de atipicidad de la modalidad de porte de estupefacientes que debe ser desvirtuada por la Fiscalía, se da un endurecimiento de la carga de la prueba para la Fiscalía en estos casos.

## Referencias

- Ariza, Libardo José y Manuel Iturralde. “Transformations of the Crime Control Field in Colombia”. En *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*, editado por Kerry Carrington, Russell Hogg, John Scott y Máximo Sozzo. Cham, Suiza: Palgrave Macmillan, 2018.
- Baratta, Alessandro. “Introducción a una sociología de la droga: Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias”. En *¿Legalizar las drogas?: Criterios para el debate*. Valladolid: Editorial Popuplar, 1991.
- Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994, 5 de mayo de 1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-420 del 2002, 28 de mayo del 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. Sentencia C-689 del 2002, 27 de agosto del 2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-336 del 2008, 16 de abril del 2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-574 del 2011, 22 de julio del 2011. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional. Sentencia C-491 del 2012, 28 de junio del 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Rad.18609. M. P. Herman Galán Castellanos.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Rad. 29183. M. P. José Leónidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia. Auto de la Sala de Casación Penal. Rad. 28195. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Rad. 31531. M. P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Rad. 35978. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Rad. 38516. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Rad. 33409. M. P. José Leónidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Rad. 42617. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Rad. 41760. M. P. Eugenio Fernández Carlier.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Rad. 51204. M. P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Rad. 50512. M. P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Rad. 51556. M. P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal. Rad. 51627. M. P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Díez Ripollés, José Luis. "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana". En *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 6 (2004).
- Gamella, Juan F. "Prohibición, despenalización, legalización: Tres modelos en el control jurídico y político de las drogas ilegales". [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_2567\\_1.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_2567_1.pdf)
- González Zorrilla, Carlos. "Legislación simbólica y administrativa del derecho penal: La penalización del consumo de drogas". *Jueces para la Democracia*, n.º 14 (1991).
- Haffke, Bernhard. "Drogenstrafrecht". *ZStW*, n.º 107 (1995).
- Hefendehl, Roland. "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro". *Revista Derecho Penal y Criminología* xxv, n.º 76 (julio/diciembre 2004).
- Husak, Douglas y Peter de Marneffe. *The Legalization of Drugs*. Nueva York: Cambridge University Press, 2006.
- Husak, Douglas N. *Sobrecriminalización*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Husak, Douglas N. *Drogas y derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- Iturralde, Manuel. "Democracies without citizenship: Crime and punishment in America Latina. En *New Criminal Law Review* 13 (2009).

- Molina Fernández, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: Bosh, 2001.
- Reyes, Yesid, "El archivo de la investigación por atipicidad objetiva". *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, n.º 49 (2014): 35.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal*, 113. Bogotá: Temis, 1998.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho Penal - Parte general I*. Madrid: Civitas, 1978.
- Sánchez, Jesús Silva. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.
- Tokatlian, Juan Gabriel. "Hacia una guerra irregular". En *La guerra contra las drogas en el mundo andino: Hacia un cambio de paradigma*, compilado por Juan Gabriel Tokatlian. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2009.

# **La dualidad del Estado colombiano frente a los crímenes de poderosos\***

Yenifer Yiseth Suárez Díaz

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.622>

## Introducción

El discurso de la internacionalización no solo se dirige a las prácticas económicas sino que se orienta a los aspectos jurídicos, tales como la persecución del crimen. Además de los tratados y las obligaciones adquiridas por Colombia en la protección de derechos humanos en el contexto internacional, también se inmiscuye en el establecimiento de instituciones jurídico penales compatibles. Por un lado, con el derecho penal internacional, en relación con el ejercicio de la Jurisdicción Especial para la Paz; y, por otro lado, con las organizaciones económicas, militares y hasta con los mismos Estados, con los cuales pacta la persecución del crimen organizado.

En tal sentido, tanto los comportamientos calificados de crimen organizado como aquellos de competencia del derecho penal internacional pueden ser conceptualizados desde la criminología como “crímenes de los poderosos”. Tal acepción introducida inicialmente por Frank Pearce en 1976 se refirió principalmente a la comisión de crímenes corporativos, sin embargo, en la actualidad, tal concepto puede ser ampliado para abarcar aquellas acciones criminales que son cometidas desde el poder, tanto económico, como político, militar y/o estatal. Más aun cuando existe una interdependencia entre el Estado y el capital privado, que permite al orden económico y social mantener su *statu quo*<sup>1</sup>.

Para la persecución de tales crímenes el Estado adquiere obligaciones en el contexto internacional, a través de la suscripción de tratados o bien con su incorporación en organizaciones del mismo orden. En esta situación se presenta una dicotomía en su juzgamiento, dada especialmente por la participación de organismos estatales en la comisión de dichos

I Steven Bittle, Laureen Snider y Steve Tombs (eds.), *Revisiting Crimes of the Powerful: Marxism, Crime and Deviance* (Londres, Nueva York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2018).

delitos. Por esto, a lo largo de la investigación se analizan los compromisos adquiridos por Colombia frente a la judicialización de los denominados “crímenes de los poderosos” y cómo ha implementado acciones desde el derecho penal para esto. Lo anterior con el fin de presentar el cuestionamiento a tales acciones desde una perspectiva crítica que permita señalar los principales retos a superar en términos de criminalidad.

Estas obligaciones se materializan a través del principio de legalidad, es decir, la regulación por parte del legislativo para determinar qué conductas son susceptibles de ser elevadas a delito. En este ámbito se establecen limitaciones que pueden ser por *defecto* o por *exceso*, siendo las primeras cuando se impone el deber internacional o convencional de acatar esas limitaciones y por *exceso* cuando el Congreso actúa autónomamente en aras de elaborar la política criminal nacional<sup>2</sup>. Situaciones presentes en el marco de los delitos estudiados.

De esta manera, las controversias en términos de política criminal se plantean sobre las primeras limitaciones, como quiera que el Estado indudablemente es una esfera de poder. En esta posición se enmarca la estructuración de la política criminal nacional a partir de los compromisos internacionales adquiridos y los debates que esto implica. Así, para comprender las dicotomías y controversias en torno a la comprensión de los denominados “delitos de poderosos”, se analiza la categoría de *poder* y el significado de la criminalidad desde esta perspectiva. Para esto se estudian los principales deberes convenidos para la persecución de los crímenes.

A continuación, y con el fin de lograr el objetivo propuesto, el análisis se dividirá en tres secciones. La primera corresponderá al cumplimiento de lo dispuesto en el derecho penal internacional; la segunda abordará lo convenido por el Estado colombiano con ocasión de su ingreso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y de su estatus de socio global no miembro de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN); y, por último, se estudiará discursivamente el concepto de *crímenes* bajo los presupuestos criminológicos, para evidenciar los retos del Estado frente a los crímenes provenientes del poder.

En cada uno de los acápites referidos se atenderá a los principios que los rigen y las principales transformaciones en política criminal nacional para el Estado colombiano.

## Crímenes de poderosos

Para comprender los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en relación al diseño de su política criminal y las controversias que se

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de abril del 2019, Rad. 53856, M. P. Francisco Acuña Vizcaya.

presentan frente a estas desde una perspectiva criminológica es relevante atender a la categoría de “crímenes de poderosos”. Como se mencionó con anterioridad, el término fue introducido por Frank Pearce y lo primero que hay que señalar es la atribución de la condición de “poder”, la cual implica la consideración de una desigualdad, aspecto reconocido desde la dimensión criminológica dentro de una sociedad de conflicto<sup>3</sup>.

En ese sentido se parte de un contexto en el cual se ofrecen diferentes oportunidades a los grupos sociales, es decir, donde las inequidades se determinan por los grados distantes de libertad que se ofrecen y, así mismo, en la asimetría de metas que se proponen para estos<sup>4</sup>. De tal forma, existen grupos sociales con la capacidad o habilidad de controlar incluso sus propias acciones y los derechos de otros, a quienes se les asigna el poder ya referido. Y, por otra parte, existen colectividades sobre quienes se ejerce dicho poder.

En ese entendido, hay acciones calificadas por parte de la comunidad internacional como delictivas, que por su ejecución y consecuencias solamente pueden ser perpetradas por grupos u organizaciones. En otras palabras, un número plural de personas, con un propósito común, estructura interna y con la capacidad de cometer acciones bien que lesionen a la población civil o que contribuyan a su fortalecimiento económico o militar. Con la singularidad de que tales colectividades poseen la posibilidad de ejecutar actos criminales gracias a su estructura política, económica o militar, lo que contribuye en la ejecución de las conductas delictivas.

Estos aspectos revisten la complejidad del análisis de delito, pues quienes lo ejecutan también pueden influir en el diseño de la política criminal. Razón por la cual hay que retomar los planteamientos de Young y Lea<sup>5</sup> en la estructura del delito como un cuadro que se interrelaciona. Así, en los cuatro puntos se encuentran:

1. Agentes del poder (victimarios, incluido el Estado).
2. Víctimas (en doble vía, directas y el Estado).
3. Comunidad internacional (Estados y organizaciones).
4. El Estado como agente de control punitivo.

Con base en tales planteamientos se estudia la política criminal postulada por la comunidad internacional en la que intervienen el Estado y los dilemas presentados. Cuestionamientos frente a su persecución, su

3 Alessandro Baratta, “Criminología y dogmática penal: Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”, *Derecho Penal y Criminología* 7 (1984): 67-95, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein:journals/dpencrim7&id=323&div=31&collection=journals>.

4 Vincenzo Ruggiero y Michael Welch, “Power crime”, *Crime, Law and Social Change* 51, n.º 3-4 (nov. 2008): 297-301, <https://doi.org/10.1007/s10611-008-9162-0>.

5 Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, *La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada* (Buenos Aires: Amorrortu, 1977).

participación y la compatibilidad entre las directrices nacionales y las que se imponen en el concierto internacional, que involucran acciones de ataque a la población y de lesión a los sistemas económicos.

## Colombia y el derecho penal internacional

Además de haber participado en los trabajos preparatorios para la elaboración del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional, Colombia suscribió y ratificó su participación en esta desde el 2002. El Estatuto de Roma se constituyó el 17 de julio de 1998 como mecanismo universal para la protección y prevención de graves crímenes, considerados como atroces, y teniendo como antecedente el elevado número de víctimas que los conflictos armados habían causado. El Estado colombiano lo ratificó e incluyó en su ordenamiento las obligaciones allí expuestas, una vez efectuado el control constitucional a través de la Sentencia C-578 del 2002.

El Estatuto de Roma contempla la persecución de cuatro crímenes específicamente, a saber, los crímenes de guerra, genocidio, contra la humanidad y de agresión. Luego de las discusiones durante la elaboración del Estatuto de Roma se seleccionaron estos cuatro, por ser considerados los más atroces y con relevancia para la humanidad. Para perseguirlos se estableció un tribunal internacional con capacidad para su persecución y facultado para determinar la responsabilidad de los máximos responsables, siempre que los Estados no pudieran o quisieran adelantar la judicialización.

En ese sentido se plantean tres principios fundamentales de la justicia penal internacional a ser considerados a lo largo de la presente investigación en relación con las obligaciones adquiridas por el Estado, a saber, la universalización de la justicia penal, la categoría de máximos responsables y el llamado principio de complementariedad. Bajo tales presupuestos se catalogan las conductas delictivas, desde la perspectiva criminológica, como *crímenes de los poderosos*.

Frente al primer aspecto se reconoce la justicia penal internacional como un ejercicio jurídico, producto del fin de la Guerra Fría, y el establecimiento de un modelo político, económico y social con intenciones homogenizantes. Para esto adoptó como base la definición de humanidad y derivó en la selección de derechos humanos esenciales que requerían de la protección penal. Esta situación omite que la comprensión de los derechos humanos implica una valoración diferencial en términos culturales, económicos, religiosos y sociales.

Esto último reflejado en la propia elaboración del Estatuto de Roma, envuelta en un proceso de interacción entre la diplomacia estatal y la injerencia de Naciones Unidas. Por lo que, en dicha relación, para la creación

de los tipos penales fue necesaria la selección de bienes jurídicos que se consideraran esenciales para la humanidad en su conjunto, bajo las definiciones de los derechos humanos y de acuerdo con los intereses de los interventores.

Ahora bien, al considerarse tal proceso, también se arribó a la necesidad de únicamente perseguir a los denominados *máximos responsables*. Categoría que ha presentado dificultades en su definición, incluso en los tribunales *ad hoc*, y también en las decisiones de apertura, confirmación de cargos y emisión de sentencias de parte de la Corte Penal Internacional (CPI) e incluso en la Fiscalía del Tribunal. Sobre todo porque no existen criterios unificados en la determinación de participación y responsabilidad para establecer quién puede ser catalogado dentro de esta categoría.

Por ejemplo, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha modificado sus políticas desde su creación, partiendo de expectativas ambiciosas y extremas hasta arribar a un concepto economicista. Pasó de dejar de focalizarse en los más altos niveles y admitir los mandos medios para construir evidencia y con esto adelantar un caso subsecuente en contra del *máximo responsable*<sup>6</sup>, justamente por la dificultad que ello representa en un sistema que requiere de la cooperación del poder estatal para la persecución penal.

En el mismo sentido, en Colombia, la Fiscalía General de la Nación elaboró la Directiva 01 del 2012, orientada a la priorización de casos y en la que señaló:

El concepto de máximo responsable se aplica respecto a dos categorías diferentes, a saber (i) que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de los planes operativos; y (ii) de manera excepcional se trata de aquellas personas que han cometido delitos particularmente notorios con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva.

Para el desarrollo del presente trabajo se atiende a los criterios de “liderazgo y posición de estructuras militares y jerárquicas; el grado de responsabilidad de acuerdo con su nivel y modo de participación; su contribución al crimen y la importancia de su rol”<sup>7</sup>.

Con lo anterior se reconoce la imposibilidad de ser *máximo responsable* de la comisión de crímenes internacionales sin contar con alguna clase de poder. Los crímenes consagrados por la justicia penal internacional necesariamente proceden del ejercicio del poder económico, político, militar,

6 Oficina del Fiscal CPI, “Strategic Plan 2016-2018”, *Policy Paper* (La Haya: 6 de julio del 2015), 16.

7 Rodrigo Uprimny, Luz María Sánchez Duque y Nelson Camilo Sánchez León, *Justicia para la paz: Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada* (Bogotá: Dejusticia, 2013), 126.

armado o estatal. Motivo por el cual, desde una perspectiva criminológica, se catalogan como *crímenes del poder* en tanto que la magnitud y forma de ejecución requieren de la intervención de, al menos, un agente con dicha capacidad.

Sin embargo, al momento de ejercer la acción penal se presenta una controversia, especialmente para un Estado como el colombiano. Porque, si bien es cierto acepta y propaga la misión de perseguir penalmente a los responsables de cometer *crímenes de poder*, no se puede desconocer la participación de agentes con poder estatal en la realización de dichos delitos. En otras palabras, su aquiescencia en la ejecución de conductas atroces lo coloca en el lugar del victimario y el juzgador.

Este compromiso estatal contra las violaciones a derechos humanos adquiere mayor relevancia con el establecimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, como mecanismo de justicia extraordinaria para el establecimiento de la paz. En esta no solamente se han reforzado sus obligaciones como Estado frente a la comunidad internacional, sino que se ha admitido su participación en crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional y la indiferencia, no siempre voluntaria, frente a su investigación y juzgamiento.

A pesar del deber del Estado y la estructura de la política criminal, se advierte una dificultad existente en el cumplimiento cabal de dichas obligaciones, por ejemplo, en cuanto a la responsabilidad del poder económico. Esto en relación con la participación de terceros que financiaron grupos armados, favorecieron el desplazamiento forzado de población civil y la comisión de masacres, a quienes se les concedió la facultad para acudir ante la Jurisdicción Especial para la Paz, sin existir obligatoriedad o algún tipo de asignación de responsabilidad, al punto que hoy pueden continuar ejerciendo sus labores empresariales.

En el mismo sentido, la responsabilidad del poder militar mereció un llamado de atención por parte de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, que advirtió: “La definición de responsabilidad del mando adoptada se aparta sustancialmente de la prevista en el derecho internacional consuetudinario y de la definición del Estatuto de Roma, y por consiguiente podría frustrar los intentos de Colombia de cumplir su deber de investigar y juzgar los crímenes internacionales”<sup>8</sup>.

Para la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, la redacción del Acto Legislativo 01 del 2017, a través del cual se adoptaron disposiciones para la terminación del conflicto armado, podía traer consigo la impunidad de responsables que tuvieron control efectivo en la comisión de crímenes y aquellos que contribuyeron de cualquier manera, alejándose del concepto

8 Oficina de la Fiscalía, “Escrito de *amicus curiae* de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz” (Corte Penal Internacional, 2017), 4.

de complicidad del Estatuto de Roma e ignorando la posibilidad de imputar responsabilidad por omisión voluntaria.

En el orden propuesto se tiene la adquisición de obligaciones por parte del Estado de forma voluntaria en punto del fenómeno de internacionalización del derecho penal y la incorporación del concepto de *máximos responsables*, en la persecución de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Ahora bien, estos elementos son considerados bajo el principio de complementariedad en torno a la relación del tribunal y el Estado, como se precisa a continuación.

Se trata de un requisito de procedibilidad ante la Corte Penal Internacional, pero también de la obligación de cooperación del Estado Parte, en este caso, Colombia. De acuerdo con el numeral 2 del artículo 17 del Estatuto de Roma, la jurisdicción internacional opera ante una situación siempre que se demuestre la incapacidad o indisposición del Estado para investigar. Caso en el cual se habilita la intervención bajo el principio referido.

Pese a lo anterior, la Corte Penal Internacional, admitiendo sus propias limitaciones, adoptó una postura más flexible y reconoció la posibilidad de la complementariedad desde una perspectiva colaborativa. Es decir, cuando el Estado tiene la intención de perseguir y judicializar a los responsables de la comisión de crímenes, pero presenta dificultades por su propia administración de justicia —en gran parte dada por la misma violación a derechos humanos—, la Corte presenta su apoyo a la justicia para adelantar los procesos, animando a los Estados a iniciar los procedimientos en la jurisdicción nacional, brindando el apoyo político y legal para la persecución penal y maximizando sus resultados a pesar de sus recursos limitados<sup>9</sup>.

Bajo este presupuesto se incluye la vigilancia que puede realizar el tribunal internacional en los Estados, en los cuales ejerce por lo menos un examen preliminar, como ocurría en Colombia hasta el 2021. Para dar cumplimiento a este principio, la Fiscalía de la Corte solicita ante las entidades la información necesaria para verificar el proceso y así brindar recomendaciones. En otras palabras, el Estado termina desempeñando un doble papel en la persecución por parte de la CPI, puesto que se requiere de su colaboración para el ejercicio de la jurisdicción internacional, pero, al mismo tiempo, la persecución individual puede verse obstaculizada por este mismo, cuando existe participación y aquiescencia en la comisión de los crímenes más graves<sup>10</sup>.

9 William W. Burke-White, "Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice", *Harvard International Law Journal* 49 (2008): 56.

10 Estos son algunos ejemplos en los que el Estado colombiano fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por su aquiescencia: masacres de Santo Domingo, Mapiripán, Diecinueve Comerciantes, El Aro y la Granja.

Bajo los anteriores planteamientos, el Estado colombiano tiene diferentes retos con ocasión de las obligaciones adquiridas internacionalmente y el establecimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, en punto de las contradicciones entre su uso del poder como participante de la violación a derechos humanos y su deber de prevenirlas y juzgarlas en calidad de garante.

## **Colombia y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)**

Colombia se incorporó al grupo de trabajo sobre cohecho de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico el 29 de noviembre del 2011. Su efectiva adhesión se realizó el 19 de enero del 2013, lo que significó la adquisición de responsabilidades ante la comunidad internacional en términos de persecución penal a delitos económicos. De acuerdo con la definición de la Corte Constitucional retomada de la propia organización, se trató de un foro único en el que las democracias participantes laboran juntas para enfrentar los desafíos económicos, sociales y de gobernanza conexos a la globalización, y para aprovechar sus oportunidades<sup>11</sup>.

El proceso de cooperación con la organización ha sido paulatino y solo hasta el 2019 se declararon exequibles el Acuerdo sobre los términos de la adhesión de Colombia a la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y la propia Convención, a través de la Sentencia C-492 de ese mismo año. Es decir, en esa fecha se consolidaron las obligaciones frente a la organización.

Para los efectos de este artículo, el enfoque sobre el cual se evidencia interés es respecto de las obligaciones en términos penales adquiridas por el Estado colombiano. Aunque se adquieren compromisos de diferentes clases, la perspectiva recae sobre aquellas que orienta al Estado a dirigir sus esfuerzos a la investigación y el juzgamiento de delitos relacionados con la corrupción, el lavado de dineros, el soborno transnacional, la financiación del terrorismo y los procedimientos de extinción de dominio. Sumado a esto, a partir del 2021 se incorporó la prevención de la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Lo anterior significa la persecución de crímenes organizados cometidos por personas naturales o jurídicas con poder económico, en otras palabras, *crímenes de poderosos*. Si bien estos no son perseguidos por la Corte Penal Internacional, en un mundo interconectado se exige el compromiso estatal para su judicialización.

11 Corte Constitucional, Sentencia C-492 del 2019, 22 de octubre del 2019, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

En el orden propuesto, si bien no existe una definición única de corrupción, puede ser considerada como un fenómeno social, político y económico complejo que socava las instituciones democráticas y contribuye a la inestabilidad política<sup>12</sup>. En tales actos, el factor fundamental es la participación de agentes estatales en la realización de comportamientos lesivos al Estado y ahora a la comunidad internacional. De allí que se haya propuesto el Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina, con fundamento en la Convención Interamericana contra la Corrupción (CIACC), aprobada por Colombia por medio de la Ley 412 de 1997, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), aprobada mediante la Ley 970 del 2005.

Para tal efecto y con el fin de ejercer los compromisos para el ingreso a la organización, Colombia expidió la Ley 1474 del 2011, o Estatuto Anticorrupción, para mejorar la gestión de las prácticas en el sector público y privado. Entre otras determinaciones se eliminaron los beneficios penales en delitos contra la administración pública relacionados con corrupción, se crearon nuevos tipos penales como la estafa sobre recursos públicos, la corrupción privada, la administración desleal, la utilización indebida de información privilegiada, la especulación y el agiotaje de medicamentos y dispositivos médicos, la evasión fiscal, la omisión de control en el sector salud, el peculado por aplicación oficial diferente frente a los recursos de la seguridad social, el fraude de subvenciones, los acuerdos restrictivos a la competencia, el tráfico de influencias de particular y se modificaron los existentes aumentando su punibilidad.

Siguiendo con las obligaciones adquiridas, Colombia, además de tener tipificado el delito de lavado de activos en el artículo 323 del Código Penal, creó la Unidad Nacional contra el Lavado de Activos y la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), con el fin de investigar y rastrear el origen de los dineros en las diferentes actividades comerciales. Esto en consonancia con el denominado Sistema Anti Lavado de Activos y contra la Financiación del Terrorismo Anti LA/FT o ALA/CFT, encabezado por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)<sup>13</sup>.

Lo anterior, como se señaló, con el fin de prevenir, detectar, perseguir y juzgar la posible comisión de conductas delictivas. Sobre esto se ha exigido al Estado la acción conjunta de las entidades gubernamentales y el ejercicio de las actividades de autorregulación empresarial, a fin de reducir el fenómeno en el país, entre otras, la adopción de medidas como la alianza público-privada contra el lavado de activos denominada Negocios

12 United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), "UNODC y corrupción", <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/corruptcao/>.

13 Juan Pablo Liévano Vegalara, "Resultados de la Fase 3 de la implementación de la Convención de Soborno Transnacional de la OCDE", *Ámbito Jurídico* (30 ene. 2020), <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2020/Resultados-de-la-Fase-3-de-la-implementacion-de-la-Convencion-de-Soborno-Transnacional-de-la-OCDE.aspx>.

Responsables y Seguros (NRS), de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (UNDOC), a través de la cual se elaboran estándares y determinan riesgos en las diferentes operaciones comerciales.

Finalmente, Colombia suscribió, el 21 de noviembre de 1997, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Por medio de este instrumento se introdujo la persecución del soborno transnacional, de modo que, con la adhesión a esta convención y su aprobación mediante la Ley 1573 del 2012, declarada exequible en la Sentencia C-944 del 2012, se establecieron investigaciones y sanciones de doble vía para los actos de corrupción que involucren a funcionarios públicos o personas jurídicas extranjeras.

Considerando que en Colombia no existe la responsabilidad penal de personas jurídicas y que este sigue siendo un reclamo por parte de la organización, a través de la Ley 1778 del 2016 se consagró el procedimiento sancionatorio para las empresas nacionales y las sucursales de sociedades extranjeras por actos de corrupción ante la Superintendencia de Sociedades. Proceso que, valga decir, excluye el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

Bajo este contexto es preciso señalar las contradicciones en las cuales se encuentra el Estado colombiano para el cumplimiento de las obligaciones que adquiere en el contexto internacional, pero que evidentemente resultan problemáticas en la práctica nacional, nuevamente por su participación en la ejecución de conductas criminales relacionadas con el poder económico dadas por su estrecha relación con el poder gubernamental.

Como se indicó, uno de los principales problemas del Estado colombiano frente a la OCDE es la inexistencia de responsabilidad penal de las empresas, tanto así que, frente al lavado de activos únicamente se ha elaborado, en coordinación con la Superintendencia de Sociedades, la imposición de la obligación para las empresas de contar con un Sistema de Auto Gestión del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (Sarlafy y Sarglaft)<sup>14</sup>; y, si bien la organización valoró la creación de la Unidad Especializada de la Fiscalía General de la Nación, criticó la falta de protección a los denunciantes.

Además, como fue expresado por la OCDE en el informe sobre la Fase 3 de Implementación de la Convención de Soborno Transnacional, no se observa una intención del Estado por incrementar sus esfuerzos en la persecución de los delitos reseñados, al no haber incluido esto dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, como sí había sido vinculado en el periodo inmediatamente anterior, que establecía la

14 Liévano, "Resultados de la Fase 3".

obligación de brindar asistencia permanente e integral para monitorear casos de corrupción con un alto impacto nacional o regional<sup>15</sup>.

Así mismo, cuestionó la investigación de los actos de corrupción de funcionarios públicos al puntualizar que, de 2314 reportes, solamente 441 se encontraban bajo investigación disciplinaria<sup>16</sup>, y la falta de claridad punitiva frente a los documentos contables presentados como falsos, considerando insuficiente la tipificación de la falsedad ideológica y material de documento privado en el Código Penal para tales casos.

Respecto del soborno transnacional destacó la existencia de un proceso sancionatorio por parte de la Superintendencia de Sociedades: mediante Resolución n.º 200-002899 del 6 de julio del 2018 se condenó a la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S. A. (Grupo Inassa) por soborno transnacional de 6500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a 5078 millones de pesos, atendiendo a la aceptación de solicitud de beneficios por colaboración que hiciera el apoderado de la sociedad, el 30 de abril del 2018. A pesar de esto, se reclamó la falta de inclusión en el Sistema de Información y Registro de Inhabilidades, y se llamó la atención por el caso Odebrecht, pese a la suscripción de la Declaración de Brasilia Sobre la Cooperación Jurídica Internacional contra la Corrupción en el 2017.

En lo concerniente al procedimiento judicial de extinción de dominio instó a la realización del procedimiento en contra de las personas jurídicas y la aplicación del artículo 91 del Código de Procedimiento Penal, referente a la pérdida de la personería. En otras palabras, señaló la necesidad de privilegiar la sanción a las entidades antes que a las personas naturales.

En suma, las críticas se enfocan en la falta de eficiencia en términos estadísticos por parte de Colombia, no solo frente a la persecución de los delitos, sino en cuanto al lugar que ocupa en la percepción de la corrupción en el espectro mundial. Críticas que surgen precisamente por el doble papel desempeñado por los agentes estatales, más aún cuando las políticas estatales se encuentran estrechamente vinculadas a las decisiones económicas.

## **Colombia y la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN)**

Colombia anunció su participación en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), sin embargo, como socio global y no miembro, por lo que resulta importante analizar los efectos de esto en materia de

15 OECD, "Implementing the OECD Anti-Bribery Convention Phase 3 Report Colombia", 12 de diciembre del 2019, párr. 178, <https://www.oecd.org/corruption/Colombia-Phase-3-Report-ENG.pdf>.

16 *Ibid.*, párr. 185.

política criminal, específicamente en lo referente a la seguridad informática, seguridad fronteriza, crimen organizado y terrorismo.

Para esto (1) se realiza un breve rastreo histórico de la OTAN haciendo énfasis en su relación con Colombia; (2) se aborda la cuestión de Colombia como socio global de este organismo internacional con el fin de observar los alcances de la cooperación; y (3) se analizan las actuales obligaciones del Estado colombiano en materia de política criminal en relación con la OTAN a partir de lo dispuesto en el acuerdo de cooperación.

La OTAN es un organismo internacional que nace en 1949 dentro del marco de la Guerra Fría, es decir, el proceso de oposición, económico, cultural, geopolítico y militar, entre dos grandes potencias globales, Estados Unidos y la Unión Soviética. De tal modo, la OTAN se erige como el garante de la seguridad de los países pertenecientes al bloque liderado por Norteamérica.

No obstante, en este itinerario, el papel de la región latinoamericana en general y de Colombia en particular —a pesar del alineamiento en la doctrina de seguridad entre Estados Unidos y el país— no tuvo mayor relevancia, pues los participantes activos dentro de este organismo fueron exclusivamente los países occidentales con poder político y económico capaz de influir en los designios del orden mundial.

En este sentido, la apertura de la OTAN a otros escenarios solo tuvo lugar tras el fin de la Guerra Fría y el redimensionamiento de sus actividades en la década de los noventa, cuando emerge la posibilidad de vincular países pertenecientes a la extinta Unión Soviética. Empero, con el tiempo, la OTAN creó diversos tipos de alianzas en regiones con menor influencia en el concierto internacional y con el fin de ampliar su margen de influencia en el tablero geopolítico.

Así, la OTAN estableció cuatro mecanismos distintos de cooperación con Estados que no pertenecen a Europa y Norteamérica como (1) el diálogo del Mediterráneo, que busca establecer un control sobre esa zona marítima, en virtud del cual la OTAN ha trazado lazos con países como Túnez, Marruecos, Jordania, Israel, Egipto y Argelia; (2) la iniciativa de cooperación de Estambul, que busca una cooperación con países situados en Oriente Próximo y el golfo Pérsico en términos de lucha contra el “terrorismo”, en la actualidad los países suscritos son Bahrein, Qatar, Kuwait y Emiratos Árabes Unidos; (3) el Consejo de Seguridad Euro-Atlántico, que busca fortalecer cooperaciones bilaterales entre países miembros de la OTAN; y (4) los socios globales, es decir, el conjunto de países que por motivos de interés realizan acercamientos con la OTAN para cooperación, bien sea armada o de doctrina militar.

Es precisamente con este último mecanismo que la OTAN y Colombia comienzan a tejer lazos entre sí. El inicio de esta relación se puede trazar en el año 2013 con la suscripción del Acuerdo para Seguridad en el Intercambio de Información Clasificada. Este acuerdo fue adoptado

por Colombia con la Ley 1734 del 2014, declarada inexecutable mediante Sentencia C-337 del 2015, por vicios de forma<sup>17</sup>.

El logro de dicho acuerdo fue el fortalecimiento de la operatividad para la realización de tareas conjuntas entre ambos actores y de tratamiento de información. Fundamentalmente se allanó el camino para un ulterior acuerdo con Colombia en el marco del programa Individual Partnership Cooperation Program (IPCP), para esto fue esencial la puesta en marcha de planes que mejoraran los índices de desempeño del Ejército en todo lo relativo a la Dirección de Aplicación de Normas de Transparencia del Ejército Nacional (DANTE)<sup>18</sup>.

Para el año 2016, los países de la OTAN aceptaron a Colombia como *global partnership*. Este hecho posibilitó la acreditación de instituciones y entrenamiento a miembros del Ejército colombiano con el conjunto de estándares de la OTAN. Finalmente, la vigencia del acuerdo para seguridad en el intercambio de información clasificada tan solo tendría lugar tras un nuevo trámite legislativo que se surtiría en el 2017 por medio de la Ley 1839 del 2017, declarada executable por la Corte Constitucional en Sentencia C-144 del 2018.

Los acuerdos suscritos por Colombia y la OTAN le otorgan el papel de *global partnership*, es decir, el país no pertenece a este organismo internacional como miembro pleno sino como un Estado que coopera con los objetivos de la OTAN a partir de una confluencia de intereses. En la actualidad, las grandes problemáticas del crimen organizado hacen parte de una agenda común.

Por esta razón, como bien sostiene Pacheco,

Está claro que el Estado colombiano no participa como miembro pleno de la organización, por lo cual sería una completa imprecisión el mencionar que “Colombia ingresó a la OTAN”, su relación se da como socio global, lo cual no representa ningún tipo de compromiso en asistencia militar directa ante un eventual conflicto en el que se pueda involucrar a alguna de las partes. Sus implicaciones se traducirían en términos de interrelación doctrinaria a intercambio. Por lo tanto, lo acordado no implica el desarrollo de misiones tácticas, indicando que no se va a desplegar un componente militar de la OTAN en Colombia<sup>19</sup>.

17 Ricardo Clavijo, “Una explicación del ‘Acuerdo entre Colombia y la OTAN sobre cooperación y seguridad de información’ desde la perspectiva del institucionalismo neoliberal” (tesis de maestría, Universidad Javeriana 2017), <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/21869>.

18 Fernando Enrique Farfán Castro, Norman Manuel Rey Torres y Jonathan Jiménez Reina (eds.), *Colombia y la Organización del Tratado del Atlántico Norte* 1 (Bogotá: Escuela Superior de Guerra General Rafael Reyes Prieto, 2019), <https://doi.org/10.25062/9789585216587>.

19 Sebastián Pacheco Jiménez, “Colombia y la OTAN, primer socio global en Latinoamérica”, *Revista de las Fuerzas Armadas* (dic. 2018): 15.

Este tipo de asociación entre Colombia y la OTAN implica una relación de cooperación doctrinaria en relación con las nuevas dinámicas de conflicto territorial que aparecen con el proceso de paz de La Habana. En otros términos, la cooperación de doctrina militar se concentra en la lucha contra el narcotráfico, el crimen organizado y los reductos de guerrillas que aún persisten en el país; el objetivo de realizar el acuerdo es mejorar las capacidades de respuesta ante estas problemáticas en el marco de un escenario de internacionalización de los delitos y de pugnas geopolíticas con países vecinos.

Frente a la política criminal, llama la atención en la exposición de motivos la relevancia de los aspectos relacionados con la lucha contra el terrorismo y el narcotráfico. El texto del acuerdo se compone de seis artículos, que se pueden reseñar así: los artículos primero y quinto establecen un conjunto de obligaciones a las partes en términos de protección de la información transmitida; el artículo segundo se refiere al conjunto de obligaciones que tiene el Estado colombiano de investigar a todos los nacionales que soliciten o que tengan acceso a la información dada por la OTAN en el marco de la cooperación; los artículos tercero y cuarto estipulan los organismos internos tanto de la OTAN como del Estado colombiano encargados y competentes para el manejo de la información intercambiada en el marco del acuerdo.

En términos generales, se puede afirmar que directamente no hay un impacto tangible en la política criminal. No obstante, el hecho que Colombia privilegie un acuerdo con la OTAN para combatir este tipo de delitos, antes que políticas que busquen una solución integral que no se reduzcan a lo policivo, muestra el foco de la política criminal colombiana. Pero, además, como el país se ha insertado en dinámicas geopolíticas que responden a los intereses de los países metropolitanos, por ejemplo, el ingreso de Colombia a la OTAN responde en cierta medida a una política de disuasión a Venezuela, como mecanismo de resiliencia frente a los problemas delictivos.

## **La criminalización a partir de las obligaciones internacionales**

La construcción de categorías jurídicas en el ámbito nacional está marcada por la necesaria intromisión del poder en la selección de bienes jurídicos y comportamientos. En ese entendido no solamente se reconoce la atribución de una valoración filosófica sino una de carácter político, incluso partiendo de la supracategoría de derechos humanos<sup>20</sup>.

20 Eugenio Zaffaroni, *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar* (Buenos Aires: Ediar, 2011).

Situación que trasciende la esfera internacional, en la que se elabora un sistema de valores específico<sup>21</sup> que permite su cuestionamiento desde la interdisciplinariedad.

Específicamente, el proceso de selección de los derechos humanos por la política criminal internacional resulta relevante, pues su existencia no puede considerarse como absoluta sino desde una dimensión dinámica. En efecto, la acepción de derechos humanos involucra aspectos filosóficos y políticos para su consagración en instrumentos nacionales, regionales e internacionales, pero desde la perspectiva criminológica se destaca la selección para su protección a través del derecho penal.

Así, a través de la constitución de un sistema de valores más o menos universal se realiza un proceso de diferenciación entre estos y la correspondiente selección de ciertos tipos de derechos e injusticias para enfatizar unos y devaluar otros<sup>22</sup>. De esto resulta interesante que se dé menor relevancia a algunos delitos catalogados en la categoría de *transnacionales* y no dentro del Estatuto de Roma, aunque cumplan los requisitos genéricos consagrados en el instrumento internacional.

También resalta la controversia respecto de la cesión de soberanía estatal por las propias características que impone el concierto internacional, creando la contradicción mencionada en cuanto se adquieren obligaciones de persecución y castigo al mismo tiempo que el Estado se involucra en la violación de las mismas exigencias de los tratados internacionales. En ese entendido y atendiendo a la elaboración de los consensos interestatales como un ejercicio del poder, la constitución del sistema jurídico penal nacional es, en últimas, una expresión de los intereses de quienes detentan el poder (Estados denominados desarrollados), que tienen la capacidad de influir en los procesos de criminalización<sup>23</sup>.

Incluso, es denodado el interés arraigado de parte de los gobiernos por incluirse dentro de las organizaciones internacionales. Ejemplo de esto es Colombia, que en el caso de la Corte Penal Internacional participó en su creación y en la redacción del Estatuto de Roma, en el entendido que era una entidad con la necesidad de legitimidad y debía ser ratificada por los Estados. Situación contraria respecto a la OCDE y la OTAN, las cuales no requieren la participación de todos los Estados, pero en las cuales también existió un esfuerzo importante para su participación.

Por lo que también se emplea como una oportunidad de estar, aparentemente en el mismo plano, con países que ejercen amplia influencia

21 Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales: Crítica del humanismo abstracto* (Madrid: Catarata, 2005).

22 Jack Donnelly, "The Social Construction of International Human Rights", *Relaciones Internacionales*, n.º 17 (2011): 12, <https://revistas.uam.es/rri/article/view/5085>.

23 Yenifer Yiseth Suárez Díaz, "Análisis criminológico sobre la intervención de la Corte Penal Internacional (CPI) por Crímenes de Lesa Humanidad en escenarios de conflicto armado" (tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, 70).

internacional. Existe la falsa idea de hacer parte de los Estados poderosos dentro del contexto internacional, pero lo que ocurre realmente es la imposición de obligaciones, entre ellas económicas, políticas y penales, hasta para aceptar el ingreso, o incluso menos, como ocurre respecto a la OTAN, pues la aceptación se da como un mero acto de cooperación.

Así, inicialmente, esta postura se planteó para el análisis de las violaciones a derechos humanos, entendidos en el derecho penal internacional como crímenes de lesa humanidad; no obstante, con ocasión de las amplias obligaciones adquiridas por el Estado y que influyen en el marco jurídico penal se hace necesario replantear el análisis en torno a la persecución a la criminalidad organizada.

A partir de los cuatro vértices indicados se puede observar la dificultad para el estudio de los *crímenes de poderosos*, pero especialmente para su prevención y persecución, atendiendo al rol que desempeña el Estado, en específico como agente ejecutor de conductas criminales o aquiescente en su relación con las conductas ejecutadas por el poder económico. Esto sin desconocer la responsabilidad de la propia configuración de la sociedad globalizada en la comisión de los delitos a perseguir.

Lo que deriva en la necesaria reflexión del Estado como agente individual y su papel en el cumplimiento de las obligaciones del concierto internacional, especialmente en términos de prevención y reducción de la criminalidad. En tanto la aceptación de las obligaciones adquiridas no obedece a un verdadero interés en disminuir la criminalidad sino a la consecución de favores y beneficios de parte de las organizaciones internacionales, pero con consecuencias nefastas porque se reproduce el modelo de persecución y ejecución de delitos desde el poder, que incluye favorecer a grupos poderosos que cometen delitos, pero que quedan impunes por la falta de persecución por parte del Estado.

## El Estado colombiano permeado por la criminalidad

De acuerdo con el informe de Índice de Percepción de la Corrupción del 2019, emitido por Transparencia por Colombia, actualmente el país, con 37 puntos sobre 100, se ubica en el puesto 96 entre 180 países evaluados<sup>24</sup>, lo que denota la concepción de los colombianos al respecto. En el informe referido se muestra el aumento del porcentaje de personas que consideran a los miembros de las instituciones como corruptos del 2017 al 2019, ocupando el primer lugar el poder legislativo (64 %), seguido del presidente (55 %) y los empleados públicos (48 % del orden nacional y 45 % del

24 Transparencia por Colombia, "Colombia: Entre los países donde esfuerzos anticorrupción están estancados", 23 de enero del 2020, <https://transparenciacolombia.org.co/2020/01/22/colombia-entre-los-paises-donde-esfuerzos-anticorrupcion-estan-estancados/>.

orden local), pero de forma más preocupante respecto de los funcionarios del poder judicial (47 %) y la Policía Nacional (42 %), develando la desconfianza en la institucionalidad.

Lo anterior denota la desconfianza de la comunidad especialmente hacia los agentes del Estado y con mayor preocupación hacia aquellos encargados de controlar y juzgar la criminalidad. Reproche que no es gratuito, máxime ante la constante evidencia de actos delincuenciales dentro de las entidades públicas.

Si bien es cierto, Colombia cuenta con el Código Disciplinario Único para la investigación y sanción de conductas irregulares de funcionarios públicos, en la actualidad su efectividad es nula. En tal sentido, obsérvese que las organizaciones criminales han permeado al aparato estatal en todos los ámbitos, incluyendo las órbitas judiciales encargadas de la persecución y judicialización del delito.

Esto no solo en términos de tráfico de estupefacientes —por ejemplo, las organizaciones criminales incluyen dentro de su nómina a los agentes policiales o militares— sino en delitos como el contrabando —como la vinculación de funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en el escándalo del puerto de Buenaventura<sup>25</sup>—, o el soborno a funcionarios del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima) para otorgar falsas licencias a productos engañosos o brindar la preparación para auditorías<sup>26</sup>, o más recientemente la vinculación de funcionarios en la expedición de cédulas y pasaportes a extranjeros<sup>27</sup>, por mencionar algunos. Todo esto sin desconocer los actos de corrupción de Odebrecht, la muerte de líderes sociales, las ejecuciones extrajudiciales y los famosos carteles que cada tanto se hacen evidentes en el país.

Hechos con los que se demuestra la ineficacia del Estado como agente de prevención de la comisión de delitos y su evidente participación en estos, aunque adquiera obligaciones ante la comunidad internacional para prevenirlos y perseguirlos. Situación especialmente difícil de superar en tanto la existencia de condiciones sociales y económicas impida su persecución, más teniendo en cuenta que los agentes del poder económico intervienen en la comisión de las conductas y su posterior ocultamiento.

25 “La familia Ambuila, la DIAN y la corrupción en Buenaventura”, *Semana.com*, 4 de junio del 2019, <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-familia-ambuila-la-dian-y-la-corrupcion-en-buenaventura/608447>.

26 Invima, “Por denuncia de Invima, Fiscalía realiza 14 capturas - Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos”, 29 de agosto del 2018, <https://www.invima.gov.co/por-denuncia-de-invima-fiscalia-realiza-14-capturas>.

27 Unidad Investigativa El Tiempo, “Así opera la mafia trasnacional que ronda a la Registraduría - Unidad Investigativa - eltiempo.com”, *El Tiempo*, 26 de enero del 2020, <https://www.eltiempo.com/unidad-investigativa/asi-opera-la-mafia-trasnacional-que-ronda-a-la-registraduria-404530>.

Por esto no se trata del incremento desmedido de conductas criminales o la elaboración de actos de cooperación internacionales, hasta tanto el Estado no evalúe su posición en la concepción del crimen para eliminar su participación como autor de los actos delictivos y como cooperador de los actores económicos, con los que se establece la institucionalidad y la elaboración de los factores sociales que derivan en la propagación de los *delitos de poderosos*.

## Conclusiones

El Estado colombiano se presenta en la actualidad como uno en desarrollo y tendiente a la superación del conflicto armado, como bandera de visión ante la comunidad internacional, sin embargo, la institucionalidad requiere de revisiones importantes ante la complejidad que imponen los crímenes internacionales, tratados a lo largo del escrito como crímenes de poderosos.

A pesar de que la Conferencia de Roma limitó el ámbito material de competencia de la Corte Penal Internacional a los “más graves crímenes de trascendencia internacional” para excluir el narcotráfico y terrorismo<sup>28</sup>, que muchos Estados pretendían adicionar al proyecto de una Corte Internacional, no se puede desconocer la relevancia de los crímenes organizados más aún frente a la vinculación del poder económico en su ejecución y ahora en su prevención, a través de los sistemas de regulación empresarial.

Si bien es cierto que el Estado se vincula a los tratados y convenios de cooperación con organizaciones relevantes en el derecho internacional y con ejercicio directo en la elaboración de la política criminal, los retos al interior del país superan sus intereses de posicionamiento geopolítico. Por una parte, se evidencia la activa participación del país en el derecho penal internacional y el establecimiento de una jurisdicción extraordinaria acorde con sus obligaciones, y, por otra parte, la continuación de violaciones sistemáticas a los derechos humanos y la reiterada comisión de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional con la activa participación de agentes estatales.

Lo anterior sucede también en lo que concierne a los delitos de organizaciones criminales y aquellos considerados de naturaleza transnacional. Pues, aunque Colombia reitera y anuncia su compromiso para prevenir y perseguir esta clase de criminalidad, se evidencia su participación e incluso indiferencia deliberada ante su ocurrencia, por el propio

28 Universidad de Valencia, *Problemas actuales del derecho internacional humanitario: V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario* (Universitat de València, 2001).

contubernio con los agentes económicos y los amplios réditos que deja la macrocriminalidad.

Valga decir que el poder legislativo, por supuesto por su carácter político, en cumplimiento de obligaciones como las impuestas por la OCDE, profirió la Ley 1474 del 2011 y divulgó la reducción de beneficios penales a quienes cometieran actos de corrupción, pero deliberadamente excluyó de dicha sanción a los delitos de peculado, prevaricato y cohecho, que también son actos de corrupción y que atentan contra la administración pública.

No en vano, las propias organizaciones realizan recomendaciones de alto calibre a la actuación estatal. En la actualidad, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, en los procesos de juzgamiento de los *máximos responsables*, ha hecho el llamado a reducir la impunidad y garantizar los derechos de las víctimas en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz; la OCDE se ha pronunciado respecto a la falta de interés estatal y la evidente precariedad en la reducción de la corrupción; y la OTAN, que otorgó al país una calidad reducida frente a otros Estados, solamente como acto propio de persuasión en la región, ha instado a Colombia a mejorar sus acciones en la persecución del crimen organizado.

En últimas, el ejercicio del Estado como disuasión geopolítica y acercamiento entre estados es conveniente para aquellos considerados como influyentes en el escenario internacional, pero en nada contribuye a la prevención de víctimas que deja la comisión de *crímenes del poder*. Por esto se hace necesario replantear el rol del Estado en la concepción del delito bajo los cuatro vértices que lo componen y su relación directa con el mantenimiento de los victimarios en las esferas de poder, lo que indefectiblemente lleva también a la revisión de aquellos actores con relevancia económica, política y militar, participantes en la criminalidad.

## Referencias

- Baratta, Alessandro. "Criminología y dogmática penal: Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal". *Derecho Penal y Criminología* 7 (1984): 67-95. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/dpenkrim7&id=323&div=31&collection=journals>.
- Bittle, Steven, Lauren Snider y Steve Tombs (eds). *Revisiting Crimes of the Powerful: Marxism, Crime and Deviance*. Londres, Nueva York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2018.
- Burke-White, William W. "Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice". *Harvard International Law Journal* 49 (2008): 53-108.
- Clavijo, Ricardo. "Una explicación del 'Acuerdo entre Colombia y la OTAN sobre cooperación y seguridad de información' desde la perspectiva del institucionalismo neo-

- liberal". Tesis de maestría, Universidad Javeriana, 2017. <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/21869>.
- Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. 14 de diciembre de 1960.
- Convención Interamericana contra la Corrupción. 29 de marzo de 1996.
- Estatuto de Roma. 17 de julio de 1998.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 31 de octubre del 2003.
- Directiva 01 del 4 de octubre del 2012. Fiscalía General de la Nación.
- Donnelly, Jack. "The Social Construction of International Human Rights". *Relaciones Internacionales*, n.º 17 (2011). <https://revistas.uam.es/rrii/article/view/5085>.
- Farfán Castro, Fernando Enrique, Norman Manuel Rey Torres y Jonnathan Jiménez Reina (eds.). *Colombia y la Organización del Tratado del Atlántico Norte* 1. Bogotá: Escuela Superior de Guerra General Rafael Reyes Prieto, 2019. <https://doi.org/10.25062/9789585216587>.
- Herrera Flores, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005.
- Invima. "Por denuncia de Invima, Fiscalía realiza 14 capturas - Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos". 29 de agosto del 2018. <https://www.invima.gov.co/por-denuncia-de-invima-fiscalia-realiza-14-capturas>.
- Ley 599 del 2000. *Diario Oficial* n.º 44.097
- Ley 970 del 2005. *Diario Oficial* n.º 45.970
- Ley 1474 del 2011. *Diario Oficial* n.º 48.128
- Ley 1573 del 2012. *Diario Oficial* n.º 48.510
- Ley 1778 del 2016. *Diario Oficial* n.º 49.774
- Ley 1950 del 2019. *Diario Oficial* n.º 50.830
- Liévano Vegalara, Juan Pablo. "Resultados de la Fase 3 de la implementación de la Convención de Soborno Transnacional de la OCDE". *Ámbito Jurídico* (30 de enero del 2020). <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2020/Resultados-de-la-Fase-3-de-la-implementacion-de-la-Convencion-de-Soborno-Transnacional-de-la-OCDE.aspx>.
- OECD. "Implementing the OECD Anti-Bribery Convention Phase 3 Report Colombia". 12 de diciembre del 2019. <https://www.oecd.org/corruption/Colombia-Phase-3-Report-ENG.pdf>.
- Oficina de la Fiscalía. "Escrito de *amicus curiae* de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz". Corte Penal Internacional, 2017.
- Oficina del Fiscal CPI. "Strategic Plan 2016-2018". *Policy Paper*. La Haya, 6 de julio del 2015.
- Pacheco Jiménez, Sebastián. "Colombia y la OTAN, primer socio global en Latinoamérica". *Revista de las Fuerzas Armadas* (dic. 2018).
- Ruggiero, Vincenzo y Michael Welch. "Power crime". *Crime, Law and Social Change* 51, n.º 3-4 (nov. 2008): 297-301. <https://doi.org/10.1007/s10611-008-9162-0>.
- Semana.com. "La familia Ambuila, la DIAN y la corrupción en Buenaventura", 4 de junio del 2019. <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-familia-ambuila-la-dian-y-la-corrupcion-en-buenaventura/608447>.

- Suárez Díaz, Yenifer Yiseth. "Análisis criminológico sobre la intervención de la Corte Penal Internacional (CPI) por crímenes de lesa humanidad en escenarios de conflicto armado". Tesis de doctorado, Universidad Nacional de Colombia.
- Taylor, Ian, Paul Walton y Jock Young. *La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu, 1977.
- Transparencia por Colombia. "Colombia: entre los países donde esfuerzos anticorrupción están estancados - Transparencia por Colombia", 23 de enero del 2020. <https://transparenciacolombia.org.co/2020/01/22/colombia-entre-los-paises-donde-esfuerzos-anticorrupcion-estan-estancados/>.
- Unidad Investigativa El Tiempo. "Así opera la mafia trasnacional que ronda a la Registraduría - Unidad Investigativa - eltiempo.com". *El Tiempo*, 26 de enero del 2020. <https://www.eltiempo.com/unidad-investigativa/asi-opera-la-mafia-trasnacional-que-ronda-a-la-registraduria-404530>.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). "UNODC y corrupción". <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/corrupcao/>.
- Universidad de Valencia. *Problemas actuales del derecho internacional humanitario: v Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Universitat de València, 2001.
- Uprimny, Rodrigo, Luz María Sánchez Duque y Nelson Camilo Sánchez León. *Justicia para la paz: Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Dejusticia, 2013.
- Zaffaroni, Eugenio. *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011.



# **Sanciones restaurativas sin procedimientos restaurativos**

## **Una crítica al procedimiento dialógico en la JEP\***

Norberto Hernández Jiménez  
Julio Andrés Sampedro Arrubla

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.623>

## Introducción

Con base en el *Acuerdo final para la construcción de una paz estable y duradera* se creó la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), como componente del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRNR)<sup>1</sup>. En el punto 5 del acuerdo se demanda que las víctimas se sitúen en el centro de este sistema de administración de justicia transicional y consagra sanciones restaurativas a cambio del reconocimiento de verdad y responsabilidad oportunamente por parte del victimario.

Aunque el contenido restaurativo está presente frente a la consecuencia jurídica del comportamiento desplegado por los agresores con anterioridad al 1.º de diciembre del 2016, no ocurre lo mismo con la secuencia de actos que configuran el procedimiento en este escenario, lo que, en definitiva, deslegitima el papel central de las víctimas, cediendo su posición ante el victimario, quien nuevamente ratifica su calidad de protagonista en sede judicial.

Por lo anterior, este trabajo explora otros escenarios omitidos por el legislador del año 2018 en la tramitación del rito procesal transicional, a partir de las bases de la justicia restaurativa, los cuales tienen mayor potencialidad para devolverle el conflicto a las partes<sup>2</sup>, resarcir el daño y abordar el conflicto que subyace a la comisión del delito<sup>3</sup>, sin limitarse a

- 1 Sobre la estructura del SIVJRNR, que además de la JEP incluye a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) y la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto (UBPD), se puede consultar el informe de la Comisión Internacional de Juristas, junio del 2019, pp. 27 y ss.
- 2 Antonio Beristain, *Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1994), 342; Nils Christie, "Conflicts as property", *The British Journal of Criminology* 17, n.º 1 (1977): 1-15.
- 3 Julio Andrés Sampedro, *La re-humanización del sistema penal: Una propuesta desde las víctimas y la justicia restaurativa* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Equion Energía para la Vida, Instituto Berg de Derechos Humanos, Grupo Editorial Ibáñez, 2019), 27, 210, 235 y 243.

pregonar la existencia de este modelo de justicia por la consagración de sanciones diferentes a la pena de prisión.

Esta fractura entre lo pretendido y lo obtenido obedece básicamente a la administración tradicional de la justicia penal. De esto no se apartó sustancialmente la Ley 1922 del 2018 (reglas de procedimiento de la JEP) como sí de la aplicación retributiva<sup>4</sup> de la consecuencia jurídica. Recordemos que esta última tiene sus raíces en la administración del castigo con base en la ley del talión (ojo por ojo, diente por diente) y la satisfacción del deseo de venganza, que, a pesar de la lucha en contra de esta última por parte del garantismo penal, continúa siendo una constante en la judicialización de los comportamientos establecidos como delitos<sup>5</sup>. Así, pareciera que la forma predilecta de solucionar los conflictos penales desemboca en la cárcel<sup>6</sup>, a diferencia del modelo de sanciones de la justicia transicional colombiana<sup>7</sup>.

El paradigma restaurativo privilegia la reparación y la participación de las víctimas en la resolución del conflicto. También tiene en cuenta al victimario y la aplicación de una pena justa, que no necesariamente se cumple privándolo de su libertad, aunque se pueden conjugar formas de administración del castigo con base en los demás modelos<sup>8</sup>.

4 Claus Roxin, *Derecho penal - Parte general I: Fundamentos de la teoría del delito*, traducido y anotado por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1999), 81.

5 Desde tiempos bíblicos se habilitaba esta reacción: "Levítico 24, 20. La costumbre, que hoy nos parece particularmente áspera, representa en su contexto histórico una limitación progresiva sobre la práctica previamente irrestricta de tomar venganza". Kai Ambos, "Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología* 12, n.º 2 (2003): nota al pie 202.

Ahora bien, "[...] la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza". Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, traducido por Perfecto Ibáñez, Alfonso Ruiz, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero (Madrid: Trotta, 2009), 333.

"La justicia restaurativa tiene como punto de partida el reconocimiento de que las víctimas son una realidad presente que nos habla de las injusticias del pasado y nos obliga a tomar en cuenta sus derechos como el camino obligado a seguir para la construcción de una sociedad más humana; es una propuesta que propende por el diseño de una justicia de las víctimas sin venganza que fije su mirada en el sufrimiento de los inocentes, en la reparación del daño ocasionado voluntariamente y la proyecte como un valor superior, condición ineludible de la paz; nos llama la atención acerca de la necesidad de diferenciar entre venganza y justicia, dos conceptos con los que existe, especialmente en sociedad como la colombiana, una tentación irresistible a tratar como sinónimos..." (énfasis añadido). Sampedro, *La re-humanización del sistema penal*, 250.

6 Norberto Hernández, *El derecho penal de la cárcel: Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT, 2018), 31.

7 Respecto al modelo de justicia transicional colombiano véase Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia", *Anuario de derechos humanos*, n.º 4 (2008): 165-195. También Lorena Vega, "Modelo de justicia transicional: El caso colombiano", en *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, editado por Gerardo Ruiz, Ildiko Szegedy y Rafael Prieto (Valencia, Tirant lo Blanch, 2018), 111-130.

8 Los modelos de respuesta al delito se concretan en tres: (1) el disuasorio, (2) resocializador e (3) integrador. Sampedro, *La re-humanización del sistema penal*, 195.

Ahora bien, la Ley 1922 del 2018 consagra como principio rector la *efectividad de la justicia restaurativa* como herramienta de consolidación de una paz estable y duradera, dentro de un enfoque que se preocupa por la satisfacción de los derechos de las víctimas<sup>9</sup> del conflicto armado, buscando su reparación, concretar las garantías de no repetición y esclarecer la verdad de lo acontecido.

En virtud de lo anterior, este trabajo se divide en tres partes fundamentales: (1) generalidades de la justicia restaurativa, (2) sanciones restaurativas y (3) procedimientos restaurativos. La primera parte sirve para contextualizar en qué consiste este modelo de administración de justicia, detallando los principios que la inspiran, las prácticas que se pueden desarrollar en este contexto y las diferencias con la justicia retributiva. La segunda parte describe las sanciones consagradas en el acuerdo de paz entre el Gobierno y las FARC, como criterio de justicia restaurativa objeto de aplicación en la JEP. Finalmente se describe la incipiente consagración que contiene la Ley 1922 del 2018 para hablar de un procedimiento restaurativo y su aplicación con base en decisiones recientes de la JEP, que demuestran que el legislador se limitó a consagrar sanciones restaurativas, pero no un procedimiento restaurativo, confinando la participación de la víctima al derecho de voz que se le otorga en algunas oportunidades procesales y a su actuación en la fase final del procedimiento, que concluye con la imposición de la consecuencia jurídica.

Al final del documento ofrecemos algunas conclusiones que, más que críticas, pretenden invitar a que se explore más ambiciosamente el modelo restaurativo, en procura de concretar una paz estable y duradera.

9 La noción de víctima del delito supera su correlación con el sujeto pasivo del delito e incluye a los perjudicados (directos e indirectos) y la sociedad. Sampedro, *La re-humanización del sistema penal*, 59. Para Nájera debe realizarse una reconfiguración del concepto de víctima en el neoliberalismo, incluyendo víctimas de desastres naturales, víctimas del sistema penal, víctimas de daños colaterales por vivir en una sociedad de riesgo constante e, incluso, aquellos que son criminalizados. Octavio Nájera, "La construcción del concepto de víctima en el neoliberalismo", en *Política criminal mediática: Populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*, editado y coordinado por Estanislao Escalante (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018), 703-721, 717-718. Esto será importante para el reconocimiento de la calidad de víctimas que deberá otorgar la sala o sección respectiva (art. 3.º, Ley 1922 del 2018) y en especial la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, en virtud de lo normado en el artículo 48 de la misma ley.

Actualmente se viene adelantando la acreditación de víctimas de secuestro de las FARC dentro del caso 001 "Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP", <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Comenz%C3%B3-la-acreditaci%C3%B3n-de-v%C3%ADctimas-de-secuestro-por-parte-de-las-FARC-EP.aspx>.

Sobre la acreditación de las víctimas véanse los fundamentos n.º 127 y n.º 128 de la sentencia interpretativa del 3 de abril del 2019 (TP-SA-SENIT I del 2019) de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz de la JEP.

## Generalidades de la justicia restaurativa

La implementación de la justicia restaurativa en Colombia ha sido precaria. En la actualidad, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004) establece tres modalidades en las cuales esta se configura (conciliación preprocesal, conciliación en el incidente de reparación integral y mediación<sup>10</sup>).

En el ámbito de la responsabilidad penal para adolescentes existen programas exitosos<sup>11</sup> que pueden replicarse para la justicia ordinaria, con miras a solucionar la congestión judicial y los altos índices de reincidencia (aunque este no sea el objetivo fundamental de este modelo de justicia<sup>12</sup>, como sí la prevención del delito, lo cual logra reduciendo el estigma en contra del agresor, acorde con la teoría del etiquetamiento<sup>13</sup>).

Ahora bien, la justicia restaurativa intenta responder a las necesidades y limitaciones que enfrenta la administración de justicia en la actualidad<sup>14</sup>. Procura devolver el conflicto a las partes para que ellas directamente lleguen a una solución, habilitando la participación de otros interesados, con miras a recomponer el tejido social afectado con el delito.

Este modelo de justicia se nutre de la solución de los conflictos por parte de las comunidades aborígenes (ancestrales), con prácticas que incluyen la participación de la comunidad y privilegian la reparación de la víctima, *contrario sensu* a lo que ocurre con la justicia retributiva, que termina silenciando sus pretensiones y se preocupa más por el interés estatal.

De acuerdo con Zehr y Mika son tres los principios fundamentales de la justicia restaurativa<sup>15</sup>: (1) el crimen es básicamente una ofensa contra las personas y las relaciones interpersonales; (2) las ofensas dan origen a obligaciones y responsabilidades; y (3) la justicia restaurativa busca subsanar y enmendar los daños.

El primero de estos principios atiende a que no solamente la víctima se ve afectada con la ofensa. El comportamiento errado involucra a toda la comunidad que ve alterada la paz y tranquilidad dentro de su entorno

10 Sobre el tema véase Javier Coronado, *Hacia el arbitraje de causas penales en Colombia* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2014), 36-42.

11 Véanse, entre otros, Raúl Calvo, *Justicia juvenil y prácticas restaurativas: Trazos para el diseño de programas y para su implementación* (NED Ediciones, 2018); Carlos Agudelo, "Implicación del enfoque restaurativo en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes: El caso del Centro de Atención Especializado Carlos Lleras Restrepo", *Revista Ratio Juris* 12, n.º 25 (2017): 117-130; Leonardo Rodríguez, "Análisis de la justicia restaurativa en materia de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia", *Anuario de Psicología Jurídica*, n.º 22 (2010): 25-35.

12 Howard Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa* (Good Books, 2010), 12-13.

13 Elena Larrauri, *Introducción a la criminología y al sistema penal* (Madrid: Trotta, 2015), 73.

14 Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, 6.

15 Howard Zehr y Henry Mika, "Fundamental Principles of Restorative Justice", *The Contemporary Justice Review*, n.º 1 (1998): 47-55.

social. De esta manera, para la justicia restaurativa resulta vital otorgarles protagonismo a las víctimas, los ofensores y la comunidad, con miras a solucionar la ofensa.

El segundo principio enuncia que es imprescindible que los ofensores que acuden a este modelo de justicia enmienden el daño en la medida de lo posible. Las víctimas también acuden de manera voluntaria y deben participar activamente con miras a delimitar tanto las pretensiones como la forma de reparación.

Finalmente, respecto al tercer principio, se debe buscar la participación de la víctima, pero también se tienen en cuenta las necesidades y capacidades del ofensor. Se debe procurar brindarle un tratamiento que propicie la aceptación del comportamiento errado y su cambio de comportamiento hacia el futuro. La reparación no necesariamente es en dinero. Puede consistir en garantías de no repetición, ofrecimiento de disculpas, reparaciones locativas, etc. Estas últimas, nuevamente, se encuentran sujetas a la voluntad de la víctima y la capacidad del ofensor.

Ahora bien, existen varias prácticas de justicia restaurativa; algunas se circunscriben completamente a este modelo, mientras que otras utilizan sus lineamientos y los combinan con los de otros modelos de justicia.

**TABLA I.**

**Tipologías y grados de las prácticas restaurativas**

| <b>Grados</b>              | <b>Tipologías</b>                                        | <b>Objetivo</b>                              |
|----------------------------|----------------------------------------------------------|----------------------------------------------|
| Completamente restaurativo | Círculos de paz                                          | Reparación a las víctimas                    |
|                            | Conferencias para grupos familiares                      | Reconciliación con las comunidades afectivas |
|                            | Reuniones comunitarias                                   | Responsabilidad del agresor                  |
| Mayormente restaurativo    | Círculos de apoyo para víctimas                          | Reparación a las víctimas                    |
|                            |                                                          | Reconciliación con las comunidades afectivas |
|                            | Restitución a las víctimas                               | Reparación a las víctimas                    |
|                            | Mediación entre víctima y victimario                     | Responsabilidad del agresor                  |
|                            | Disciplina positiva                                      | Reconciliación con las comunidades afectivas |
|                            | Reuniones sin las víctimas                               | Responsabilidad del agresor                  |
| Parcialmente restaurativo  | Comunidades terapéuticas                                 | Responsabilidad del agresor                  |
|                            | Servicio a la familia de los agresores                   | Reconciliación con las comunidades afectivas |
|                            | Trabajo social centrado en las familias                  |                                              |
|                            | Juntas reparativas                                       | Responsabilidad del agresor                  |
|                            | Capacitación en cuanto a la sensibilidad de las víctimas |                                              |

(continúa)

| Grados | Tipologías                       | Objetivo                  |
|--------|----------------------------------|---------------------------|
|        | Paneles de ayuda a los jóvenes   | Reparación a las víctimas |
|        | Servicio comunitario relacionado |                           |
|        | Compensación por un delito       |                           |
|        | Servicio a las víctimas          |                           |

Fuente: elaboración propia con base en Ted Watchel, “Definiendo lo restaurativo” (Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas, 2013) 1-13, 4; y Sampetro, *La re-humanización del sistema penal: Una propuesta desde las víctimas y la justicia restaurativa*, 265.

A continuación describiremos sucintamente algunas de las prácticas más importantes dentro de este modelo de justicia:

*Conferencias víctima-ofensor.* Para la realización de una conferencia víctima-ofensor inicialmente se trabaja por separado con cada una de las partes. Si ellas de común acuerdo aceptan sostener una reunión, esta se lleva a cabo. Allí la víctima expone sus pretensiones y el ofensor sus posibilidades de reparación. Un facilitador guía el proceso para llegar a un acuerdo.

*Conferencias familiares.* Como se puede deducir de su nombre, las conferencias familiares vinculan a las familias de las partes y otras personas clave para estos últimos<sup>16</sup>, con dos objetivos: (1) por el lado de la víctima, para darle apoyo y confianza con miras a buscar la reparación de la ofensa; y (2), por el lado del ofensor, para lograr que asuma la responsabilidad y concretar la vergüenza reintegrativa<sup>17</sup>, que evita la reincidencia delictiva. También colabora a que el ofensor cuente con apoyo y colaboración de sus familiares.

*Círculos.* En los círculos, adicionalmente a la participación de las partes y sus familias, es importante la participación de la comunidad, en especial, integrantes que han adquirido cierta sabiduría con el paso de los años y la experiencia adquirida. Lo anterior, reiterando que el delito no solo afecta a las partes sino también a la comunidad y esta última puede opinar y colaborar con la solución del conflicto.

Finalmente, es preciso advertir que la justicia restaurativa suele verse como el polo opuesto de la justicia retributiva, pero esto no es cierto. Si bien obedecen a distintas dinámicas pueden complementarse para lograr el objetivo de justicia perseguido. Adicionalmente, ambas buscan la reivindicación mediante la reciprocidad, pero de distinta manera<sup>18</sup>.

Así, es preciso señalar algunas diferencias entre justicia retributiva y justicia restaurativa. En esta última no se busca dolor ni venganza.

16 Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, 61.

17 John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration* (Londres: Cambridge University Press, 1989), 226. Esta vergüenza se aproxima a la infamia pregonada por Michel Foucault, “La sociedad punitiva”, en *La vida de los hombres infames* (Madrid: La Piqueta, 1990), 25.

18 Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, 72.

Tampoco se privilegia el uso de la cárcel. En todo caso, ambos modelos se pueden combinar, dando lugar a penas privativas de la libertad, aun cuando se llegue a un acuerdo restaurativo.

## Sanciones restaurativas<sup>19</sup>

La pena privativa de la libertad es percibida en la actualidad como la consecuencia natural del delito<sup>20</sup> y esta se aplica dependiendo de la conjunción de las variables: (1) captura, (2) judicialización y (3) condena. Así, la sumatoria de estas —sin que se demande una secuencia lógica respecto del extremo inicial y las demás variables— permite que las autoridades puedan restablecer el equilibrio, ante la responsabilidad que tiene el autor de la conducta desvalorada por las reglas impuestas por la sociedad, a través del derecho penal. Empero, la idea que se tiene dentro de la cultura del control<sup>21</sup> es que la respuesta automática frente a la actualización del precepto (supuesto de hecho) contenido en la norma penal debe ser la privación de la libertad como sanción (consecuencia jurídica)<sup>22</sup>.

No obstante, en el marco de un acuerdo político para la terminación de una confrontación armada, la concepción generalizada de encarcelamiento, como consecuencia de la decisión judicial que ordena la privación de la libertad de un sujeto, encuentra obstáculos propios de la negociación y las concesiones que allí se hacen<sup>23</sup>. Insistimos, una negociación que tiene

19 Se sigue lo expuesto en Norberto Hernández, "El 'nuevo' acuerdo final para la paz a través del lente del derecho penal", *Revista Nuevo Foro Penal* 13, n.º 88 (2017): 217-239.

20 Hernández, *El derecho penal de la cárcel*, 31.

21 David Garland, *La cultura del control: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, traducido por Máximo Sozzo (Barcelona: Gedisa, 2005).

22 Sobre la estructura binaria de los delitos, contenida en la parte especial del Código Penal, véase Alfonso Reyes, *Obras completas I* (Bogotá: Temis, 1998), 43; Álvaro Pérez, *Introducción al derecho penal* (Bogotá: Temis, 2009), 194; y Fernando Velásquez, *Manual de derecho penal - Parte general* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010), 146.

23 Advertía la profesora Gallego: "Recordemos que no se está negociando con una guerrilla derrotada (en ese caso no habría negociación, sino sólo aplicación de la legislación ordinaria en una situación de sometimiento a la justicia), sino con una guerrilla que, aunque debilitada, sigue teniendo capacidad militar para continuar con su estrategia de guerra de guerrillas, asestar golpes al Ejército y a las infraestructuras y mantener el control sobre áreas del territorio nacional". Gloria Gallego, "Perdón y proceso de paz en Colombia", *Revista Nuevo Foro Penal* 12, n.º 87 (2016): 159-180. En esta misma línea, el profesor Reyes señala: "Neumann considera que cuando esta superación del conflicto se consigue por medio de un acuerdo (y se menciona específicamente el caso de Colombia), cada una de las partes debe pagarlo con concesiones que, en el ámbito del derecho penal, pueden llegar hasta a la renuncia del castigo". Yesid Reyes, "¿Es injusta la justicia transicional?: A manera de estudio preliminar", en *¿Es injusta la justicia transicional?*, editado por Yesid Reyes (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 13-33. Congruente con lo anterior, el profesor Murillo expresa: "no es razonable pensar que este proceso de negociación pueda terminar en un acuerdo en el que lo único que se ofrezca a los combatientes sea una prisión en la que estarían encerrados por décadas, por ello es inevitable reducir el imperativo de castigo total en beneficio de la paz". Adolfo Murillo, "Justicia transicional y fines de la pena en el contexto colombiano", en *Contribuciones al derecho contemporáneo I*, coordinado por Diego Tarapué y Adolfo Murillo, *Derechos Humanos y Justicia Transicional* (Bogotá: DIKE y Universidad Santiago de Cali, 2018), 149-174.

en cuenta actores de un conflicto dilatado y extendido en el tiempo, que concluyó con la firma de un acuerdo de paz, se enfrenta inevitablemente a la concepción sobre la forma de castigar, el carácter retributivo de las penas y el internamiento carcelario como respuesta axiomática frente a la comisión de delitos suscitada en virtud del enfrentamiento.

Por otra parte, y teniendo de presente los derechos de las víctimas, la búsqueda de la verdad, la reparación, la no repetición y la determinación de las responsabilidades de los crímenes cometidos durante el conflicto, pueden resultar más idóneos a las pretensiones de justicia de aquellos otros tratamientos que satisfagan o contribuyan a esos fines, que difieren de la venganza que proporciona el archipiélago carcelario.

Empero, en el marco de un análisis del modelo de justicia transicional para Colombia<sup>24</sup>, la sanción se torna en un elemento fundamental sobre el cual se debe ahondar, con miras a procurar la satisfacción de las múltiples demandas del proceso de paz. Esta aproximación no solo debe preguntarse por los fines de la pena que sustentan el ordenamiento jurídico ordinario, sino que también debe indagar en las concepciones sobre política criminal, los propósitos sociales de dichas penas y los intereses de las partes que negociaron el acuerdo de paz<sup>25</sup>.

Con base en una perspectiva restaurativa del castigo, que debe emplearse ante un escenario de transición, sin descuidar los fundamentos de justicia que demanda la sociedad, pero encaminada principalmente a las víctimas del conflicto, sus victimarios y la satisfacción de los derechos perseguidos por las primeras, se debe garantizar que los autores de graves crímenes reconozcan oportunamente su responsabilidad, reparen los daños y a su vez brinden garantías de no repetición, todo con el objetivo de alcanzar una paz estable y duradera.

El acuerdo de paz firmado por el Gobierno y las FARC, basado en los lineamientos de la justicia transicional, establece ciertas sanciones que riñen con la concepción tradicional de esta consecuencia jurídica ante la actualización del precepto penal. En la tabla 2 se señala esta clasificación.

24 A propósito de la Sentencia C-771 del 2011 advierte el profesor Benavides que en los procesos de justicia transicional se debe hacer un balance entre la justicia y la paz, con el objetivo de lograr la justicia, la verdad y la reparación y garantizar que no se repitan las violaciones. Farid Benavides, "El delito político en el marco del proceso de paz con las FARC", en *Perspectivas jurídicas para la paz*, coordinado por Helena Alviar e Isabel Cristina Jaramillo (Bogotá: Universidad de los Andes, 2016), 393.

25 Sobre los fines de la pena en la Justicia Especial para la Paz colombiana véase Norberto Hernández, "De la privación a la restricción de la libertad y otras sanciones penales: ¿Hacia un paradigma restaurativo en la justicia especial para la paz colombiana?", *Revista Universitas* 69, n.º 140 (2020).

TABLA 2.

Clases de sanciones<sup>26</sup>

| Clase de sanción | Duración                                                                                                    | Fines de la sanción                         | Supuesto de hecho                                                                              |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ordinarias       | Entre 15 y 20 años de cárcel                                                                                | Retributivo                                 | Sujetos que no aceptan responsabilidad y son vencidos en juicio                                |
| Alternativas     | Entre cinco y ocho años de cárcel                                                                           | Retributivo (moderado)                      | Sujetos que reconocen verdad ante la Sección de Enjuiciamiento, antes de expedida la sentencia |
| Propias          | Entre cinco a ocho años de restricción efectiva de la libertad para la realización de labores restauradoras | Mixto (menos retributivo y más restaurador) | Sujetos que reconocen verdad y responsabilidad oportunamente                                   |

Fuente: elaboración propia con base en el punto 60 del acuerdo de paz, art. 13 transitorio del Acto Legislativo 01 del 2017, arts. 126, 128 y 130 de la Ley Estatutaria de la JEP y la Sentencia C-080 del 2018.

Adicionalmente, el artículo 129 de la Ley Estatutaria de la JEP establece que tanto las sanciones propias como las alternativas pueden tener una duración entre dos y cinco años para quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas; aun interviniendo en ellas, salvo que se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma (art. 23, Ley 1820 del 2016)<sup>27</sup>. En concordancia con el inciso 2 del art. 130 de la Ley Estatutaria de la JEP, cuando este monto corresponda a una sanción alternativa deberá cumplirse en un establecimiento penitenciario ordinario<sup>28</sup>.

De lo anterior se desprende que en todos los eventos existirá sanción. Ciertamente estas sanciones no son directamente proporcionales con la pretensión de encierro por largos periodos e incluso frente a las sanciones propias desaparece la reclusión, lo cual obedece al sacrificio de las prácticas tradicionales aplicadas por el Estado en ejercicio del *ius puniendi*.

26 Esta tabla —modificada con base en la sanción de la Ley 1957 del 2019 (Ley Estatutaria de la JEP)— se había realizado en Norberto Hernández, “El ‘nuevo’ acuerdo final para la paz”, 233.

27 En virtud de la remisión que se hace al artículo 84, literal h de la Ley Estatutaria de la JEP.

28 Así se ratificó en la Sentencia C-080 del 2018.

Esto en procura de obtener otros fines que generan paz y, como parte de esta última, la satisfacción de los derechos de las víctimas.

El acuerdo de paz exige que los magistrados de la JEP fijen en forma concreta los espacios territoriales donde se ubicará a los sancionados, estableciendo horarios para el cumplimiento de las sanciones restaurativas, buscando que la pena ostente cierto rigor en contra de los condenados. Por su parte, el capítulo único del Título II de la Ley 1922 del 2018 establece los fundamentos para la individualización de la sanción, los cuales no se distancian en gran medida de los establecidos en el artículo 61 del Código Penal, salvo por el enfoque victimológico que se desarrolla en el componente restaurativo enunciado en el artículo 65 de dicha ley.

*Contrario sensu*, el Título IX de la Ley Estatutaria de la JEP consagra unos parámetros más exhaustivos en torno a la imposición de las sanciones que incluye criterios para su dosificación, actividades susceptibles de reconocimiento por parte de la JEP como cumplimiento anticipado de las sanciones y una tipología de sanciones que se pueden aplicar a los responsables<sup>29</sup>, reiterando en el artículo 127 que una de las finalidades esenciales de estas es satisfacer los derechos de las víctimas. Igualmente se insiste en la función restaurativa y reparadora del daño causado que deberán tener aquellas.

Ahora bien, conforme lo señalado en la tabla 1, la JEP puede imponer sanciones propias, alternativas y ordinarias. La existencia de sanciones alternativas y ordinarias demuestra que la justicia restaurativa no demanda exclusividad y que puede combinar alternativas retributivas, dependiendo del análisis del caso concreto.

Respecto de las sanciones propias, esta jurisdicción cuenta con una posibilidad de innovar con el establecimiento de estas consecuencias jurídicas en virtud de la cláusula abierta del acuerdo de paz y lo normado en los artículos 64 a 65 (Ley 1922 del 2018) y 125 a 143 de la Ley Estatutaria de la JEP. Dentro de estas sanciones restaurativas se han contemplado, entre otras, las siguientes: (1) reconstrucción de infraestructura, (2) sustitución de cultivos ilícitos, (3) contribución a proyectos de interés para la comunidad y (4) desminado.

## ¿Procedimiento restaurativo?

Previo a la imposición de una sanción restaurativa, el legislador establece una serie de pasos dentro de un rito que se denomina proceso o procedimiento. El procedimiento que se debe surtir para imponer alguna de las

29 Hernández, "De la privación a la restricción de la libertad".

sanciones descritas en el acápite anterior está regulado por la Ley 1922 del 2018 y la Ley Estatutaria de la JEP.

Ahora bien, aunque la ley de procedimiento exige escuchar a las víctimas en las diferentes etapas procesales, dentro de un procedimiento dialógico (art. 1.º, literal b), teniendo una participación activa, por ejemplo para la sustitución de la sanción penal ante la sección de revisión (art. 52), el proyecto de sanciones en general (art. 27) y la imposición de sanciones propias en caso de violencia sexual (art. 65), el procedimiento propuesto no dista mucho del regulado para la justicia ordinaria (Ley 906 del 2004) ni alcanza los objetivos de la justicia restaurativa, en la que víctima y victimario pueden llegar a una solución concreta frente al conflicto suscitado, con participación de sus familias o incluso de la sociedad.

El procedimiento transicional adoptado cae en la misma dinámica del procedimiento ordinario, en el que los ojos se dirigen hacia al victimario como destinatario de la sanción penal<sup>30</sup>, sin que ni siquiera aquel sea el protagonista principal, sino los togados, representados tanto por los magistrados de la JEP como por los abogados inmersos en la contienda, actualizándose en ellos el rótulo de *ladrones estructurales* que otorga Christie<sup>31</sup> a los juristas.

Insistimos, con base en la tabla 1, en que el legislador desaprovechó la implementación de prácticas restaurativas que en realidad exalten el papel de las víctimas como centro del acuerdo de paz. Limitó la audiencia restaurativa (art. 44, Ley 1922 del 2018) a la órbita de la graduación punitiva ante el reconocimiento tardío de responsabilidad, siendo la Judicatura quien tiene la última palabra y no las víctimas.

Aquellas deberían tener más oportunidades de conversar con sus victimarios, involucrar a sus familias e incluso a la comunidad, pues, esta última, frente a los delitos objeto de judicialización por la JEP ciertamente

30 Véase, por ejemplo, el Auto 061 del 26 de abril del 2019, Rad. 20193200119453, mediante el cual se adopta la decisión final en el incidente de verificación de cumplimiento del régimen de condicionalidad del señor Hernán Darío Velásquez Saldarriaga, alias "el Paisa", en el que ni siquiera se recepcionaron alegatos de las víctimas ni su apoderado (art. 2.º, Ley 1922 del 2018) y solo se hace una mención incipiente a sus derechos por parte de la Procuraduría, en cuanto al derecho que tienen aquellas de conocer la verdad, lo que retoma en varios apartados la sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas de la JEP y que le permite asociar la falta de comparecencia de aquel con la ausencia de esta contribución a la reparación y a la verdad. En este sentido advierte: "Es claro que, para poder contribuir a la reparación y a la verdad de las víctimas en los procedimientos que se adelantan ante la JEP es indispensable que el responsable comparezca ante este órgano de justicia cuando sea llamado" (p. 36). En sentido similar, el Auto SRT-AE-030 del 15 de mayo del 2019, Expediente Orfeo 2018340008010003E, mediante el cual se aplica la garantía de no extradición a Seuxis Paucias Hernández Solarte, alias "Santrich", en el que se justifica no solo la seguridad jurídica de aquel, sino también los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, como consecuencia de la competencia que ostentan las autoridades nacionales para tramitar el caso.

31 Nils Christie, "Conflicts as property", *The British Journal of Criminology* 17, n.º 1 (1977): 5.

adquiere la calidad de víctima<sup>32</sup> y debe ser escuchada en procura de lograr la reconciliación junto con la reconstrucción del tejido social.

La Comisión Internacional de Juristas enumera en su informe de junio del 2019 (p. 37), con base en lo normado en el Acto Legislativo 01 del 2017 y las leyes 1922 del 2017 y 1957 del 2017, las siguientes facultades que tienen las víctimas en los procesos que se adelanten ante la JEP:

1. Ser beneficiarias de medidas específicas que materialicen sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición.
2. Ser reconocidas como víctimas y participar en los distintos procedimientos que se adelanten ante la JEP, como parte de su derecho a acceder a un recurso judicial efectivo. Esta participación debe ser garantizada con medidas diferenciales según las condiciones especiales de las víctimas, en particular, cuando se trate de víctimas de violencia sexual, víctimas menores de edad o pertenecientes a un grupo étnico.
3. Contar con acompañamiento psicológico y jurídico.
4. Aportar pruebas e interponer recursos.
5. Solicitar y recibir medidas de protección.
6. Participar en la definición de los proyectos de sanción con contenido restaurativo a cargo de los comparecientes de la JEP. Así, por ejemplo, en el procedimiento de determinación de verdad y responsabilidad, la Sala de Reconocimiento de Verdad debe incluir en la resolución de conclusiones el proyecto de sanciones con contenido reparador y de medidas restaurativas, el cual debe considerar las observaciones y propuestas de las víctimas.
7. Ser oídas en los supuestos de selección y priorización de casos.

Ahora bien, no basta con la consagración legal en torno a la participación de las víctimas, consagrada especialmente en el artículo 27D de la Ley 1922 del 2016, replicando lineamientos de la justicia ordinaria que han demostrado su vigoroso derecho a voz y precario derecho a voto, que en definitiva se traduce en una capacidad de decisión nula<sup>33</sup>. Ciertamente, a las víctimas se les permite denunciar, reconstruir y ratificar ciertos hechos, como se evidenció recientemente en la audiencia de víctimas

32 Sampedro, *La re-humanización del sistema penal*, 59.

33 De conformidad con el informe de la Comisión Internacional de Juristas de junio del 2019, la participación efectiva de las víctimas es uno de los desafíos de la JEP. Esta última considera muy importante la voz de las víctimas, lo que a nuestro parecer no se compagina con los lineamientos de la justicia restaurativa o, cuando mucho, solo permite acercarse a sus postulados en la más remota frontera de su concepto. Así, en el Fundamento n.º 71 de la Sentencia interpretativa del 3 de abril del 2019 (TP-SA-SENT 1 del 2019), en la que la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz de la JEP señaló que “Si su voz es escuchada con atención, y registrada en un procedimiento oficial, las víctimas pueden recobrar su dignidad y autoestima, sentir que merecen respeto y recobrar su credencial como miembros activos de la comunidad, a la cual se integra su pasado como personas vulneradas en sus derechos humanos y su futuro como ciudadanos plenos y libres de todo agravio”.

de desaparición forzada de la Comuna 13 de Medellín, realizada los días 17 y 18 de julio del 2019<sup>34</sup>, o las versiones de las madres de Soacha dentro del Caso 003 (Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate [falsos positivos]), pero esto no dista significativamente del acto de denuncia y testimonio ante la justicia ordinaria. En términos de justicia restaurativa deberíamos propender por limitar esa capacidad de decisión encomendada a los funcionarios judiciales como garantes del interés público, permitiendo el acceso de los directamente involucrados en el conflicto junto con sus fórmulas de arreglo.

Ahondando en el Auto 061 del 2019 de la JEP<sup>35</sup> (relacionado en la nota al pie 30), que con base en el procedimiento regulado por la Ley 1922 (art. 67) declara que alias “el Paisa” incumplió con las condiciones constitucionales y legales para mantener los beneficios que ha recibido como excombatiente de las FARC-EP en virtud del acuerdo de paz y las normas que lo implementan y, como consecuencia de lo anterior, (1) le revoca el beneficio de la libertad condicional (Decreto-Ley 900 del 2017) y el beneficio de la libertad condicionada (Ley 1820 del 2016); (2) lo excluye de la sanción propia de la JEP; y (3) le quita el beneficio económico de renta básica (art. 8.º, Decreto 899 del 2017); nótese que la justificación retórica gira en torno al derecho de las víctimas y su centralidad en este sistema de justicia transicional<sup>36</sup>; sin embargo, brilla por su ausencia la voz de aquellas y, por ende, sus pretensiones. Dos preguntas inevitables que surgen en este sentido son: (1) ¿cómo se concretó el principio del procedimiento dialógico para adoptar esta decisión? y (2) ¿se tuvieron en cuenta las prácticas restaurativas de las justicias étnicas para este efecto? (art. 1.º, literal b, y art. 27<sup>37</sup>, Ley 1922 del 2018).

En definitiva, la Judicatura y el Ministerio Público presumieron que la falta de comparecencia de “el Paisa” imposibilita la satisfacción de los derechos de las víctimas, sin consultar en realidad su posición ni otras alternativas dentro de un contexto de justicia restaurativa, máxime cuando el incidente se abrió de oficio (Auto 065 del 25 de octubre del 2018) y no por solicitud de las víctimas. Aunque podría presumirse que esto

34 <https://www.youtube.com/watch?v=YLE8iXDSCtM>

35 Confirmado mediante el Auto 065 del 15 de mayo del 2019, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Procuraduría.

36 En el mismo sentido, la Sentencia interpretativa del 3 de abril del 2019 de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz de la JEP, fundamentos n.º 27, 42, 64-78, 107, 118, 120, 130.

37 “Construcción dialógica de la verdad y justicia restaurativa. En el marco de los principios de justicia restaurativa y centralidad de las víctimas previstos en el Título Primero de esta ley, las salas, y las secciones cuando corresponda, podrán adoptar las medidas que estimen oportunas e idóneas para promover la construcción dialógica de la verdad entre los sujetos procesales e intervinientes, que propendan por la armonización y sanación individual, colectiva y territorial, y promoverán la construcción de acuerdos aplicando criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en todas las fases del procedimiento. En algunos casos, podrán tomar en cuenta las prácticas restaurativas de las justicias étnicas.”

era lo que demandaban aquellas, sin embargo, este presupuesto se desconoce con base en las decisiones analizadas. En consecuencia, se apoderaron del conflicto, excluyendo al eje del sistema cuya presencia se invoca solo en términos de argumentación.

En todo caso, debe rescatarse la participación de las víctimas en otros procedimientos ante la JEP. Por ejemplo, en la audiencia pública realizada el 5 de marzo del 2019, con el compareciente Gabriel de Jesús Rincón Amado (coronel retirado)<sup>38</sup>, se observa cómo la subsala 9.<sup>a</sup> de la Sala de Definiciones Jurídicas de la JEP, además de indagar por la presencia de las víctimas desde la instalación de la audiencia<sup>39</sup>, hizo una exposición sobre la importancia del principio de procedimiento dialógico y justicia restaurativa<sup>40</sup>. Posteriormente se señalan las facultades que tienen las víctimas en ese caso, haciendo una explicación exhaustiva de estas, y al final tuvieron oportunidad los representantes de las víctimas y ellas mismas para exponer sus argumentos<sup>41</sup>. Adicionalmente, dentro del mismo Caso 003 se habilitó la versión de las víctimas en las versiones de los comparecientes ante la Sala de Reconocimiento de Verdad<sup>42</sup>.

En este sentido consideramos que la regulación contenida en los artículos 1.º, literal b, y 22 de la Ley 1922 del 2018 no solo inspira la conclusión del proceso, sino que irradia toda la secuencia antecedente, apostando por un procedimiento restaurativo incipiente, que pudo ser más ambicioso en el momento de redactar y aprobar la ley de procedimiento de la JEP.

Empero, la decisión dentro del caso del compareciente alias “el Paísa” demuestra que tanto el procedimiento como la aplicación pretoriana carecen de una sistematización en la cual la participación de las víctimas sea

38 Rad. 200000552018. El compareciente fue condenado por la justicia ordinaria a una pena de 46 años de prisión como coautor penalmente responsable por los delitos de desaparición forzada agravada, homicidio y concierto para delinquir.

39 Cfr. record 27:32. <https://www.youtube.com/watch?v=r0EQ4-J3j4I>

40 La explicación la hace el magistrado Pedro Díaz Romero de la Sala de Definición de situaciones jurídicas [records 40:46-44:47 <https://www.youtube.com/watch?v=r0EQ4-J3j4I>], lo cual es reiterado por la magistrada Catalina Díaz Gómez de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad [records 45:50-47:56 <https://www.youtube.com/watch?v=r0EQ4-J3j4I>], enfatizando que la razón de ser de la JEP es la satisfacción de los derechos de las víctimas.

41 Cfr. record 01:06:33 en adelante <https://www.youtube.com/watch?v=r0EQ4-J3j4I>

42 Auto 080 del 2019 de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP. Para hacer efectivo ese derecho se fijaron las siguientes pautas: (1) los representantes judiciales y las víctimas interesadas en hacer presencia en la versión deberán comunicarlo a la Sala de Reconocimiento oportunamente; (2) deberán realizar preguntas relacionadas con asuntos que han sido previamente trasladados al compareciente, sin perjuicio de las preguntas que podrán hacer sobre documentos o elementos no conocidos y aportados por el compareciente el día de la versión; (3) deberán hacer presencia y hacer las preguntas en el momento previsto para esto dentro de la versión; (4) sus actuaciones deberán respetar el objetivo de este momento procesal, que es el de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y determinación de los hechos y conductas, y no la generación de un escenario adversarial o de confrontación; (5) en el caso de existir varios representantes de víctimas, los asistentes a la diligencia deberán escoger el mismo número de representantes que acredite el compareciente en la versión, y hacer las preguntas en el tiempo previsto; y (6) deberán guardar el debido comportamiento que establecen los protocolos de audiencias judiciales.

efectiva, radicando en aquellas las facultades de solucionar el conflicto y dejándolo —al igual que la justicia ordinaria— en cabeza de los togados. En otros casos se viene habilitando su participación, pero siendo incipiente la concreción de un modelo reparador, resultado de la aplicación de una justicia restaurativa.

## Conclusión

La justicia restaurativa no se limita a la imposición de la consecuencia jurídica consagrada en el acuerdo de paz como restricciones de la libertad para la realización de labores restauradoras ni a la opinión que puedan brindar las víctimas sobre la procedencia de esta sanción. Este modelo de administración de justicia es mucho más ambicioso y posiciona a la víctima en el centro de la controversia con miras a que sea la verdadera protagonista del proceso, por encima de los operadores de justicia.

Aunque este posicionamiento se encuentra justificado bajo la retórica del acuerdo de paz y de las leyes que ponen en marcha todo el andamiaje de esta justicia transicional, en la práctica los criterios de participación “activa” son incipientes. Las decisiones recientes de la JEP demuestran su poca intervención y la expropiación del conflicto a las partes, para convertirse en dominio de la Judicatura, de la misma manera como opera en el sistema ordinario.

El legislador no consagró prácticas restaurativas “puras” que permitan concretar los objetivos de la justicia restaurativa y la coyuntura del país tras el cese de un conflicto armado dilatado en el tiempo, que adicionalmente demanda el posicionamiento de las víctimas más allá de la enunciación formal como protagonistas principales. Ese viraje debe ser inmediato y no dejarlo reservado a las decisiones de fondo que se vienen elaborando al interior de una justicia en la que debemos confiar, no solo por la importancia de la paz sino por el respeto a las instituciones. En esa medida, este documento pretende ser una alerta bienintencionada para enmendar la aplicación del paradigma restaurativo y devolvérselo a las víctimas del conflicto, con miras a que sean estas quienes actúen de manera preponderante en la tramitación del rito procesal.

## Referencias

- Agudelo, Carlos. “Implicación del enfoque restaurativo en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes: El caso del Centro de Atención Especializado Carlos Lleras Restrepo”. *Revista Ratio Juris* 12, n.º 25 (2017): 117-130.
- Ambos, Kai. “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 12, n.º 2 (2003): 1-39.

- Benavides, Farid. "El delito político en el marco del proceso de paz con las FARC". En *Perspectivas jurídicas para la paz*, coordinado por Helena Alviar e Isabel Cristina Jaramillo, 371-398. Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.
- Beristain, Antonio. *Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- Braithwaite, John. *Crime, Shame and Reintegration*. Londres: Cambridge University Press, 1989.
- Calvo, Raúl. *Justicia juvenil y prácticas restaurativas: Trazos para el diseño de programas y para su implementación*. NED Ediciones, 2018.
- Comisión Internacional de Juristas. "Jurisdicción Especial para la Paz, análisis a un año y medio de su entrada en funcionamiento" (junio 2019).
- Christie, Nils. "Conflicts as Property". *The British Journal of Criminology* 17, n.º 1 (1977): 1-15.
- Coronado, Javier. *Hacia el arbitraje de causas penales en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2014.
- Corte Constitucional. Sentencia C-080 del 2018. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, traducido por Perfecto Ibáñez, Alfonso Ruiz, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero. Madrid: Trotta, 2009.
- Foucault, Michel. "La sociedad punitiva". En *La vida de los hombres infames*. Madrid: La Piqueta, 1990.
- Gallego, Gloria. "Perdón y proceso de paz en Colombia". *Revista Nuevo Foro Penal* 12, n.º 87 (2016): 159-180.
- Garland, David. *La cultura del control: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- Hernández, Norberto. *El derecho penal de la cárcel: Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT, 2018.
- Hernández, Norberto. "El 'nuevo' acuerdo final para la paz a través del lente del derecho penal". *Revista Nuevo Foro Penal* 13, n.º 88 (2017): 217-239.
- Hernández, Norberto. "De la privación a la restricción de la libertad y otras sanciones penales: ¿Hacia un paradigma restaurativo en la justicia especial para la paz colombiana?". *Revista Vniversitas* 69, n.º 140 (2020).
- Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de apelación, Sentencia interpretativa TP-SA-SENT 1 del 2019 "Beneficios provisionales, régimen de condicionalidad y participación de víctimas".
- Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de revisión, Auto SRT-AE-030 del 2019, Expediente Orfeo 2018340008010003E.
- Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 080 del 2019, Rad. 20193230166383.
- Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 065 del 2019, Rad. 20193200119453.

- Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 061 del 2019, Rad.20193200119453.
- Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 065 del 2018, Rad. 20193200119453.
- Larrauri, Elena. *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Madrid: Trotta, 2015.
- Murillo, Adolfo. "Justicia transicional y fines de la pena en el contexto colombiano". En *Contribuciones al derecho contemporáneo 1*, coordinado por Diego Tarapué y Adolfo Murillo, Derechos Humanos y Justicia Transicional, 149-174. Bogotá: DIKE y Universidad Santiago de Cali, 2018.
- Nájera, Octavio. "La construcción del concepto de víctima en el neoliberalismo". En *Política criminal mediática: Populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*, editado y coordinado por Estanislao Escalante, 703-721. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018.
- Pérez, Álvaro. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 2009.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Obras completas 1*. Bogotá: Temis, 1998.
- Reyes Alvarado, Yesid. "¿Es injusta la justicia transicional?: A manera de estudio preliminar". En *¿Es injusta la justicia transicional?*, editado por Yesid Reyes, 13-33. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Rodríguez, Leonardo. "Análisis de la justicia restaurativa en materia de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia". *Anuario de Psicología Jurídica*, n.º 22 (2010): 25-35.
- Roxin, Claus. *Derecho penal - Parte general 1: Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, traducido y anotado por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999.
- Sampedro, Julio Andrés. *La re-humanización del sistema penal: Una propuesta desde las víctimas y la justicia restaurativa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Equion Energía para la Vida, Instituto Berg de Derechos Humanos, Grupo Editorial Ibáñez, 2019.
- Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon. "Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia". *Anuario de derechos humanos*, n.º 4 (2008): 165-195.
- Vega, Lorena. "Modelo de justicia transicional: el caso colombiano". En *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, editado por Gerardo Ruiz, Ildiko Szegedy y Rafael Prieto, 111-130. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Velásquez, Fernando. *Manual de derecho penal - Parte general*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010.
- Watchel, Ted. "Definiendo lo restaurativo". Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas (2013): 1-13. <http://www.iirp.edu/pdf/Defining-Restorative-Spanish.pdf>
- Zehr, Howard. *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Books, 2010.
- Zehr, Howard y Henry Mika. "Fundamental Principles of Restorative Justice". *The Contemporary Justice Review*, n.º 1 (1998): 47-55.



TERCERA PARTE

# **DISCURSOS CONSTITUCIONALES Y CASTIGO**



# **Cepo, fuate y prisi3n**

## **El castigo del cuerpo indigena en el Estado multicultural moderno<sup>\*,\*\*</sup>**

Libardo Jos3 Ariza  
Manuel Iturralde

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.624>

\*\* Este texto recibió valiosos comentarios y sugerencias durante el Coloquio de Sociología de la Universidad de los Andes, el cual es coordinado por las profesoras Tatiana Andía y María José Álvarez.

## El pabellón de indígenas de la cárcel de San Isidro

En la cárcel de San Isidro, ubicada en el departamento del Cauca, una de las zonas con mayor presencia indígena y en la que tienen lugar las disputas más fuertes por el autogobierno indígena en Colombia<sup>1</sup>, hay cerca de 212 indígenas privados de la libertad<sup>2</sup>. Las autoridades del centro penitenciario han creado un pabellón exclusivo para los miembros de pueblos indígenas, y, en este, los internos pasan sus días sin otro propósito que el encierro mismo y, ocasionalmente, cruzan su puerta para acudir a una de las sesiones de los programas de educación, enseñanza y trabajo que se dirigen a la población penitenciaria general. Algunos indígenas que no hablan castellano observan el entorno mientras se desarrolla la sesión, con un gesto que parece agradecer, por lo menos, haber salido del patio, mientras que otros intentan participar activamente con la esperanza de que este tiempo les sea reconocido para la redención de sus condenas. Cuando la sesión termina, unos y otros regresan a su pabellón, repitiendo el ritual cotidiano del indígena encarcelado que ve consumir sus días en medio de una institución penitenciaria que no encuentra la forma de adaptar su rutina diaria a las exigencias del constitucionalismo multicultural<sup>3</sup>.

- 1 Joanne Rappaport, *Intercultural Utopias: Public Intellectuals, Cultural Experimentation, and Ethnic Pluralism in Colombia* (Durham: Duke University Press, 2005).
- 2 Inpec, "Caracterización de la población reclusa indígena y afrocolombiana a cargo del Inpec", 2016, [http://www.inpec.gov.co/documents/20143/362594/Estudio+Afrodescendientes+e+Indigenas\\_0.pdf/fdf164db-4f07-a741-ba52-1a5bfc58b8bf?download=true](http://www.inpec.gov.co/documents/20143/362594/Estudio+Afrodescendientes+e+Indigenas_0.pdf/fdf164db-4f07-a741-ba52-1a5bfc58b8bf?download=true).
- 3 Descripción basada en las visitas realizadas por uno de los autores a este establecimiento durante los meses de octubre y noviembre del año 2016, en el marco del proceso de investigación del área de Justicia Individual del Grupo de Prisiones, clínica jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

La presencia de indígenas en el sistema penitenciario y carcelario nacional puede resultar extraña en el contexto del reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) que realizó la Constitución colombiana de 1991<sup>4</sup>. En efecto, el fortalecimiento del autogobierno de los pueblos indígenas implicaba que las autoridades tradicionales resolvieran sus conflictos de acuerdo con su propio derecho y que, por lo tanto, los miembros de los pueblos indígenas se alejaran de los sistemas de justicia oficiales<sup>5</sup>. Dos décadas después parece que esta apuesta ha arrojado resultados inesperados y contradictorios. La emergencia de una prisión intercultural que alberga por igual al indígena castigado por la justicia oficial, como a aquel que ha sido expulsado de la comunidad por sus propias autoridades tradicionales, es muestra de este proceso. Según el censo del 2016 de población indígena de la cárcel de San Isidro, 94 personas se encuentran privadas de la libertad por orden de sus autoridades tradicionales, en ejercicio de la competencia que les otorga la Jurisdicción Especial Indígena<sup>6</sup>. Según los datos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia, en Colombia hay 180.347 personas privadas de la libertad, de estas 1326 son indígenas<sup>7</sup>. Dicha cifra la componen 1157 indígenas privados de la libertad en establecimientos carcelarios, 165 privados de la libertad en su domicilio y diez bajo la modalidad de control y vigilancia electrónica. También hay 3900 personas que el Inpec denomina como *autorreconocidas*, es decir, aquellas que una vez recluidas se autoidentifican como indígenas.

La mayoría de la población indígena privada de la libertad se encuentra en la Regional Occidente, la cual “concentra el 45,7 % (606) del total”<sup>8</sup>. Algunos datos adicionales pueden ayudar a caracterizar con más detalle la situación de la población indígena privada de la libertad, por ejemplo, la prevalencia de hombres (tan solo el 7,4 % de la población indígena interna es femenina); una población predominantemente joven, entre los 25 y 44 años; acusados o condenados, en el caso de los hombres, mayoritariamente por homicidio (18,39 %); mientras que, en el caso de las mujeres, lo están más que todo por conductas relacionadas con el tráfico de drogas (31,7 %)⁹. Para el 2017, cerca del 40 % de los indígenas privados

4 Daniel Bonilla, *La Constitución multicultural* (Bogotá: Uniandes, 2006).

5 Libardo José Ariza, “Malicia indígena: El reconocimiento y la desconfianza en la puesta en marcha del régimen multicultural en Colombia”, *Revista de Derecho Público - Universidad de los Andes* 31, n.º 1 (2013): 1-28; Nancy Grey Postero y León Zamosc, *The Struggle for Indigenous Rights in Latin America* (Sussex: Brighton, 2004).

6 Cárcel de San Isidro, Popayán, Censo de Población Indígena, octubre del 2016. De acuerdo con este censo, 86 indígenas han reivindicado en el proceso penal su *fuero*, alegando infructuosamente que su caso debería ser juzgado por sus autoridades tradicionales. También indica que en 26 casos no hay información acerca de la autoridad competente que conoció o está conociendo su proceso penal.

7 Inpec, “Caracterización de la población reclusa indígena y afrocolombiana”.

8 *Ibid.*, 9.

9 Inpec, “Caracterización de la población reclusa indígena y afrocolombiana”.

de la libertad en Colombia habían sido enviados a prisión por sus propias autoridades<sup>10</sup>. Cabe anotar que, aunque no se cuenta con datos precisos, el uso de la prisión por parte de los pueblos indígenas parece ser un fenómeno creciente en el contexto andino<sup>11</sup>.

Este texto busca narrar este proceso, relativamente corto en términos históricos, que, en menos de treinta años, ha supuesto un giro importante en la relación de los pueblos indígenas con la institución de la prisión. Señalaremos algunos de los principales factores que han incidido en el derribo de la frontera política que suponía el territorio ancestral para la expansión del archipiélago carcelario. En la primera parte explicaremos en qué consiste este cambio de relación entre los pueblos indígenas y la prisión, marcado por la apropiación de la prisión por parte de las autoridades indígenas como forma de ejercer el castigo en contra de sus miembros; tal giro hizo que la esperanza depositada en la justicia indígena, como horizonte para la reforma de la justicia oficial, se desvaneciera. En la segunda parte del texto se analizarán dos de los factores principales que pueden explicar dicho fenómeno. Por una parte, la creciente e intensa demanda social punitiva que reclama mayor severidad frente a los crímenes sexuales de los que son víctimas mujeres y menores de edad de comunidades indígenas, y que llega al territorio ancestral reclamando una transformación en las formas punitivas de los pueblos indígenas; y, por otra, la debilidad institucional indígena y su relación con el ejercicio del autogobierno, el cual se ve amenazado, desde afuera, por la pérdida de competencia frente a la justicia oficial, y, desde adentro, por la presencia del indígena peligroso e incorregible que comete crímenes atroces. Estos procesos se condensan, al mismo tiempo, en la experiencia penitenciaria de un sujeto que es el resultado de este interculturalismo punitivo y que ha sido denominado por el discurso jurídico y criminológico local como *el guardado*<sup>12</sup>, aquel que se encuentra depositado y olvidado en pabellones de indígenas de cárceles como San Isidro.

10 Santiago Medina, Marcela Gutiérrez y Lina Forero, *Situación de indígenas privados de la libertad en establecimientos carcelarios: Propuestas para un pluralismo igualitario* (Bogotá: Ministerio de Justicia, 2017).

11 Agustín Grijalva, "Del presente se inventa el futuro: Justicias indígenas y Estado en Ecuador", en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Santos Boaventura y Agustín Grijalva (Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2012), 51-78; Antonio Peña Jumpa, *Poder judicial comunal aymara en el sur andino* (Bogotá: ILSA, 2004).

12 Libardo José Ariza y Rolando Zambrano, "Cárcel kapurña: Las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia", *Revista de Derecho de la Universidad de Palermo* 13, n.º 1 (2013): 161-186.

## El desvanecimiento de la ilusión: ceco, fueite y prisión

En la región andina, y durante muchos años, los discursos jurídicos y académicos sobre la denominada *justicia indígena* coincidían en presentarla como una suerte de antítesis de la justicia estatal y su violencia. Las características definitorias de cada una de estas justicias, así como los fines que las impulsan, soportaban esta afirmación realizada tanto en el campo académico como en el discurso jurídico. Mientras que, por una parte, la justicia indígena se orienta por la búsqueda de la restauración del tejido social, el énfasis en la reintegración del sujeto y su rechazo a la segregación punitiva; y la justicia oficial, por otra, hace énfasis en la retribución y la exclusión, intensificando el conflicto social subyacente al hacer énfasis en la prisión como forma por excelencia del castigo. Si bien son múltiples los discursos en los que se pueden encontrar estos enunciados<sup>13</sup>, tal vez la caracterización más influyente de esta construcción de la justicia indígena, dentro de la tradición del pluralismo jurídico, es expuesta por Santos en los siguientes términos: “Se trata, por el contrario, de concebir la justicia indígena como parte importante de un proyecto político de vocación descolonizadora y anticapitalista, una segunda independencia que finalmente rompa con los vínculos eurocéntricos que han condicionado los procesos de desarrollo en los últimos doscientos años”<sup>14</sup>.

Esta esperanza cifrada en la benignidad de la justicia indígena, su posicionamiento como una alternativa contrahegemónica, ha iluminado el sombrío panorama del derecho penal local. La justicia indígena se erige como la alternatividad penal definitiva, al tener como fundamento un horizonte histórico y cultural distinto. Los discursos reivindicatorios de formas ancestrales de justicia demandan la inversión de los procesos políticos y epistemológicos que subyacen a la consolidación de los dos tipos de justicia —oficial e indígena—, señalando que ha llegado el momento en que el discurso jurídico estatal debe aprender de la justicia indígena, y no al revés. Esta defensa elocuente y bien fundada se expresa con mayor claridad en el texto

13 Edgar Ardila, “Pluralismo jurídico: Apuntes para el debate”, *El otro derecho* 26, n.º 27 (2002): 49-61; Héctor Díaz, “Derechos indígenas y autonomía”, *Crítica Jurídica* 1 (1992): 31-58; Esther Sánchez Botero, “‘Melicio Cayapu Dagua está preso, mi sargento’: Estado de normas, estado de rupturas”, en *Antropología Jurídica: Normas formales, costumbres legales en Colombia*, editado por Esther Sánchez Botero (Bogotá: Sociedad Antropológica de Colombia y Comité Internacional para el Desarrollo de los Pueblos, 1992), 10-20; Beatriz Sánchez, “El reto del multiculturalismo jurídico: La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”, en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, editado por Boaventura Santos y Mauricio García (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001), 5-142; Raquel Yrigoyen, “Judicial Treatment of Cultural Diversity and the Special Jurisdiction in Perú”, *Beyond Law* 7, n.º 23 (2001): 32-49; Catalina Botero, *Multiculturalismo y derechos indígenas* (Bogotá: Anthropos, 2003); Grijalva, “Del presente se inventa el futuro”, 51-78.

14 Boaventura Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura Santos y Agustín Grijalva (Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2012, 15), 13-50.

de Ramiro Ávila Santamaría<sup>15</sup> “¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?”, en el que se oponen las dos formas de sanción para defender la perspectiva indígena y criticar la opción de la prisión moderna: “Miremos y contrastemos, desde la lógica de la interculturalidad, como lo hemos entendido, dos realidades. Por un lado, el mecanismo sancionatorio de la justicia estatal, que se centra en el uso de la cárcel y en el encierro como solución única. La otra realidad es la justicia indígena”<sup>16</sup>.

Esta perspectiva también supone una relativización de las formas punitivas occidentales que permite la apertura del discurso jurídico penal liberal a las exigencias del pluralismo cultural. Cuestiones que se habían dejado atrás por considerarse inadmisibles, como las penas físicas<sup>17</sup>, ahora se interpretan en clave intercultural para defender su admisibilidad política y jurídica, así como para criticar el supuesto carácter técnico-científico de la prisión: “Así, por ejemplo, el hortigazo, el baño, los chicotazos, los castigos físicos en general, ¿son tortura? ¿En qué contexto y en qué condiciones? ¿Hay otras sanciones que la justicia ordinaria aplica y que, desde la perspectiva de la justicia indígena, son todavía más violentas? ¿Por ejemplo la pena de prisión perpetua o de cárcel durante muchísimos años?”<sup>18</sup>.

La fuerte apuesta por la defensa de la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas no solo es una cuestión académica, como lo muestra la amplia literatura sobre el pluralismo jurídico en la región<sup>19</sup>, sino también una cuestión política que se basa en la certidumbre que el derecho propio de los pueblos indígenas descansa en otros principios y valores que lo dotan de un sentido apenas inteligible para la tradición del formalismo jurídico latinoamericano y que, por eso mismo, exige importantes esfuerzos de traducción intercultural.

El discurso jurídico avanzó en esta misma dirección. En las primeras sentencias de la Corte Constitucional colombiana en las que se analiza el alcance de la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas se presenta

15 Ramiro Ávila Santamaría, “¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Santos Boaventura y Grijalva Agustín (Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2012), 279-304.

16 Ávila, “¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?”, 290.

17 Luigi Ferrajoli, “Two hundred and fifty years since the publication of *On Crimes and Punishments*: The currency of Cesare Beccaria’s thought”, *Punishment and Society* 16, n.º 5 (2014): 501-519; Fernando León Tamayo Arboleda y Juan Oberto Sotomayor, “¿Penas sin humillaciones?: Límites al derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana”, *Opinión Jurídica* 17, n.º 33 (2008): 19-41.

18 Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho”, 41-42.

19 Jorge Dandler, “Hacia un orden jurídico de la diversidad”, *Crítica Jurídica* 14, n.º 1 (1994): 33-42; Donna Van Cott, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000a); Donna Van Cott, “A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia”, *Journal of Latin American Studies* 32, n.º 1 (2000b): 207-234; Elisabeth Cunin, “Multiculturalism: From the Right to be Different to the Ethnic Exclusion. A case study of Cartagena (Colombia)”, *Beyond Law* 8, n.º 24 (2001): 63-83; Yrigoyen, “Judicial Treatment of Cultural Diversity”, 32-49.

esta dicotomía, una suerte de oposición radical entre las distintas nociones de castigo. La participación de los estudios de peritos antropólogos en el moldeamiento de las decisiones de la Corte sobre los alcances y límites de la jurisdicción indígena fue determinante en su momento para comprender el rechazo de los pueblos indígenas al castigo penitenciario<sup>20</sup>. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-349 de 1996, la Corte cita el siguiente fragmento de la opinión de un informante del antropólogo sobre la diferencia entre el cepo y la cárcel: “Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso [...], llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña. [...] En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica solo, el castigo es muy corto —12 o 24 horas—, pero es efectivo”<sup>21</sup>.

Y en la Sentencia T-496 de 1996, el discurso jurídico acude una vez más al perito antropólogo<sup>22</sup>, quien explica por qué los pueblos indígenas bajo examen prefieren sus propias formas de castigo a la cárcel, incluso para responder a situaciones tan graves como un homicidio: “Sucedido el caso la pena de este delito va de 2 a 5 años de trabajo forzoso, previa ‘juetiada’” e incluyendo pago indemnizatorio. El cabildo intenta aplicar ante estos comportamientos su propia jurisdicción, para que “no se vaya a la cárcel oficial y salga más corrompido”<sup>23</sup>. La Corte entiende que, en un contexto de pluralismo cultural, los castigos corporales no necesariamente suponen renunciar a los principios más caros de la tradición del derecho penal liberal que ha renegado de las penas físicas como una muestra de la humanización del poder punitivo del Estado.

La sustitución del objeto de la penalidad, que anunció Foucault como advenimiento de la era del encierro penitenciario<sup>24</sup>, parece invertirse por un momento al admitirse, nuevamente, el ingreso del cuerpo al mundo punitivo local; y este ingreso supone admitir que el objeto de la penalidad no es necesariamente ese ente abstracto denominado sujeto de derechos, sino el cuerpo de carne y hueso del indígena condenado, con el dolor y la sangre que emanan tras cada fuetazo. En la época del pluralismo cultural punitivo, la cárcel coincide con el fute y el cuerpo del condenado retorna a la esfera del castigo. Y esto es posible porque la Corte considera que se

20 Libardo José Ariza, *Derecho, saber e identidad indígena* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009); Libardo José Ariza, “Legal indigeneity: Knowledge, legal discourse and the construction of indigenous identity in Colombia”, *Identities* 27, n.º 5 (2018).

21 Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 1996, 8 de agosto de 1996, M. P. Carlos Gaviria.

22 Para un análisis del papel del conocimiento experto antropológico en casos judiciales véase Marisol de la Cadena, “Are ‘Mestizos’ Hybrids?: The Conceptual Politics of Andean Identities”, *Journal of Latin American Studies* 37, n.º 2 (2005): 259-284; Bruce G. Miller y Gustavo Menezes, “Anthropological Experts and the Legal System: Brazil and Canada”, *American Indian Quarterly* 39, n.º 4 (2015): 391-430. Andrew Canessa, “Who is Indigenous?: Self-Identification, Indigeneity, and Claims to Justice in Contemporary Bolivia”, *Urban Anthropology and Studies of Cultural Systems and World Economic Development* 36 n.º 3 (2007): 195-237.

23 Corte Constitucional, Sentencia T-496 de 1996, 26 de septiembre de 1996, M. P. Carlos Gaviria.

24 Michel Foucault, *Vigilar y castigar* (México: Siglo XXI, 1995), 18-19.

trata “de una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración”<sup>25</sup>. Y el mismo discurso se esgrime para admitir la viabilidad constitucional del fuate, castigo que “[a]unque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo”<sup>26</sup>.

Estos dos discursos, el constitucional y aquel que se desprende de los estudios más influyentes de la sociología y el pluralismo jurídicos, parecen coincidir en que la justicia indígena podría detener la expansión del discurso penal liberal y sus formas institucionales dominantes, particularmente el castigo penitenciario y su parafernalia. La frontera que fija el territorio ancestral parece erigirse como el último bastión de defensa contra la expansión incontenible del archipiélago carcelario en el contexto local. Una pequeña y tal vez aislada esperanza, pero que, al fin y al cabo, permitía confiar en que en algún lado, en alguna parte, la prisión iba a encontrar su límite.

## La frontera que se franquea

Ciertos eventos paralelos, advertidos tímidamente por estos discursos, empezaron a resquebrajar esta ilusión de que la justicia indígena se oponía a la justicia oficial y a una de sus instituciones más perversas: la cárcel. Paradójicamente, una línea jurisprudencial inspirada por el *principio de maximización de la autonomía de los pueblos indígenas* tendría como resultado la aceptación constitucional de la utilización del sistema penitenciario nacional por parte de la Jurisdicción Especial Indígena. Posiblemente este momento de emergencia quedó formalizado en un documento jurídico, en el *Proyecto de Ley Estatutaria sobre Jurisdicción Especial Indígena*, presentado por el entonces senador indígena Jesús Piñacué Achicue, perteneciente al pueblo Páez, redactado en el año 2000. Este proyecto de ley intentaba desarrollar el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y proponía, en su artículo 14, la realización de convenios entre las autoridades indígenas y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) con “el objeto de la prestación del servicio de reclusión en las penitenciarias administradas por esta institución y para el caso de la entrega en custodia de los miembros de pueblos indígenas”<sup>27</sup>. El proyecto de ley también contemplaba la posibilidad de recorrer el camino contrario, no desde el territorio ancestral hacia la prisión, sino desde sus patios hacia la comunidad

25 Corte Constitucional, Sentencia T-496 de 1996.

26 Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 1997, 15 de octubre de 1997, M. P. Carlos Gaviria.

27 Proyecto de Ley Estatutaria sobre Jurisdicción Especial Indígena, presentado por el entonces senador Jesús Piñacué Achicue.

indígena. Así, en una suerte de intercambio de prisioneros, “los indígenas condenados por la jurisdicción penal podrán ser entregados en custodia a su respectiva comunidad para desarrollar trabajos comunitarios dentro del territorio indígena a efectos de redimir la pena en los términos previstos en la Ley 65 de 1993”<sup>28</sup>, de tal manera que los “indígenas beneficiados con esta medida podrán pernoctar en el territorio indígena con el compromiso de presentarse cuando sean requeridos por la Autoridad Penitenciaria o Carcelaria”<sup>29</sup>.

El proyecto proponía, asimismo, una medida que años después sería recogida por la legislación y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional bajo la rúbrica del enfoque diferencial étnico y cultural, esto es, la adaptación de las instituciones estatales a las exigencias del reconocimiento del carácter pluriétnico y multicultural del Estado colombiano. En relación con los fines de la pena y la protección de la integridad étnica se proponía su reclusión “en el centro penitenciario o carcelario más cercano a su territorio, en centros especiales con el fin de lograr su readaptación mediante mecanismos de trabajo y educación adecuados culturalmente preservando al máximo la cultura, costumbres, idiomas, lazos familiares y formas tradicionales de Autoridad”<sup>30</sup>.

En el año 2002, la Corte Constitucional sentenció que el Inpec debía recluir a miembros de pueblos indígenas condenados por sus propias autoridades a penas privativas de la libertad. La Corte respaldó la decisión del resguardo indígena embera-chamí de Cristianía de castigar con cárcel a uno de sus miembros, asegurando que esta decisión se desprende del derecho propio, en especial de la denominada Constitución Embera<sup>31</sup>, y que, por lo tanto, “[...] obedece al cumplimiento riguroso de lo decidido por las autoridades indígenas y al compromiso de la justicia ordinaria de colaborar con aquella, al permitir la utilización de sus instalaciones físicas carcelarias, mientras el Cabildo termina la construcción de su propio centro especial de reclusión”<sup>32</sup>.

Pero es en el año 2015 que el discurso jurídico expresa en toda su magnitud los efectos perversos de la utilización de la prisión por parte de los pueblos indígenas, con la aparición de un nuevo sujeto jurídico y político conocido como *el guardado*. La Sentencia T-208 del 2015 marca el ingreso definitivo de la prisión en el campo del pluralismo cultural, por medio de la regulación jurídica de la utilización por parte de las autoridades indígenas de la institución carcelaria, traspasando así la frontera que separaba

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*.

31 María Valencia, “Justicia embera, identidad y cambio cultural”, *El otro derecho* 26, n.º 27 (2001): 114-134.

32 Corte Constitucional, Sentencia T-239 del 2002, 5 de abril del 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

a la justicia indígena de la justicia estatal: “[...], existen situaciones en las cuales las autoridades indígenas pueden imponer a sus miembros penas privativas de la libertad para que ésta sea cumplida en una cárcel ordinaria, a pesar de que ello suponga que el indígena condenado deba ser separado de su entorno cultural”<sup>33</sup>.

Subyacente a esta declaración se encuentra un asunto de hermenéutica constitucional sobre el alcance de la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas<sup>34</sup> y de la ubicación política de los indígenas en el escenario nacional<sup>35</sup>. El principio de *maximización de la autonomía indígena* supone que los pueblos indígenas pueden decidir si usan la prisión o no. Implica aceptar que las autoridades tradicionales pueden imponer penas privativas de libertad no redimibles ni sujetas al acceso a medidas sustitutivas, siempre que no supongan una violación del principio de dignidad humana: “La imposición de una pena que no esté sujeta a redención por parte de las autoridades que ejercen la jurisdicción especial indígena es perfectamente posible dentro de nuestro sistema constitucional”<sup>36</sup>.

Mientras que en la literatura del pluralismo jurídico este fenómeno —cuando las formas jurídicas de dos o más campos sociales semiautónomos se mezclan para dar lugar a una suerte de híbrido jurídico— se conoce como interlegalidad<sup>37</sup>, aquí podríamos hablar de una suerte de *interculturalidad punitiva*, esto es, un proceso complejo a través del cual la institución de la prisión es usada, interpretada y ajustada en el contexto del pluralismo cultural para responder a los reclamos derivados del autogobierno de los pueblos indígenas. No es el caso de la prisión occidental “pura”, con sus técnicas de control de los cuerpos y el espacio, que es usada como un instrumento de dominación de las minorías nacionales y los grupos étnicos que se traduce en su destrucción cultural<sup>38</sup>. Se trata más bien de un uso de la prisión *desde abajo* por parte de los propios pueblos indígenas para castigar a sus miembros más problemáticos, y en ocasiones con mayor severidad. Esto con el fin de afianzar su poder de gobierno interno y su autonomía frente al derecho oficial por medio

33 Corte Constitucional, Sentencia T-208 del 2015, 20 de abril del 2015, M. P. Gloria Estela Ortiz Delgado, considerando 24.

34 Ariza, “Malicia indígena”, 1-28; Ariza, “Legal indigeneity”, 403-422.

35 Diana Bocarejo, “Dos paradojas del multiculturalismo colombiano: La espacialización de la diferencia indígena y su aislamiento político”, *Revista Colombiana de Antropología* 47, n.º 2 (2011): 97-112.

36 Corte Constitucional, Sentencia T-208 del 2015, considerando 42.

37 Boaventura Santos, “Law a Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law”, *Journal of Law and Society* 14, n.º 3 (1987): 279-302.

38 Richard Edney, “Indigenous punishment in Australia: A jurisprudence of pain?”, *International Journal of the Sociology of Law* 30, n.º 2 (2002): 219-234; Russel Hogg, “Penalty and modes of regulating indigenous peoples in Australia”, *Punishment and Society* 3, n.º 3 (2001): 355-379; Chris Cunneen, “Racism, Discrimination and the Over-Representation of Indigenous People in the Criminal Justice System: Some Conceptual and Explanatory Issues”, *Current Issues in Criminal Justice* 17, n.º 3. (2006): 329-346; Robert Nichols, “The Colonialism of Incarceration”, *Radical Philosophy Review* 17, n.º 2 (2014): 435-455.

del establecimiento de formas de cooperación con la justicia penal oficial. De esta forma, no solo se desvanece la esperanza de concebir y aplicar formas alternas al castigo moderno encarnado en la prisión, sino que esta se torna en la pesadilla escenificada por el indígena depositado y olvidado en una prisión cualquiera. Los pueblos indígenas no solo encarcelan, sino que lo hacen con mayor severidad y, paradójicamente, ante este exceso punitivo son las propias autoridades judiciales del Estado colombiano las que se ven obligadas a limitar la dureza del castigo y defender el fin rehabilitador de la pena:

[...] la invisibilización del indígena recluido en cárceles del sistema ordinario no puede darse en las instancias encargadas de la ejecución de la pena. Por el contrario, ellas deben contribuir a la construcción de un *proceso de re-socialización étnicamente diferenciado*, el cual permite que el indígena, a pesar de ser excluido de su territorio y de su comunidad durante el tiempo de la condena, pueda vincularse nuevamente a su entorno cultural específico una vez la haya cumplido<sup>39</sup>. (énfasis en el original)

El propósito inicial de cooperación punitiva entre autoridades indígenas y autoridades penitenciarias se ha traducido en la imposición de penas privativas de la libertad sin más propósito que la pena misma, en un proceso en el que las autoridades indígenas se deshacen de sus miembros más problemáticos y difíciles de controlar para luego abandonarlos a los rigores del encierro en condiciones infrahumanas. El *guardado* es pura reclusión y castigo, sufrimiento del cuerpo, tiempo perdido, abandono garantizado; es el sujeto que representa el giro de los pueblos indígenas hacia la incorporación del castigo penitenciario como último y principal recurso punitivo. El *guardado* sufre la violencia física y simbólica del destierro, la expulsión de su resguardo, al tiempo que sufre en carne propia el horror de la desidia de una burocracia estatal penitenciaria doblegada por el peso del hacinamiento y las carencias estructurales del sistema.

## Las exigencias de transformación cultural punitiva

Si hay un caso que ilustra la exigencia de transformación punitiva del castigo indígena desde la perspectiva de la sociedad mayoritaria, este es el del indígena páez Toño. El amplio cubrimiento del caso por los medios de comunicación dejó saber al país que este “ocurrió en el corregimiento El Pital. El indígena, conocido como ‘Toño’, de 42 años, es acusado de

39 Corte Constitucional, Sentencia T-208 del 2015.

haber violado a sus tres hijas, de 7, 9 y 14 años, y a dos cuñadas"<sup>40</sup>. Estos delitos fueron denunciados ante el resguardo indígena de las Mercedes, cuyas autoridades tradicionales inicialmente condenaron al indígena a 20 años de prisión y quienes, adicionalmente, anunciaron "que lo entregarían a la justicia ordinaria"<sup>41</sup>. No obstante, según cuenta una de las cuñadas del acusado a un medio de comunicación, "[...] el primero de agosto hicieron otra asamblea, y cuando subimos no nos dejaron hablar y simplemente nos informaron que lo condenaban no más a cinco años". El argumento de las autoridades indígenas, según la cuñada del acusado, "es que él no representa ningún peligro para la sociedad. Ellos consultaron con los mayores, con los espíritus, y les dijeron que él tenía remedio, y que por eso lo dejaban solo haciendo trabajo comunitario en el resguardo de Las Mercedes"<sup>42</sup>.

En la misma nota periodística fue entrevistada la entonces directora de la organización no gubernamental Ruta Pacífica de Mujeres del Cauca, quien manifestó que "lastimosamente esto no es percibido como un delito y evidenciamos cómo los entes de justicia tradicional no lo ven así, y lo más duro es que la víctima debe demostrar que fue violada". Según el periódico, la directora de la ONG "agregó que es urgente que los derechos de las mujeres estén por encima de cualquier etnia y sin importar la jurisdicción de justicia que opere"<sup>43</sup>. Igualmente, dos columnas de opinión de la senadora del Centro Democrático Paloma Valencia, tituladas "Niños indígenas: ¿víctimas de las tradiciones de sus comunidades?"<sup>44</sup> y "La violación: ¿un delito contra los hombres?"<sup>45</sup>, exigían la transformación de las tradiciones indígenas, las cuales no podían permanecer estancadas en el tiempo. En la primera de estas columnas, la senadora Valencia sugirió cómo debían relacionarse los dos sistemas de justicia, de tal manera que "la jurisdicción ordinaria debería cumplir una función similar a la que cumple la extradición en la nuestra. Afuera existe una justicia más férrea y dura, que sirve como parámetro y al mismo tiempo como amenaza"<sup>46</sup>. Por otra parte, en la segunda columna, la congresista sostenía que "El crimen merece cárcel. La prisión no será la novedad, pues según un concepto del

40 Al respecto véase Redacción Popayán, "Mujeres rechazan castigo que impuso la justicia indígena a un violador", *El Tiempo*, 22 de agosto del 2011, <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10207265>.

41 *Ibidem*.

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*.

44 Al respecto véase Paloma Valencia, "Niños indígenas: ¿víctimas de las tradiciones de sus comunidades?", *El Espectador*, 3 de octubre del 2011, <http://www.elespectador.com/opinion/ninos-indigenas-victimas-de-las-tradiciones-de-sus-comunidades-columna-303327>.

45 Al respecto véase Paloma Valencia, "La violación: ¿un delito contra los hombres?", *El Espectador*, 29 de agosto del 2011, <http://www.elespectador.com/opinion/la-violacion-un-delito-contra-los-hombres-columna-295380>.

46 Valencia, "Niños indígenas: ¿víctimas de las tradiciones de sus comunidades?".

Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) los indígenas aplican penas de prisión para delitos considerados graves por su comunidad: homicidios múltiples, homicidios agravados con sevicia contra autoridades indígenas, infanticidio y violaciones sexuales<sup>47</sup>.

Es necesario documentar y estudiar de forma detallada el complejo proceso por medio del cual movimientos sociales de la sociedad mayoritaria se unen con miembros de comunidades indígenas, especialmente mujeres, para exigir una transformación punitiva de las instituciones jurídicas de pueblos indígenas con el fin de proteger más integralmente a las víctimas<sup>48</sup>. Como lo muestra este caso, un factor importante que puede explicar la adopción de la prisión como forma de castigo por parte de los pueblos indígenas es la presión que desde afuera del territorio ancestral ejercen los grupos y movimientos que encuentran en el derecho un instrumento simbólico importante para avanzar sus causas políticas<sup>49</sup>. Pero esta demanda también se genera dentro de la comunidad, en los grupos que se articulan para cuestionar la tradición y exigir la transformación de las formas tradicionales que se consideran tan añejas como opresivas. Como resultado de este proceso, las autoridades indígenas han cedido y han negociado las formas tradicionales de castigo consideradas demasiado blandas.

Estamos presenciando una suerte de giro punitivo multicultural. Los pueblos indígenas acuden a penas largas y severas de prisión como mecanismo simbólico de solidaridad con las víctimas y estrategia instrumental de conservación del gobierno autónomo interno. La incorporación de la prisión es un asunto tan emotivo como instrumental en términos políticos para las autoridades de los pueblos indígenas. Emotivo porque supone expresar de la manera más clara posible su rechazo a los crímenes atroces y al indígena criminal que debe ser expulsado de la comunidad, a veces, definitivamente. No interesa, en este contexto, la reintegración del indígena delincuente sino su expulsión definitiva del cuerpo social y del territorio ancestral. Los sentimientos previos de reconciliación y perdón que parecían orientar las formas punitivas indígenas, aquellos que parecían darles ese halo contrahegemónico, ahora se desvanecen ante la venganza y retribución que deben expresar para mostrar su compromiso con la protección de los valores que se entienden forman parte de este consenso intercultural. Esta respuesta de las autoridades

47 *Ibidem*.

48 Rachel Sieder y Ana Barrera, "Women and Legal Pluralism: Lessons from Indigenous Governance Systems in the Andes", *Journal of Latin American Studies* 49, n.º 3 (2017): 633-658.

49 Kay Warren y Jean Jackson, *Indigenous movements, self-representation and State in Latin America* (Austin: University of Texas Press, 2002); Marcela Tovar-Restrepo y Clara Irazábal, "Indigenous Women and Violence in Colombia: Agency, Autonomy, and Territoriality", *Latin American Perspectives* 41, n.º 1 (2014): 39-58; Julieta Lemaitre, *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009).

tradicionales también es política, como se verá en la siguiente sección, porque permite mantener y legitimar su poder de gobierno autónomo, cuestionado desde adentro de las comunidades y desde afuera de estas.

Por esto, no es coincidencia que la mayoría de las personas indígenas enviadas a prisión por sus propias autoridades hayan cometido delitos sexuales que involucran como víctimas a mujeres y menores de edad. La respuesta a los crímenes sexuales es la ocasión idónea para impulsar el giro hacia lo punitivo<sup>50</sup>. Esta postura se aprecia en un concepto del Ministerio Público presentado ante la Corte Suprema de Justicia, en el que se refiere en los siguientes términos a las formas de castigo tradicionales: “las víctimas, en especial las de delitos sexuales, por razones de política criminal, tienen derecho a que los infractores sean sancionados adecuadamente, amén de que las penas impuestas a los indígenas son irrisorias”<sup>51</sup>. El endurecimiento del castigo muestra el compromiso de los pueblos indígenas por avanzar en el reconocimiento de las exigencias de políticas de equidad de género, uno de los asuntos más complejos en la discusión política y académica sobre el multiculturalismo<sup>52</sup>. Las autoridades indígenas parecen transitar el camino del “juego de suma-cero donde cualquier ganancia del delincuente es una pérdida para la víctima”<sup>53</sup>.

## Una prisión intercultural

Las autoridades indígenas no deben enfrentar únicamente la presión proveniente de la sociedad mayoritaria y de las disidencias internas para que endurezcan sus prácticas punitivas y muestren su compromiso político con la protección de valores como la igualdad de género, el reconocimiento de la prevalencia de los derechos de los niños y la libertad e integridad sexuales. Esta presión se ejerce también desde instancias judiciales superiores que analizan la capacidad institucional de las autoridades tradicionales para gobernar su población y territorio, así como para aplicar sanciones que tengan un “mínimo de eficacia y efectividad”<sup>54</sup>. En el centro del debate se encuentra la capacidad institucional de los pueblos indígenas para ejercer de manera adecuada su derecho al autogobierno y, en especial, las facultades que se desprenden del reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena. En la línea jurisprudencial de la Corte

50 John Pratt y Michele Miao, “Penal Populism: The End of Reason”, *The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research* 9, n.º 13 (2017): 71-105.

51 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de mayo 28 del 2014, SP6759-2014, Rad. 38242, M. P. María del Rosario González Muñoz.

52 María Zardo, “Gender Equality and Indigenous Peoples’ Right to Self-Determination and Culture”, *American University International Law Review* 28, n.º 4 (2013): 1053-1090.

53 David Garland, “Sociological Perspectives on Punishment”, *Crime and Justice* 14 (1991): 115-165.

54 *Ibidem*.

Constitucional sobre este tópico se ha introducido el análisis de la *institucionalidad indígena* como un factor determinante para la resolución de los conflictos de competencia entre jurisdicciones indígena y ordinaria. Este factor institucional dirige la mirada de los operadores judiciales a la interpretación del arreglo institucional indígena o, en otras palabras, a la administración de justicia propia y su idoneidad para hacer efectivos valores como la protección de las víctimas, el debido proceso y la retribución como garantía de justicia. Los demás criterios —el factor personal, territorial y objetivo—, por supuesto, no pierden fuerza, pero deben ser interpretados de manera conjunta con la realidad institucional de la JEL. En palabras de la Corte Constitucional, “[e]ste elemento, además, permite conservar la armonía de la comunidad, pues de la aceptación social y efectiva aplicación de las sanciones internas, y de la idoneidad de las medidas de protección y reparación de las víctimas, depende que se restaure el equilibrio y que no se produzcan venganzas internas entre miembros y/o familias de la comunidad”<sup>55</sup>.

La interpretación de la capacidad institucional de las autoridades tradicionales para imponer sanciones, así como la naturaleza de estas, ha pasado a ocupar un análisis central en los análisis jurisprudenciales recientes. Así, no solo en los casos que conoce la Corte Constitucional, sino en aquellos que ha resuelto la Corte Suprema de Justicia, se ha acudido a este escrutinio institucional, aunque desde posiciones políticas muy distantes sobre el pluralismo cultural y su relación con el derecho penal. Para la Corte Suprema de Justicia, la intensidad de la pena es un elemento clave para demostrar la capacidad institucional de las autoridades indígenas en el ejercicio del castigo y, en consecuencia, para resolver conflictos entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Penal Ordinaria. Para establecer si las sanciones impuestas por los pueblos indígenas a los actos que quebrantan valores especialmente importantes para la sociedad mayoritaria son suficientemente intensas, la Corte Suprema acude al principio de proporcionalidad: “En consecuencia, exigir proporción entre delitos y penas significa que la dureza de estas no ha de exceder la gravedad que para la sociedad posee el hecho castigado. Paralelamente, que la imposición de sanciones leves en casos de extrema gravedad implica quebrantar el principio de proporcionalidad de las penas y, a su vez, constituye una forma deplorable de impunidad y a la sazón, de injusticia”<sup>56</sup>.

Esta aproximación jurisprudencial convierte un principio propio del derecho penal moderno en un criterio transcultural para la interpretación de la protección de valores sin ofrecer una justificación adecuada. Al descalificar la penalidad indígena, considerándola suave e incapaz de

55 Corte Constitucional, Sentencia T-617 del 2010, 5 de agosto del 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

56 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de mayo del 2014.

garantizar un mínimo de justicia, el discurso jurídico asume que las formas punitivas del derecho penal ordinario logran cumplir tal función y, por lo tanto, que son muestra de la forma institucional adecuada y que deben acogerse para cumplir con el principio de proporcionalidad. Esta postura desconoce que las instituciones penales también son instituciones sociales y culturales, y que, por esto, su alcance y significado deben establecerse de manera contextual. Para esta suerte de etnocentrismo punitivo, el fuste, los latigazos, el cepo, las sanciones comunitarias serían formas punitivas leves y suaves, desde el punto de vista de su intensidad y con respecto a la ofensa cometida, además de instituciones premodernas y primitivas. Por esto, la Corte Suprema de Justicia no duda en defender la siguiente generalización: “[...] amén de que es sabido y aquí se encuentra demostrado que las jurisdicciones especiales indígenas imponen sanciones leves por la comisión de este tipo de conductas, no se concreta una protección efectiva y respetuosa de la dignidad humana de las víctimas en estos casos”<sup>57</sup>. En un contexto de atrofia institucional indígena fruto de una historia de dominación colonial, en el cual sus autoridades palidecen frente a la hipertrofia burocrática del Estado multicultural, la única opción que queda para conservar su capacidad y autonomía jurisdiccional es incorporar la prisión como castigo. La prisión intercultural es la respuesta instrumental y política a los cuestionamientos internos y externos de la debilidad sancionatoria y de la legitimidad de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas.

## Conclusión

En los últimos años hemos presenciado un lento pero continuo proceso inducido de transformación institucional, a través del cual los pueblos indígenas han empezado a modificar su derecho propio para incorporar y traducir los enunciados y las categorías del derecho penal moderno. La inclusión de la prisión en su arsenal punitivo es el último eslabón de esta cadena que los ata a las formas más nefastas de subordinación cultural. Para conservar su autonomía jurisdiccional, las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas han renunciado a la fidelidad a su cultura y tradición, debilitando así la esperanza de los sectores progresistas de la academia del pluralismo jurídico y la judicatura habían depositado en su promesa contrahegemónica.

Uno de los efectos perversos de esta transformación de los discursos y prácticas punitivas de las comunidades indígenas es la expansión de la prisión moderna occidental a los territorios ancestrales. La prisión étnica

57 *Ibidem*.

y culturalmente diferenciada, que se ajusta y amolda a la corrección política del pluralismo cultural y que muestra una capacidad de adaptación tremenda frente a los nuevos contextos históricos en los que se despliega, emerge como la forma punitiva que se esparce por el campo multicultural. La adopción por parte de los pueblos indígenas de la suspensión del derecho a la libertad como aspecto esencial del castigo, especialmente frente a delitos graves, y de la prisión como su forma institucional por excelencia se manifiesta tanto en la construcción de prisiones en los territorios ancestrales como en el envío de los miembros más problemáticos de la comunidad a las instituciones penitenciarias estatales para la ejecución de las penas impuestas con base en el derecho propio. Dicho proceso ha sido incitado por la descalificación de la sociedad mayoritaria, pero también de sectores disidentes de las comunidades indígenas, de las formas punitivas tradicionales indígenas. Estas presiones internas y externas sobre la autonomía y legitimidad de la jurisdicción indígena han dado como resultado la prisión intercultural, bien sea bajo la forma de la prisión estatal étnicamente diferenciada o de las cárceles indígenas ubicadas en los territorios ancestrales.

## Referencias

- Ardila, Edgar. "Pluralismo Jurídico: Apuntes para el debate". *El otro derecho* 26, n.º 27 (2002): 49-61.
- Ariza, Libardo José. *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.
- Ariza, Libardo José. "Legal indigeneity: Knowledge, legal discourse and the construction of indigenous identity in Colombia". *Identities* 27, n.º 5 (2018): 403-422.
- Ariza, Libardo José. "Malicia indígena: El reconocimiento y la desconfianza en la puesta en marcha del régimen multicultural en Colombia". *Revista de Derecho Público - Universidad de los Andes* 31, n.º 1 (2013): 1-28.
- Ariza, Libardo José y Rolando Zambrano. "Cárcel kapuría: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia". *Revista de Derecho de la Universidad de Palermo* 13, n.º 1 (2013): 161-186.
- Ávila, Ramiro Santamaría. "¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Santos Boaventura y Grijalva Agustín, 279-304. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.
- Bocarejo, Diana. "Dos paradojas del multiculturalismo colombiano: la espacialización de la diferencia indígena y su aislamiento político". *Revista Colombiana de Antropología* 47, n.º 2 (2011): 97-112.
- Bonilla, Daniel. *La Constitución multicultural*. Bogotá: Uniandes, 2006.
- Botero, Catalina. *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: Anthropos, 2003.

- Canessa, Andrew. "Who is Indigenous?: Self-Identification, Indigeneity, and Claims to Justice in Contemporary Bolivia". *Urban Anthropology and Studies of Cultural Systems and World Economic Development* 36, n.º 3 (2007): 195-237.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 28 de mayo del 2014, SP6759-2014, Rad. 38242, 2014. M. P. María del Rosario González Muñoz.
- Cunin, Elisabeth. "Multiculturalism: From the Right to be Different to the Ethnic Exclusion. A case study of Cartagena (Colombia)". *Beyond Law* 8, n.º 24 (2001): 63-83.
- Cunneen, Chris. "Racism, Discrimination and the Over-Representation of Indigenous People in the Criminal Justice System: Some Conceptual and Explanatory Issues". *Current Issues in Criminal Justice* 17, n.º 3 (2006): 329-346.
- Dandler, Jorge. "Hacia un orden jurídico de la diversidad". *Crítica Jurídica* 14, n.º 1 (1994): 33-42.
- De la Cadena, Marisol. "Are 'Mestizos' Hybrids?: The Conceptual Politics of Andean Identities". *Journal of Latin American Studies* 37, n.º 2 (2005): 259-284.
- Díaz, Héctor. "Derechos indígenas y autonomía". *Crítica Jurídica* 1 (1992): 31-58.
- Edney, Richard. "Indigenous punishment in Australia: A jurisprudence of pain?". *International Journal the Sociology of Law* 30, n.º 2 (2002): 219-234.
- Ferrajoli, Luigi. "Two hundred and fifty years since the publication of *On Crimes and Punishments*: The currency of Cesare Beccaria's thought". *Punishment and Society* 16, n.º 5 (2014): 501-519.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*. México: Siglo XXI Editores, 1995.
- Garland, David. "Sociological Perspectives on Punishment". *Crime and Justice* 14 (1991): 115-165.
- Grey Postero, Nancy y León Zamosc. *The Struggle for Indigenous Rights in Latin America*. Sussex: Brighton, 2004.
- Grijalva, Agustín. "Del presente se inventa el futuro: Justicias indígenas y Estado en Ecuador". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Santos Boaventura y Agustín Grijalva, 51-78. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.
- Hogg, Russel. "Penalty and modes of regulating indigenous peoples in Australia". *Punishment and Society* 3, n.º 3 (2001): 355-379.
- Inpec. Caracterización de la población reclusa indígena y afrocolombiana a cargo del Inpec, 2016. [http://www.inpec.gov.co/documents/20143/362594/Estudio+Afrodescendientes+e+Indigenas\\_0.pdf/fdf164db-4f07-a741-ba52-1a5bfc58b8bf?download=true](http://www.inpec.gov.co/documents/20143/362594/Estudio+Afrodescendientes+e+Indigenas_0.pdf/fdf164db-4f07-a741-ba52-1a5bfc58b8bf?download=true).
- Lemaitre, Julieta. *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.
- Medina, Santiago, Marcela Gutiérrez y Lina Forero. *Situación de indígenas privados de la libertad en establecimientos carcelarios: Propuestas para un pluralismo igualitario*. Bogotá: Ministerio de Justicia, 2017.
- Miller, Bruce G. y Gustavo Menezes. "Anthropological Experts and the Legal System: Brazil and Canada". *American Indian Quarterly* 39, n.º 4 (2015): 391-430.
- Nichols, Robert. "The Colonialism of Incarceration". *Radical Philosophy Review* 17, n.º 2 (2014): 435-455.
- Peña Jumpa, Antonio. *Poder judicial comunal aymara en el sur andino*. Bogotá: ILSA, 2004.

- Pratt, John y Michele Miao. "Penal Populism: The End of Reason". *The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research* 9, n.º 13 (2017): 71-105.
- Rappaport, Joanne. *Intercultural Utopias: Public Intellectuals, Cultural Experimentation, and Ethnic Pluralism in Colombia*. Durham: Duke University Press, 2005.
- Sánchez, Beatriz. "El reto del multiculturalismo jurídico: La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena". En *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, editado por Boaventura Santos y Mauricio García, 5-142. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001.
- Sánchez Botero, Esther. "'Melicio Cayapu Dagua está preso, mi sargento': Estado de normas, estado de rupturas". En *Antropología jurídica: Normas formales, costumbres legales en Colombia*, editado por Esther Sánchez Botero, 10-20. Bogotá: Sociedad Antropológica de Colombia y Comité Internacional para el Desarrollo de los Pueblos, 1992.
- Santos, Boaventura. "Cuando los excluidos tienen Derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad". En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, editado por Boaventura Santos y Agustín Grijalva, 13-50. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.
- Santos, Boaventura. "Law a Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law". *Journal of Law and Society* 14, n.º 3 (1987): 279-302.
- Sieder, Rachel y Ana Barrera. "Women and Legal Pluralism: Lessons from Indigenous Governance Systems in the Andes". *Journal of Latin American Studies* 49, n.º 3 (2017): 633-658.
- Tamayo Arboleda, Fernando León y Juan Oberto Sotomayor. "¿Penas sin humillaciones?: Límites al derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana". *Opinión Jurídica* 17, n.º 33 (2008): 19-41.
- Tovar-Restrepo, Marcela y Clara Irazábal. "Indigenous Women and Violence in Colombia: Agency, Autonomy, and Territoriality". *Latin American Perspectives* 41, n.º 1 (2014): 39-58.
- Valencia, María. "Justicia embera, identidad y cambio cultural". *El otro derecho* 26, n.º 27 (2001): 114-134.
- Van Cott, Donna. "A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia". *Journal of Latin American Studies* 32, n.º 1 (2000b): 207-234.
- Van Cott, Donna. *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000a.
- Warren, Kay y Jean Jackson. *Indigenous movements, self-representation and State in Latin America*. Austin: University of Texas Press, 2002.
- Yrigoyen, Raquel. "Judicial Treatment of Cultural Diversity and the Special Jurisdiction in Perú". *Beyond Law* 7, n.º 23 (2001): 32-49.
- Zardo, María. "Gender Equality and Indigenous Peoples' Right to Self-Determination and Culture". *American University International Law Review* 28, n.º 4 (2013): 1053-1090.

# **El inframundo del estado de cosas inconstitucional**

**Una reflexión sobre los márgenes  
del control constitucional a partir del  
caso de los centros de reclusión  
transitoria en Medellín<sup>\*,\*\*</sup>**

Diana Patricia Arias Holguín  
Susana Escobar Vélez

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.625>.

\*\* Estas reflexiones se derivan del proyecto de investigación "El principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las normas que regulan la imposición e individualización de la pena en el ordenamiento colombiano", financiado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia, en la convocatoria de proyectos de menor cuantía para el año 2009, y cuya investigadora principal es Diana Patricia Arias Holguín; y del proyecto "Corrupción, democracia y sistema penal. Problemas de atribución de la responsabilidad penal en los delitos asociados a la corrupción pública y privada", financiado por la Universidad EAFIT, Código 956-000008, cuyo investigador principal es Juan Oberto Sotomayor Acosta.

## Introducción

Las líneas que expondremos aquí se ocuparán de describir la situación de los derechos humanos y fundamentales de las personas privadas de libertad en los centros de reclusión transitoria de la ciudad de Medellín, así como algunos de los aspectos del control constitucional que deben ser tenidos en cuenta para valorar dicha situación. La reclusión permanente de las personas detenidas preventivamente (en adelante, procesados), y, en menor medida, condenadas, es una de las consecuencias de la aplicación de la regla de equilibrio decreciente<sup>1</sup> diseñada por la Corte Constitucional colombiana (ccc) en la Sentencia T-388 del 2013, confirmada en la Sentencia T-762 del 2015, y complementada o valorada en los posteriores autos 121 del 2018 y 110 del 2019, de seguimiento al estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario.

Los datos cuantitativos y cualitativos que hemos obtenido nos permitirán concluir que en los centros de reclusión transitoria de Medellín se están profiriendo tratos crueles, inhumanos y degradantes. Por esto, antes de anunciar el orden de nuestra exposición, es importante precisar que consideramos, con Sotomayor y Tamayo, que “aun cuando la prisión como pena [...] pueda en abstracto considerarse constitucionalmente permitida pese al alto grado de aflicción que conlleva, podría de todas maneras en un caso concreto configurar un trato cruel, inhumano o degradante, si las condiciones de su cumplimiento efectivo no satisfacen las exigencias mínimas de respeto a los derechos fundamentales de las personas privadas de la

I Según esta regla “sólo se podrá autorizar el ingreso de personas al centro de reclusión si y sólo si (i) el número de personas que ingresan es igual o menor al número de personas que salgan del establecimiento de reclusión, durante la semana anterior; por la razón que sea (por ejemplo, a causa de un traslado o por obtener la libertad), y (ii) el número de personas del establecimiento ha ido disminuyendo constantemente, de acuerdo con las expectativas y las proyecciones esperadas”. Corte Constitucional, Sentencia T-388 del 2013, M. P. María Victoria Calle Correa.

*libertad*” (énfasis añadido)<sup>2</sup>, contrariando así la prohibición constitucional del artículo 12 y los estándares constitucionales establecidos por la CCC, que se encaminan a evaluar el respeto por la dignidad humana de los reclusos, a partir de la existencia o no de condiciones mínimas materiales para *vivir bien y vivir libre de humillaciones*, y que se concretan en (1) resocialización, (2) infraestructura carcelaria, (3) alimentación, (4) derecho a la salud, (5) garantía de servicios públicos, y (6) acceso a la administración de justicia<sup>3</sup>.

En las líneas siguientes, en primer lugar, se describirán brevemente los aspectos de las decisiones constitucionales concernientes a la regla de equilibrio decreciente; en segundo lugar, se describirá el estado de cosas inconstitucional en estos lugares, y para esto nos valdremos, principalmente, de las cifras reportadas por la Policía Nacional y la Personería de Medellín; en tercer lugar, se volverá sobre el control constitucional que ha tocado directamente con esta situación, el Auto 110 del 2019, y la sentencia de la csj STP14283-2019 - rad. n.º 104983 (en adelante, Sentencia csj del 2019), que específicamente, en sede de tutela, se pronunció sobre esta problemática; y, por último, se expondrán algunas conclusiones.

## **El nuevo o viejo estado de cosas inconstitucional no da un derecho subjetivo a ser excarcelado**

El contexto de descubrimiento constitucional, que explica la destinación de centros de reclusión transitoria para el encarcelamiento masivo de personas durante periodos prolongados, está integrado por las tres sentencias más importantes en materia de estado de cosas inconstitucional en las instituciones carcelarias del país, estas son la T-153 de 1998, la T-388 del 2013 y la T-762 del 2015.

Tales decisiones marcan modelos de intervención con importantes diferencias y coincidencias, como ha sido analizado por Ariza y Torres<sup>4</sup>. Los autores señalan que, en el periodo de 1991 a 1998, la jurisprudencia constitucional sobre la materia penitenciaria se caracteriza por dar prioridad al discurso del orden y buen gobierno penitenciario. Esto se logra a través de la declaración de la relación de especial sujeción que, entre otras cosas, otorga un poder casi absoluto a las instituciones penitenciarias sobre los prisioneros y conlleva el reconocimiento de la prisión como

2 Juan Oberto Sotomayor Acosta y Fernando León Tamayo Arboleda, “Dignidad humana y derecho penal: Una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1.º del Código Penal colombiano”, *Revista de Derecho*, n.º 48 (2017): 44.

3 Según el Auto 121 del 2018, en el que se establecen las condiciones mínimas de subsistencia digna y humana en los centros de reclusión.

4 Libardo José Ariza y Mario Andrés Torres, “Constitución y cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia”, *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 633 y ss.

institución de control total<sup>5</sup>. También explican que, con la Sentencia T-153 de 1998, la Corte asume una postura estructural y entiende que el problema carcelario se resuelve con la ampliación de cupos<sup>6</sup>, dejando de lado decisiones que intervengan de fondo el sufrimiento de las personas que se encuentran reclusas al momento de su intervención<sup>7</sup>. La decisión fue eficaz en el sentido de que hizo variar los índices de hacinamiento<sup>8</sup>, y, por ello, se declara superado el estado de cosas inconstitucional; sin embargo, como también explican estos autores<sup>9</sup>, la situación de los reclusos en las prisiones colombianas era aún peor que aquella que dio pie a la primera declaratoria. Esta es la razón por la cual se declara un nuevo estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas en la Sentencia T-388 del 2013.

La sentencia del 2013 y la posterior T-762 del 2015 se caracterizan, según los autores, porque realizan un “giro hacia un esquema de intervención basado fundamentalmente en la estabilización del sistema, la creación de un sistema de indicadores y la organización de un complejo esquema de seguimiento al cumplimiento de las órdenes”<sup>10</sup>. El Auto de seguimiento 110 del 2019 mantiene intacto el precedente constitucional y, con esto, implícitamente declara que, antes de proceder a la excarcelación de los sufrientes, se debe pagar el precio de infligir el dolor penal con suma crueldad. A su vez, esto modula la prohibición constitucional del artículo 12 y, en el caso de los procesados, desconoce también los artículos

- 5 Al respecto, la criminología crítica caracteriza este rasgo como uno que acompaña a la prisión concebida como una institución que nace con la modernidad. Véase, por todos, Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al derecho penal* (Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, 2004), 165 y ss.
- 6 Los autores denominan este proceder como una tendencia a la expansión penitenciaria con un énfasis en la función incapacitadora de la pena. Además, exponen que “para cumplir las órdenes de la Sentencia T-153 de 1998, el Gobierno nacional expidió el Conpes 3086 del 2000, que planificó la construcción de once cárceles nuevas, las cuales lograron una reducción del hacinamiento hasta llegar al 17,2 % en el 2007. Sin embargo, en el largo plazo esta estrategia de la Corte resultó ampliamente insuficiente para solucionar la crisis penitenciaria. Durante el periodo entre 1993 y el año 2014, el sistema aumentó sus cupos en un 173,39 %, mientras que la población privada de la libertad ‘creció en una proporción muy superior a la de cupos habilitados, en un aumento del 315,39 %’ (Conpes 3086, 19). Este esfuerzo de ampliación del sistema supuso una inversión total de 3.347.727 millones de pesos, equivalentes al 91,09 % del presupuesto asignado al sector”. Véase Ariza y Torres, “Constitución y cárcel”, 643.
- 7 Libardo José Ariza, “Reformando el infierno: Los tribunales y la transformación del campo penitenciario en América Latina”, en *Los muros de la infamia: Prisiones en Colombia y en América Latina* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011), 52 y ss.
- 8 En efecto, en la Sentencia T-388 del 2013 (considerando 4.4.1), la Corte Constitucional señaló que “en 1998 la tasa [de hacinamiento] estaba cerca de un 40 %, según las distintas mediciones. Luego, para comienzos del año 2002, la tasa de hacinamiento disminuyó por debajo del 20 %. Sin embargo, para el año 2005, según datos del Inpec y del Departamento Nacional de Planeación, la tasa se incrementó nuevamente a topes cercanos al 35 %. Para el 2006 y 2007, la tasa de hacinamiento disminuyó nuevamente cerca de un 17 % para, finalmente, elevarse en el 2008 a más del 25 %, en el 2009 a más del 35 % y en el 2010 por encima del 41 %, según las propias cifras del Inpec”.
- 9 Ariza y Torres, “Constitución y cárcel”, 645.
- 10 *Ibid.*, 634.

28 y 29 de la Constitución, que establecen las condiciones del debido proceso, como mencionaremos más adelante.

En este punto nos detendremos en la Sentencia T-388 del 2013, haciendo un inventario de lo que la ccc dio por probado:

1. La ejecución carcelaria en Colombia se realiza en condiciones de extrema indignidad, hasta el punto de que hay amenazas serias y reales a la vida de las personas. No obstante, los criterios distributivos con los que se profiere el sufrimiento son desiguales. Tales condiciones también afectan los derechos de los funcionarios del Inpec.
2. La mayoría de sufrientes en nuestras cárceles, antes de ser encerrados, fueron marginados de los modos de apropiación económica y de participación social que provee nuestro sistema, y la prisión agravó estas condiciones de marginalidad.
3. La ejecución carcelaria en Colombia es altamente desocializadora.
4. La política criminal en Colombia privilegia la pena de prisión y la detención preventiva. Se reduce la política criminal a la política penal, dejando de lado la política social.
5. La solución al estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas no estriba exclusivamente en la construcción de más establecimientos o en la ampliación de cupos carcelarios.

La ccc también profiere diversas órdenes dirigidas a afrontar tal situación, pero bajo el presupuesto de que una decisión de cierre de estas instituciones carcelarias debe ser excepcional. En este sentido, dice textualmente:

La Sala considera que la primera solución se puede dar (cierre definitivo), pero sólo en un caso excepcional, extremo y evidente, en el cual se sepa que la única solución posible es esa; que no existe otro camino. Piénsese, por ejemplo, en un establecimiento carcelario que amenaza ruina *y que, se sabe, en cuestión de días se derrumbará*, poniendo en claro riesgo la vida y la integridad personal de quienes se encuentren allí (bien sean sindicados, condenados, funcionarios o simplemente visitantes). La segunda solución (cierre parcial) es igualmente extrema, pero debe ser adoptada, siempre y cuando no se cierre por completo la opción de autorizar el ingreso de nuevas personas. (énfasis añadido)

Ahora bien, como exponen Ariza y Torres<sup>11</sup> respecto a la protección de los derechos fundamentales de las personas reclusas en Colombia, la

11 *Ibid.*, 648 y ss.

ccc ha adoptado, en la Sentencia T- 388 del 2013, la decisión de que su protección se verifique de manera progresiva. En este sentido, defiende la idea de que el estado de cosas inconstitucional no da un *derecho subjetivo a la excarcelación*<sup>12</sup>, sin que, en todo caso, niegue completamente que tal posibilidad pueda darse en el caso concreto. Por tanto, la pregunta relativa a por qué es constitucional mantener reclusas a las personas en esas condiciones tendría como respuesta que una decisión de excarcelación superaría los márgenes del control constitucional a las decisiones del Legislativo y del Ejecutivo; además, porque la excarcelación “supondría a la vez un amplio sacrificio de los derechos de las víctimas de los actos criminales de los cuales se les sindicó o por los cuales fueron condenados” (Corte Constitucional, Sentencia T-388 del 2013).

En la misma línea, la Sentencia T-762 del 2015 mantiene los márgenes del control constitucional en la gestión y en la estabilización del sistema<sup>13</sup>, añadiendo la configuración de mecanismos de seguimiento para efectuar un control constitucional a los progresos en la superación del estado de cosas inconstitucional. Asimismo, junto con el Auto 12 del 2018, desarrolla de un modo concreto los mínimos constitucionales para garantizar una vida en prisión libre de humillaciones. Establecen varios puntos frente a los que las instituciones involucradas deben responder con medidas que se evalúan en términos de progresividad, y una batería de indicadores respecto a los cuales deben presentarse informes periódicos ante la ccc. Sin embargo, coincidimos con Ariza y Torres<sup>14</sup> en afirmar que este robusto modelo de seguimiento constitucional no ha mejorado las condiciones existentes en nuestras prisiones.

Las dificultades para lograr un control constitucional efectivo que evite o disminuya la crueldad en los establecimientos de reclusión en Colombia se pueden advertir en el *Sexto informe semestral del Gobierno nacional al estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario de 2019*, que se refiere, entre otras cosas, al indicador de separación entre procesados y condenados, que es el “% de personas privadas de la libertad intramural en calidad de sindicadas reclusas en un lugar aislado de las personas condenadas”. Si bien es muy importante, a los efectos del seguimiento al estado de cosas inconstitucional, conocer el número de personas procesadas con relación a las condenadas y, además, conocer si estos grupos de personas privadas de la libertad se encuentran separados, esto no es suficiente para verificar las condiciones de efectividad del logro del objetivo: “dar un tratamiento adecuado desde la

12 Ariza y Torres, “Constitución y cárcel”, 49; y Ariza, “Reformando el infierno”, 61 y ss.

13 Ariza y Torres, “Constitución y cárcel”, 634. Una reseña crítica de esta sentencia puede encontrarse en Escobar y Medina, “Sentencia de la Corte Constitucional T-762 de 2015”, 244-251.

14 Ariza y Torres, “Constitución y cárcel”, 649 y ss.

perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a las personas privadas de la libertad preventivamente”<sup>15</sup>.

Por otra parte, la estabilización del hacinamiento en el año 2017 en un 48 % a nivel nacional, según información del Inpec<sup>16</sup>, se explica porque los datos de las personas que habitan los lugares transitorios de detención no se reflejan en las estadísticas del Inpec, dado que esta población estaría a cargo de la Policía Nacional. Por ejemplo, en Medellín, el mantenimiento de los procesados por periodos prolongados en los centros de reclusión transitoria se ha producido por la negativa del COPEL Pedregal y el EPMSC Bellavista de recibirlos, amparados en la aplicación de la regla de equilibrio decreciente. Como se verá, esto ha generado el traslado de las condiciones del estado de cosas inconstitucional de las prisiones a estos lugares; condiciones que, además, se ven agravadas porque allí se carece de infraestructura y de personal suficiente y preparado para el cumplimiento de las funciones implicadas en la privación de la libertad, y también porque esta situación terminó fuera del control constitucional de la Corte y, peor aún, por sus condiciones por fuera del Estado de derecho. Esta es justamente la razón por la que aquí hemos denominado a estos lugares como el “inframundo del estado de cosas inconstitucional”.

La dramática situación de las personas privadas de la libertad en los centros de reclusión transitoria de Medellín y su área metropolitana suscitó varios procesos de tutela, en cuyos fallos se ordenó al Inpec recibir a las personas allí reclusas en condiciones de extrema crueldad. Tales decisiones provocaron que la directora de la Regional Noroeste del Inpec le pidiera, en octubre del 2018, a la Sala Especial de Seguimiento de la Corte Constitucional que se pronunciara sobre la aplicación de la regla de equilibrio decreciente. La directora planteó, además preocupación por el hecho de que “con el estado de hacinamiento de los ERON a nivel nacional, nos continúen ordenando bajo fallo de tutela el recibo de internos...” (Auto 110 del 2019)<sup>17</sup>.

Tal situación fue objeto de análisis en el auto recién referenciado y, en este, la Sala Especial de Seguimiento responde negativamente respecto a su competencia para restringir o modificar la regla de equilibrio decreciente, entre otras cosas porque la decisión que la creó hizo tránsito a cosa juzgada. No obstante, sí se declara competente para pronunciarse sobre

15 El Semillero de Estudios Dogmáticos y Sistema Penal de la Universidad de Antioquia intervino ante la Corte Constitucional con referencia a este informe; allí se expuso que se percibe en el indicador una tendencia a la captura de información más que al registro de acciones para incidir en la superación del estado de cosas inconstitucional. Lo anterior se puede ver bien ejemplificado si se repara en la situación de los centros de reclusión transitoria de Medellín y su área metropolitana, donde primordialmente se encuentran procesados. Véanse los gráficos 3 y 4.

16 Ariza y Torres, “Constitución y cárcel”, 650 y ss.

17 “En ese sentido, informó que sobre 59 de los 135 ERON, recae alguna sentencia que ordena algún tipo de cierre, ya sea por aplicación de la regla de equilibrio decreciente, que en la práctica implica un cierre parcial, o por el cierre definitivo del centro de reclusión” (Auto 110 del 2019).

sus efectos. En esta línea plantea que no hay impedimento para que el juez constitucional pondere la aplicación de la regla de equilibrio decreciente ante la posible vulneración de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Tal ponderación supondrá la aplicación del test de proporcionalidad. Esto se explica en el siguiente fragmento:

[...] esta Sala reconoce la complejidad del escenario que deben enfrentar las autoridades penitenciarias y carcelarias cuando sobre ellas recaen decisiones judiciales contrapuestas que, por una parte, ordenan la aplicación de la regla de equilibrio decreciente en determinado establecimiento y, por otra parte, ordenan recibir en ese establecimiento a personas detenidas en los centros de reclusión transitoria. En tal circunstancia, por tanto, no es esta Sala Especial, sino el juez de instancia que ordenó la aplicación de la regla de equilibrio decreciente, quien, ante la evidencia empírica que sustente la necesidad de revisar tal decisión, puede evaluar la continuidad de esa medida a partir del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. (Auto 110 del 2019)

Además, señala que los esfuerzos del Gobierno nacional deben implicar acciones contingentes para responder a los riesgos inminentes frente a los derechos fundamentales y, simultáneamente, la activación de medidas para implementar políticas públicas que atiendan al problema estructural del sistema carcelario del país. En una línea similar a la salud y al desplazamiento forzado, se ordena la implementación de un sistema de priorización y de intervención en las cárceles del país en los términos de progresividad en la protección de los derechos fundamentales, en la misma tendencia del precedente constitucional en materia carcelaria.

Una lectura del Auto 110 del 2019 desde la perspectiva de las personas privadas de la libertad en los centros de reclusión transitoria permite afirmar que la Corte, al mantener el control constitucional en los márgenes trazados en la Sentencia T-388 del 2013, deja fuera del foco de la discusión los derechos fundamentales de los allí recluidos, los cuales en su mayoría son procesados y son quienes están sufriendo el recrudecimiento del estado de cosas inconstitucional. Con esto también ratifica la idea de que tal situación no da un derecho subjetivo a ser excarcelado. Igualmente, el Auto 110 del 2019 es coherente con una deferencia escrupulosa al legislador penal y a las instituciones de naturaleza ejecutiva que administran el dolor penal en Colombia, a las cuales, entre otras cosas, se les exhorta en los términos de las decisiones judiciales precedentes: diseñar una política criminal racional porque hay abundante evidencia empírica de que una de las fuentes del estado de cosas inconstitucional en Colombia es que aquella es punitivista, desarticulada e irracional<sup>18</sup>. En este

18 Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, "Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano", junio del 2012, [https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL\\_FINAL23NOV.pdf](https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf), 26 y ss.

momento es oportuno ver en cifras la situación de los centros de reclusión transitoria de Medellín y su área metropolitana.

## **El inframundo del estado de cosas inconstitucional: habitando los centros de reclusión transitoria en Medellín**

El 3 de agosto del 2019, el brigadier general Eliécer Camacho Jiménez, comandante de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, dirigió al defensor del pueblo, regional Antioquia, un informe en el que señala que, a esa fecha, en las salas de reclusión temporal se encontraban 1798 personas privadas de la libertad en instalaciones que tienen capacidad para albergar a 225. Del total, 1572 se encontraban en calidad de procesadas y 226 en calidad de condenadas. También señalaba lo siguiente:

[...] hay 87 detenidos con domiciliaria las cuales han sido notificadas al Director Regional Noreste Inpec y que a la fecha se encuentran repesadas en las diferentes estaciones de policía a la espera de su recepción, todo esto para un nivel de sobrepoblación equivalente al 705 % de hacinamiento, capacidad que a la fecha ha llegado al límite, exponiendo nuestra institución y al personal de policía que custodia a las personas privadas de la libertad, en caso de presentarse una fuga masiva por el alto grado de hacinamiento, estas personas que comparten 731,5 m<sup>2</sup> de espacio a razón de 40 cm<sup>2</sup> para cada uno; cuarenta centímetros cuadrados donde cada uno de estos seres humanos tiene que vivir, alimentarse, dormir, descansar hacer deporte y las demás actividades vitales propias de la naturaleza humana por periodos en ocasiones superiores a un año *ante la negativa de los funcionarios del Inpec de recibirlos en sus centros penitenciarios y carcelarios amparados en la regla de equilibrio decreciente ordenada por la honorable Corte Constitucional; como puede observarse, al momento de ser emitido el fallo de Tutela-388/2013 ningún centro de reclusión del país presentaba tan alto nivel de hacinamiento*<sup>19</sup>. (énfasis añadido)

En el informe de la Policía del 2019 se da cuenta de los tratos crueles, inhumanos y degradantes que se están profiriendo en estos lugares de reclusión. El hacinamiento ha obligado a convivir a personas que padecen enfermedades infectocontagiosas, mentales y demás<sup>20</sup>. Son espacios donde

19 Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, "Informe sobre la situación de hacinamiento de las salas temporales de privación de la libertad", n.º S-2019, 3 de agosto del 2019.

20 El Grupo de Estudios Penales de la Universidad EAFIT elevó un derecho de petición a la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá para conocer la atención sanitaria en estos lugares. La Policía Nacional, en respuesta al derecho de petición n.º S-2019-076747, del 5 de abril del 2019, expone que esta es prácticamente nula porque las personas reclusas en estos lugares no ingresan al sistema penitenciario y carcelario.

los seres que allí habitan no pueden estar por mucho tiempo sentados o acostados. Dichas condiciones se viven de un modo más aflictivo para aquellos colectivos de especial protección. Asimismo, es imposible separar a las mujeres y a los hombres, todos viven la reclusión en el mismo lugar<sup>21</sup>. También relata el brigadier general Eliécer Camacho Jiménez que “[...] debido al alto hacinamiento en el que se encuentran las salas de privación de la libertad en las estaciones de policía de esta Metropolitana, se han presentado casos de riñas y sublevaciones entre los mismos internos, resultado (sic) lesionados y casos de muerte a raíz de esta crisis”<sup>22</sup>.

Observemos las cifras de ocupación en los centros de reclusión transitoria de Medellín y del área metropolitana en el segundo semestre del 2019 y en febrero, marzo y mayo del 2020<sup>[23]</sup>.

**TABLA 1.**  
**Capacidad de ocupación y número de personas reclusas en los centros de detención transitoria de Medellín**

| Estación | Capacidad | Ago. 2019 | Sep. 2019 | Nov. 2019 | Feb. 2020 | Mar. 2020 | May. 2020 |
|----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Aranjuez | 35        | 79        | 98        | 106       | 92        | 94        | 104       |
| Manrique | 18        | 60        | 75        | 62        | 44        | 52        | 62        |
| Popular  | 26        | 56        | 51        | 60        | 72        | 74        | 76        |
| Castilla | 21        | 105       | 114       | 104       | 107       | 106       | 111       |

(continúa)

21 Personería de Medellín, “Rompiendo la lotería y el azar: Situación de los grupos de especial protección en Medellín. Grupos Poblacionales”, 28, 2018. Sobre las condiciones de reclusión en las estaciones de Policía de Medellín véase también el informe presentado por el Grupo de Estudios Penales de la Universidad EAFIT a la Corte Constitucional, en respuesta al oficio OPT-A-911/2019 (<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/5821/4577>). A la fecha de la presentación de esta contribución, el proceso que dio origen al informe (rad. T6720290) se encuentra en etapa de suspensión de términos por unificación de jurisprudencia.

22 Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, “Informe sobre la situación de hacinamiento”. Justamente, en el mes de agosto del 2019, a raíz de una riña que se produjo por un pan murió un joven de 22 años natural de Acandí, Chocó, que se encontraba recluso por el delito de hurto calificado y agravado, siendo el objeto material del delito un celular y los perjuicios valorados en 50.000 pesos. Se le había concedido una detención domiciliar que no se hizo efectiva por un error en la dirección del domicilio. Al respecto véase Ana Cristina Restrepo, “El asesinato de Bill Clinton”, *El Colombiano*, 28 de agosto del 2019, [https:// www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/el-asesinato-de-bill-clinton-KN11496950](https://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/el-asesinato-de-bill-clinton-KN11496950)

23 Las tablas y los gráficos son de elaboración propia, con información extraída de los informes de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá (3 de agosto del 2019, 12 de noviembre del 2019, 5 de febrero del 2020, 24 de marzo del 2020 y 21 de mayo del 2020) y la Sentencia del 2019 de la CSJ. Para esta tarea se contó con la intervención del estudiante Juan Sebastián Álvarez Ríos, de la Universidad EAFIT. Los datos sobre la capacidad de ocupación de los centros de reclusión transitoria varían según la fuente. Así, la Policía Nacional declara que la estación La Candelaria puede albergar 100 personas, el informe de la Personería de Medellín, *Rompiendo la lotería y el azar*, 19, indica que tiene una capacidad para 40: “Sala de captura La Candelaria: Ubicada en la zona del sótano con un espacio distribuido en cuatro (4) celdas y un pasillo general, sin ventanas hacia el exterior [...]. Cada celda posee una medida individual de 8 x 3 metros, con un pasillo compartido del 2,70 x 22 metros y un espacio entre la entrada a las celdas con el pasillo de 2,70 x 3,50 metros [...]; el área es de veinticuatro (24) metros cuadrados por cada celda para un área total de 164,85 m<sup>2</sup> aproximadamente”.

| Estación        | Capacidad | Ago.<br>2019 | Sep.<br>2019 | Nov.<br>2019 | Feb.<br>2020 | Mar.<br>2020 | May.<br>2020 |
|-----------------|-----------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| Doce de Octubre | 20        | 59           | 53           | 48           | 50           | 57           | 62           |
| San Cristóbal   | 10        | 17           | 29           | 20           | 11           | 18           | 18           |
| Candelaria      | 100       | 451          | 507          | 427          | 262          | 279          | 294          |
| Buenos Aires    | 15        | 40           | 43           | 43           | 40           | 44           | 50           |
| Villahermosa    | 40        | 56           | 17           | 62           | 61           | 59           | 66           |
| Laureles        | 60        | 125          | 138          | 146          | 125          | 142          | 139          |
| San Javier      | 20        | 49           | 44           | 49           | 44           | 52           | 51           |
| Poblado         | 20        | 53           | 60           | 51           | 37           | 43           | 46           |
| Belén           | 60        | 111          | 134          | 141          | 136          | 145          | 156          |
| Altavista       | 10        | 23           | 25           | 27           | 22           | 27           | 26           |
| Sijin           | 80        | 163          | 174          | 226          | 272          | 78           | 76           |

Fuente: elaboración propia (véase la nota 23).

TABLA 2.

Capacidad de ocupación y número de personas reclusas en los centros de reclusión transitoria de otros municipios del Valle de Aburrá

| Estación   | Capacidad | Ago.<br>2019 | Nov.<br>2019 | Feb.<br>2020 | Mar.<br>2020 | May.<br>2020 |
|------------|-----------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| Bello      | 25        | 48           | 46           | 53           | 58           | 71           |
| Copacabana | 5         | 13           | 11           | 16           | 16           | 4            |
| Girardota  | 12        | 22           | 24           | 22           | 24           | 22           |
| Sub Gómez  | 60        | 139          | 151          | 136          | 150          | 152          |
| Sabaneta   | 20        | 32           | 32           | 34           | 44           | 47           |
| Caldas     | 30        | 41           | 38           | 42           | 45           | 45           |
| Envigado   | 25        | 50           | 44           | 36           | 39           | 39           |

Fuente: elaboración propia (véase la nota 23).

Las cifras que acabamos de presentar permiten inferir lo siguiente: (1) casi todos los centros de reclusión transitoria en Medellín y su área metropolitana han tenido durante los meses analizados un número de personas reclusas considerablemente superior a su capacidad; y (2) el mes de febrero presenta una variación en las cifras, así: en la ciudad de Medellín todas las estaciones, exceptuando la estación Popular y la Sijin, redujeron su nivel de población, aunque sin alcanzar los niveles esperados según los estándares constitucionales. Estas dos estaciones, por el contrario, aumentaron su porcentaje de ocupación. También en los lugares de reclusión fuera de Medellín se encontraron variaciones significativas en este mes, pues casi todos estos sitios aumentaron su población y el índice de

ocupación. En Copacabana, por ejemplo, en febrero ingresaron cinco personas más, pero debido a su capacidad tuvo un aumento significativo en el porcentaje de ocupación: del 220 % al 320 %. Dos estaciones redujeron su población, Sub Gómez y Girardota, pero, de nuevo, sin alcanzar niveles coherentes con el estándar constitucional definido para *vivir libre de humillaciones* en las prisiones colombianas.

En comparación con el mes de febrero, para el mes de mayo del 2020 todas las estaciones aumentaron su nivel de población, excepto la Sijin, que tuvo una disminución considerable. En cuanto a los lugares de reclusión fuera de Medellín todos aumentaron su población, a excepción de Copacabana, que la disminuyó de manera significativa, por debajo de la capacidad declarada, y Girardota, que volvió al número de personas privadas de la libertad del mes de febrero.

Veamos estos porcentajes en las siguientes tablas:

**TABLA 3.**

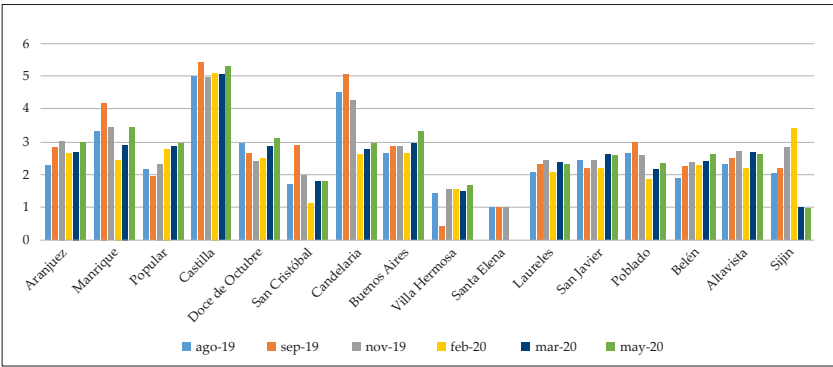
Porcentaje de ocupación en los centros de reclusión transitoria en Medellín

| <b>Estación</b> | <b>Ago.<br/>2019</b> | <b>Sep.<br/>2019</b> | <b>Nov.<br/>2019</b> | <b>Feb.<br/>2020</b> | <b>Mar.<br/>2020</b> | <b>May.<br/>2020</b> |
|-----------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|
| Aranjuez        | 226 %                | 280 %                | 303 %                | 263 %                | 269 %                | 297 %                |
| Manrique        | 333 %                | 417 %                | 344 %                | 244 %                | 289 %                | 344 %                |
| Popular         | 215 %                | 196 %                | 231 %                | 277 %                | 285 %                | 292 %                |
| Castilla        | 500 %                | 543 %                | 495 %                | 510 %                | 505 %                | 529 %                |
| Doce de Octubre | 295 %                | 265 %                | 240 %                | 250 %                | 285 %                | 310 %                |
| San Cristóbal   | 170 %                | 290 %                | 200 %                | 110 %                | 180 %                | 180 %                |
| Candelaria      | 451 %                | 507 %                | 427 %                | 262 %                | 279 %                | 294 %                |
| Buenos Aires    | 267 %                | 287 %                | 287 %                | 267 %                | 293 %                | 333 %                |
| Villahermosa    | 140 %                | 43 %                 | 155 %                | 153 %                | 148 %                | 165 %                |
| Santa Elena     | 100 %                | 100 %                | 100 %                | *                    | *                    | *                    |
| Laureles        | 208 %                | 230 %                | 243 %                | 208 %                | 237 %                | 232 %                |
| San Javier      | 245 %                | 220 %                | 245 %                | 220 %                | 260 %                | 255 %                |
| Poblado         | 265 %                | 300 %                | 255 %                | 185 %                | 215 %                | 230 %                |
| Belén           | 185 %                | 223 %                | 235 %                | 227 %                | 242 %                | 260 %                |
| Altavista       | 230 %                | 250 %                | 270 %                | 220 %                | 270 %                | 260 %                |
| Sijin           | 204 %                | 218 %                | 283 %                | 340 %                | 98 %                 | 95 %                 |

Fuente: elaboración propia (véase la nota 23).

GRÁFICO I.

Porcentaje de ocupación en las estaciones de policía de Medellín



Fuente: elaboración propia (véase la nota 23).

TABLA 4.

Porcentaje de ocupación en los centros de reclusión transitoria en otros municipios del Valle de Aburrá

| Estación   | Ago. 2019 | Nov. 2019 | Feb. 2020 | Mar. 2020 | May. 2020 |
|------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Bello      | 192 %     | 184 %     | 212 %     | 232 %     | 284 %     |
| Copacabana | 260 %     | 220 %     | 320 %     | 320 %     | 80 %      |
| Girardota  | 183 %     | 200 %     | 183 %     | 200 %     | 183 %     |
| Sub Gómez  | 232 %     | 252 %     | 227 %     | 250 %     | 253 %     |
| Sabaneta   | 160 %     | 160 %     | 170 %     | 220 %     | 235 %     |
| Caldas     | 137 %     | 127 %     | 140 %     | 150 %     | 150 %     |
| Envigado   | 200 %     | 176 %     | 144 %     | 156 %     | 156 %     |

Fuente: elaboración propia (véase la nota 23).

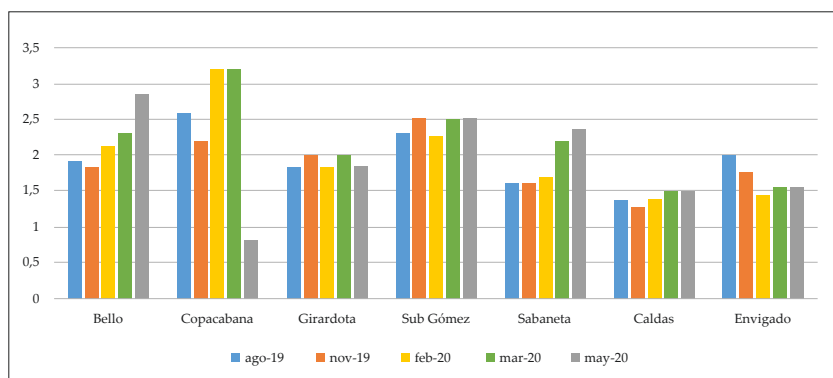
Si valoramos lo dicho hasta aquí desde la perspectiva de las personas privadas de la libertad en Colombia, en el periodo que va desde la primera declaración del estado de cosas inconstitucional hasta el mes de mayo del 2020, hemos de decir que en el siglo xx se vivía muy mal en las cárceles colombianas, pero en el siglo xxi se vive peor. Por lo tanto, el modelo de control constitucional que se ha implementado hasta ahora no ha logrado mitigar los efectos del estado de cosas inconstitucional en la vida de los detenidos. También se puede observar, en los gráficos que se presentarán más adelante, que los *procesados están sufriendo los peores dolores del encarcelamiento en Colombia*, sin que el control constitucional permita generar consecuencias significativas de su condición de presuntos inocentes.

Todo lo expuesto nos lleva a suponer que solo se logrará avanzar de modo relevante en la superación del estado de cosas inconstitucional si abrimos el debate en torno a los márgenes del control constitucional en

materia carcelaria. Urge preguntar si los jueces constitucionales, especialmente los de mayor jerarquía, pueden impartir órdenes sustantivas que impongan unos límites estrictos al encarcelamiento. Bajo esta pregunta es importante dedicar un apartado especial a una decisión de la Corte Suprema de Justicia (csj) que decide confirmar una sentencia del Tribunal Superior de Medellín, relativa a la suspensión de la regla de equilibrio decreciente para proteger los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en los centros de reclusión transitoria de esta ciudad.

## GRÁFICO 2.

Porcentaje de ocupación en las estaciones de policía de otros municipios del Valle de Aburrá



Fuente: elaboración propia (véase la nota 23).

## Cabalgando los márgenes del control constitucional: la ponderación de sufrimientos (Sentencia STP14283-2019 de la csj)

En el mes de octubre del 2019, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>24</sup>, a través de la Sentencia STP14283-2019<sup>[25]</sup>, se pronunció sobre las impugnaciones a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín del 29 de julio del 2019 que ordenó, conforme al Auto 110 del 2019, suspender temporalmente la aplicación de la regla del equilibrio decreciente y, por tanto, autorizar “el ingreso de las personas sindicadas que están detenidas en los Centros de Reclusión Transitorios de la localidad al EPC de Medellín-Bellavista y el COPEL Pedregal”. Dichos traslados se realizarían con un enfoque diferencial regido por los criterios de salud, discapacidad,

24 No es posible describir exhaustivamente los antecedentes de esta decisión, aunque el contexto de esta sentencia es justamente el descrito del periodo constitucional que va del 2013 hasta el 2019, con el Auto de seguimiento 110.

25 csj rad. n.º 104983, 15 de octubre del 2019, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

edad y tiempo de detención. Además, ordenó al Inpec “trasladar a las personas que cuentan con un cupo carcelario y a quienes se les concedió reclusión domiciliaria”, y tramitar cupos a nivel territorial y nacional para trasladar a los condenados que se encuentran en centros de reclusión transitoria. A la Alcaldía de Medellín, al área metropolitana y a la Gobernación de Antioquia (junto al Ministerio de Justicia, el Inpec y la USPEC) les ordenó que configuraran y presentaran un plan de creación de una cárcel metropolitana.

La CSJ, luego de fundamentar los motivos por los cuales era competente para conocer del asunto, empieza exponiendo que la razón para que los procesados no deban permanecer más de 36 horas en los centros de reclusión transitoria atañe a que las condiciones de estos lugares no garanticen los mínimos constitucionales requeridos para la protección de la dignidad humana e incluso la integridad personal. Respecto a las órdenes del tribunal que fueron impugnadas se pronuncia así: con relación a la suspensión de la regla de equilibrio decreciente aplica el test de proporcionalidad y declara que es una medida proporcionada. Así, considera que esta es idónea para la consecución del fin legítimo propuesto (proteger del hacinamiento a las personas privadas de la libertad en los centros de reclusión transitoria); necesaria, pues no hay una medida alternativa con mayor nivel de eficiencia y menor sacrificio de los bienes tutelados (aunque con el tiempo sea necesario tomar otras medidas para mitigar el daño); y es proporcional en sentido estricto atendiendo a un análisis de costo *vs.* beneficio<sup>26</sup>.

Respecto a los traslados de las personas privadas de la libertad de los centros de reclusión transitoria a los establecimientos carcelarios accionados tiene en cuenta que estos últimos también presentan un alto nivel de hacinamiento, y por eso limita estos traslados a dos grupos: “i) los que tienen cupo asignado [...] sin que hayan sido trasladados (para ello se establece el plazo de 48 horas a partir de la notificación de la sentencia), ii) quienes tienen sentencia condenatoria (término de 15 días para realizar estos traslados)”. Adicionalmente, se ordena el traslado de las personas detenidas preventivamente para otros establecimientos en La Estrella, Envigado y Barbosa, de acuerdo con su capacidad.

26 “Finalmente, el juicio de proporcionalidad se concretó con el examen de *proporcionalidad en sentido estricto* que se precisa en la ponderación entre los beneficios que se obtendrán con la suspensión de la *regla de equilibrio decreciente* y los costos que ello implicará para los derechos fundamentales de los internos en las cárceles COPED Pedregal y EPMSC Bellavista, quienes verán sacrificadas garantías que de alguna manera se habían recuperado con la implementación de la regla de equilibrio, pues obviamente la posibilidad del ingreso de otras personas a esos centros supondrá el aumento de sus tasas de hacinamiento. Por lo anterior, entiende la Sala que se hace inevitable en el caso concreto privilegiar la protección de los derechos fundamentales de los detenidos en centros transitorios y estaciones de policía, debiéndose suspender la *regla de equilibrio decreciente* que actualmente gravita sobre el Complejo Penitenciario y Carcelario de Medellín —COPED Pedregal— y del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Medellín —EPMSC Bellavista—, en los términos consignados en el fallo impugnado...”

Con referencia a los argumentos que se opusieron a la orden de construir una cárcel metropolitana, la Sala Penal afirma que es inaceptable que las autoridades ejecutivas de Antioquia y Medellín, “ante este desastre humanitario, se opongan a acatar el mandato judicial de cumplir con su deber con la urgencia que el caso lo amerita, bajo el argumento simple, ya contradicho, de que el juez de tutela no puede ordenar la realización de obras públicas, como si la ley de presupuesto fuera un obstáculo para impedir la vergüenza institucional que traduce la situación”. Por esto considera que la orden de construir una cárcel metropolitana no desborda las facultades del tribunal, aunque esto contradiga lo planteado en la Sentencia T-388 del 2013<sup>[27]</sup>. En todo caso, expresa que la construcción de más cárceles no debe promover el ingreso de más personas, sino mejorar las condiciones de quienes están reclusas.

La csj establece un conjunto de órdenes adicionales y aquí vale mencionar la que indica que una vez se traslade a las personas privadas de la libertad de los centros de reclusión transitoria, la Fiscalía, en conjunto con la Policía, *deben evitar al máximo* la detención de personas en estos lugares por más de 36 horas. Además, destaca que el Inpec tiene la obligación de recibir en custodia a las personas condenadas y procesadas; enfatiza que la decisión adoptada por los jueces de control de garantías relativa a imponer medidas de aseguramiento debe responder a un juicio riguroso de proporcionalidad. Asimismo, cuestiona el papel de la Sala Especial de Seguimiento porque no se evidencian cambios en la situación de las personas privadas de la libertad, y, por esto, le solicita que revise toda la actuación.

La decisión de la csj que acabamos de describir requerirá mayor análisis y, aunque aún es prematuro medir el impacto, y los datos relativos al seguimiento de las decisiones de esta sentencia son todavía escasos<sup>28</sup>,

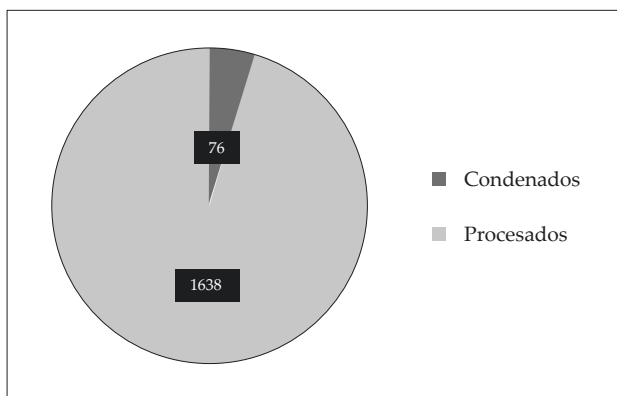
27 csj, Sentencia del 2019. “En principio el juez de tutela tiene vedado emitir órdenes complejas para realizar obras públicas, en tanto se debe procurar el mantenimiento y mejoramiento de las condiciones de vida de la población sujeto ello a ciertos parámetros y prioridades y supeditado a las posibilidades presupuestales y de cobertura disponible por las entidades públicas, por lo que la acción constitucional no procede para interferir en funciones del Ejecutivo cuando involucran la ejecución de recursos y construcción de obras públicas. Por ejemplo, como se recordó en la Sentencia T-388 del 2013, la Corte Constitucional revocó la orden de un juez de construir una cárcel en un determinado municipio, para superar los problemas estructurales de la cárcel existente, por considerar que se trataba de una invasión en competencias que no le están dadas a los jueces de tutela (T-296 de 1998)”.

28 De la respuesta al derecho de petición presentado a la Personería de Medellín (2020011841951RE, del 31 de marzo del 2020) se puede deducir que la mesa de trabajo que la csj ordenó conformar para verificar quincenalmente el cumplimiento de las órdenes previstas en la sentencia solo se reunió el 1.º de noviembre del 2019, sin que se conozcan conclusiones destacables. Lo que sí es significativo es lo que concluye el personero de Medellín en el informe de seguimiento presentado a la Corte Constitucional el 16 de diciembre del 2019: “La realidad entonces no cambia, los hacinados establecimientos, su inadecuada infraestructura, y, las ya más que decantadas y denunciadas condiciones inhumanas a las que están sometidos sus internos, parecen no tener límites. La inhumanidad es la regla y la dignidad se desconoce, cuando los recluyen para soportar esas degradantes condiciones de existencia y la inflexible violación a de (sic) sus derechos a la igualdad, la

sí se puede suponer que las órdenes cuyo cumplimiento se fijó en el corto plazo podrían haber surtido un efecto mayor en el grupo de los condenados. Veamos la evidencia gráfica:

### GRÁFICO 3.

Situación jurídica de los internos en centros de reclusión transitoria en Medellín para febrero del 2020



Fuente: elaboración propia (véase la nota 23).

Además, se podría pensar, si volvemos a las cifras de las tablas 3 y 4, que la variación del flujo de reclusos en estos lugares, en el mes de febrero, pudo responder a la decisión de la csj del 2019. Aunque, como también se expuso, en los meses de marzo y mayo de nuevo hay un incremento en los índices de personas privadas de la libertad<sup>29</sup>.

Ahora bien, a los efectos de una evaluación cualitativa de la decisión, empezaremos por pronunciarnos sobre los argumentos que llevaron a confirmar la decisión de suspender la regla de equilibrio decreciente para EPMSC Medellín Bellavista y COPED Pedregal. Así, los términos en los cuales parece haberse planteado el conflicto entre derechos, que es presupuesto para la aplicación del juicio de proporcionalidad, son, por una parte, los derechos fundamentales de las personas reclusas en los establecimientos carcelarios a cargo del Inpec y, por otra, los correspondientes a las personas privadas de la libertad en los centros de reclusión transitoria. Esto puede advertirse cuando —después de conocer las cifras reportadas por el director regional noreste del Inpec, que

salud, la integridad física, la resocialización, la unidad familiar, la visita íntima, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros".

29 Esto puede deberse, entre otros factores, a la orden de suspensión, por tres meses, de los traslados desde dichos centros a los establecimientos penitenciarios y carcelarios del orden nacional, como una de las medidas del Decreto 546 del 2020 (art. 27) para mitigar el riesgo de contagio por la covid-19.

señalan altos niveles de hacinamiento para ambos establecimientos— la csj afirma que

[...] la ocupación de los centros de reclusión transitoria supera ampliamente la de los establecimientos penitenciarios y carcelarios del Área Metropolitana del Valle de Aburrá, pues si bien en los dos el nivel de albergue se encuentra desbordado, la diferencia de los primeros en relación con los segundos, es absolutamente abismal, así como desigual, pues en aquellos no tienen la garantía de sus mínimos asegurables para satisfacer sus necesidades básicas. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2019)

El conflicto constitucional planteado por la csj acata el precedente constitucional que va desde la Sentencia T-388 del 2013 hasta el Auto 110 del 2019, en el sentido que, aun con abundante evidencia empírica de la crueldad con la que estamos tratando a las personas reclusas en Colombia, esto no es suficiente para proceder a la excarcelación. Asimismo, es coherente con una línea jurisprudencial que no distingue entre detenidos preventivamente y condenados. Una decisión de excarcelación frente a los condenados debería encontrar mayores obstáculos que una decisión de excarcelación de quienes aún no han sido condenados y que, por tanto, en virtud de los artículos 28 y 29 de la Constitución, deben ser tratados como inocentes: este diseño constitucional tomado en serio significa que un trato cruel a un presunto inocente puede provocar una situación de ilegitimidad de tal magnitud que amenace seriamente las posibilidades de que el Estado, ante la prueba de culpabilidad, pueda condenar.

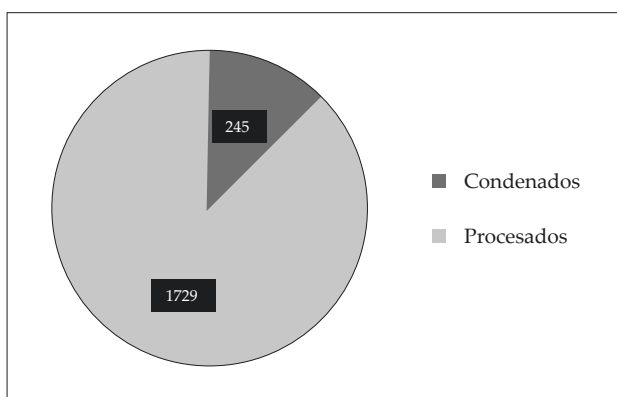
Si desde el 2013 se hubiesen impuesto cargas al Estado de recluir en lugares acordes con los estándares constitucionales para *vivir libre de humillaciones* so pena de tener que excarcelar, con criterios de priorización y con relación a los fines procesales que persiguen las medidas de aseguramiento en nuestro país, la aplicación de la regla de equilibrio decreciente y equilibrio estaría en condiciones de gestionar la población reclusa en Colombia, respetando las prohibiciones constitucionales.

La csj tuvo una oportunidad, como juez de tutela, de plantear el conflicto constitucional de un modo distinto y, ante la evidencia empírica de que había una abrumadora mayoría de presuntos inocentes reclusos en condiciones de indignidad, pudo reconocer que hay razones constitucionales fuertes que apoyan que los fines procesales de las medidas no pueden perseguirse empleando medios que provoquen tratos crueles, inhumanos y degradantes. O, incluso, pudo sostener que el conflicto constitucional que se presentaba estaba integrado, por una parte, por los derechos fundamentales de los detenidos preventivamente y, por otra, por los fines de las medidas de aseguramiento, que son de naturaleza procesal. En ese caso, cuando se evaluara la necesidad de la medida, sí podían encontrarse alternativas distintas a suspender la regla de equilibrio decreciente,

con los consabidos efectos en los establecimientos carcelarios a cargo del Inpec. Esta medida alternativa era, a nuestro juicio, la de imponer a los jueces de control de garantías el deber de evaluar las medidas de aseguramiento impuestas a los reclusos que habitaban estos lugares y respecto a los cuales se declararon competentes para proteger sus derechos, a fin de que, con criterios de priorización, se definieran los casos en los cuales debía mantenerse la reclusión y aquellos en los cuales se podía proceder a la excarcelación. Observemos el siguiente gráfico para advertir la eficacia de una decisión de esta envergadura en la superación del estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión transitoria de Medellín.

#### GRÁFICO 4.

Situación jurídica de los internos en centros de reclusión transitoria en Medellín para noviembre del 2019



Fuente: elaboración propia (véase la nota 23).

En todo caso, como se recordará, respecto a los detenidos preventivamente, la csj exhorta a la Fiscalía y a la Policía para que *eviten al máximo* la privación de libertad por más de 36 horas en los centros de reclusión transitoria. Sin embargo, el límite del control constitucional establecido en los precedentes, de no intervenir el estado de cosas inconstitucional en las cárceles y lugares de reclusión en Colombia, en una línea *pro libertate*, quedó intacto. Por el contrario, como se expuso, la csj se basó en las flagrantes vulneraciones de los derechos fundamentales de los reclusos para defender, contrariando el criterio establecido en la Sentencia T-388 del 2013, que una orden judicial de realizar obras públicas, como construir una cárcel, no desborda los límites constitucionales.

## **Conclusiones: revisando los márgenes del control constitucional para evitar infligir el dolor penal con crueldad (artículo 12 de la Constitución Política)**

El papel que ha cumplido la Corte Constitucional en la declaración del estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria y en su seguimiento es inestimable. Sin ambas acciones desconoceríamos la crueldad con la cual estamos infligiendo el dolor penal. El rol de los jueces de tutela también ha sido significativo en esta tarea. Sin embargo, se puede afirmar que no parece probable que vaya a superarse el estado de cosas inconstitucional mientras las órdenes y acciones constitucionales no impliquen en el plano concreto excarcelaciones y, en el futuro cercano, menos medidas preventivas restrictivas de la libertad, de las cuales se abusa en nuestro sistema judicial<sup>30</sup>. Esta es justamente la lección que queda al observar los efectos que produjo la aplicación de la *regla de equilibrio decreciente* en Antioquia.

La sentencia de la csj reconoció abiertamente que la situación que están viviendo los reclusos en Antioquia es insostenible. También empujó los márgenes del control constitucional al ordenar la construcción de obras públicas, aunque se mantuvo en el límite trazado por el precedente de no ordenar excarcelaciones masivas, quizás por esa deferencia a la libertad configurativa del legislador en materia penal, quizás porque finalmente nuestras cortes de cierre responden a una cultura que no encuentra alternativa a la punición y, por esto, en sus decisiones se exhorta a implementar programas de sensibilización ciudadana de cara al conocimiento de la vida carcelaria en Colombia y respecto a la problematización del prejuicio de que el único instrumento para afrontar la criminalidad es la prisión.

En una intervención realizada en el encuentro territorial de la ccc, el 1.º de abril del 2019 en la ciudad de Medellín, se mencionaron algunos aspectos que pueden ser tenidos en cuenta para iniciar un debate urgente en torno a los límites del control constitucional ante la comprobación de que las personas privadas de la libertad en Colombia sufren tratos crueles, inhumanos y degradantes. Vamos a dejarlos expuestos en las líneas que siguen<sup>31</sup>.

Hay una experiencia comparada en la que una corte de cierre abordó el debate en torno a la posibilidad que tienen los máximos tribunales de ordenar excarcelaciones o imponer un límite para los encarcelamientos

30 El abuso de la detención preventiva no es una situación exclusiva del país. Al respecto véase Sergio Chaparro y Catalina Pérez, *Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina* (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017), 65 y ss.

31 Diana Patricia Arias, "Habitando La Candelaria", Informe presentado en el Encuentro territorial de la Corte Constitucional colombiana, sobre la garantía del derecho a la salud y la situación penitenciaria y carcelaria en Antioquia, Universidad EAFIT, 1.º de abril del 2019, 6 y ss.

en el mediano y largo plazo, con base en el comprobado estado de cosas inconstitucional en las prisiones. Se trata del conocido fallo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos *Brown vs. Plata*<sup>32</sup>. En la decisión no hubo una orden específica de excarcelar, pero se impuso la obligación al estado de California de reducir su población penitenciaria, dejando completamente a su discreción el modo de hacerlo<sup>33</sup>.

Una de las muchas discusiones que ha generado la decisión norteamericana citada se refiere al tema de *los límites del control constitucional* ante la comprobación de que en la sociedad hay personas que sufren tratos crueles, inhumanos y degradantes, estando en una intensa relación de sujeción respecto al Estado<sup>34</sup>. A esto se suele oponer la seguridad pública como un bien que se vería sacrificado si se adoptan decisiones más eficaces para reducir la población carcelaria. En la discusión colombiana esa apelación al confinamiento en esas condiciones para mantener la seguridad pública puede ser puesta en entredicho si se parte por reconocer la abrumadora evidencia empírica de que nuestros sitios de

32 Corte Suprema de los Estados Unidos, "Syllabus *Brown vs. Plata*". William J. Newman y Charles L. Scott, "Brown vs. Plata: Prison Overcrowding in California", *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 40, n.º 4 (2012): 548, resumen el caso así: "Dos demandas judiciales federales abordaron presuntas violaciones constitucionales cometidas por el Departamento de Correcciones y Rehabilitación de California (CDCR). El primer caso, *Coleman vs. Schwarzenegger*, involucró a internos con enfermedades mentales graves. El segundo, *Plata vs. Schwarzenegger*, involucró a reclusos con afecciones médicas graves. El juez principal del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito formó un panel de tres jueces formado por los jueces de distrito de *Coleman* y *Plata* y un tercer juez del Noveno Circuito. El panel de tres jueces ordenó a California que redujera su población carcelaria a 137,5% de su capacidad, lo que requiere una reducción de la población estimada de 46.000 reclusos. El estado apeló la decisión ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. *Una pregunta importante en esta apelación fue si el panel de tres jueces tenía la autoridad bajo el PLRA para ordenar al estado de California que disminuya su población carcelaria*. La Corte Suprema, en una decisión de cinco a cuatro, confirmó la decisión del panel de tres jueces. El Tribunal sostuvo que el sistema penitenciario de California estaba cometiendo graves violaciones constitucionales que se debían principalmente al hacinamiento y confirmó la autoridad de ese panel para exigir una disminución de la población carcelaria de acuerdo con el PLRA. En su opinión mayoritaria, el juez Kennedy señaló: '*Después de años en el litigio, se hizo evidente que un remedio para las violaciones constitucionales no sería efectivo si no hubiera una reducción de la población del sistema penitenciario*'. (énfasis añadido)

33 "Suponiendo que no se produzcan infracciones constitucionales, algunas instalaciones pueden tener poblaciones que superen el límite del 137,5%, siempre que otras caigan lo suficientemente por debajo para que el sistema siga cumpliendo la orden". Más adelante: "Según la propia estimación de la corte de tres jueces, la reducción de población requerida podría ser de hasta 46.000 personas. Aunque el estado ha reducido la población en al menos 9000 personas durante la tramitación de esta apelación, esto significa que podría requerirse una reducción adicional de 37.000 personas. Como se observará, la reducción no necesita lograrse de manera indiscriminada o en estos números sustanciales, si es satisfactoria, se idean remedios alternativos o medios para el cumplimiento. El estado puede emplear medidas, incluidos créditos de buen tiempo y desvío de infractores de bajo riesgo y violadores técnicos de libertad condicional a programas comunitarios, que mitigarán el impacto de la orden".

34 Diego Rochow, "Afectaciones sistemáticas de derechos y control judicial carcelario: Elementos para una crítica de la ejecución penitenciaria en Chile" (memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2016, 111 y ss), <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/141772>; Newman y Scott, "Brown vs. Plata", 547 y ss; Diego Zysman, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos: Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 74 y ss.

reclusión ostentan una alta capacidad criminógena y desocializadora<sup>35</sup>. A eso debe añadirse que sufrir esos tratos crueles victimiza a los infractores, lo que impide el reconocimiento de la responsabilidad por los actos lesivos cometidos y daña seriamente las posibilidades de pacificación de nuestra sociedad.

La csj, en la decisión de los centros de reclusión transitoria de Medellín, empujó los márgenes constitucionales, como ya se planteó, pero en lo que tiene que ver con la disminución de la población reclusa, con las medidas de corto y mediano plazo, se puede prever que no se logrará un impacto significativo. Una de sus decisiones con proyección estructural fue la exhortación a la Fiscalía General de la Nación y a la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá para que *en lo posible no encarcelaran más* en los centros de reclusión transitoria de Medellín. La Corte Suprema de los Estados Unidos fue mucho más allá y ordenó reducir la población encarcelada hasta un límite que consideró compatible con la octava enmienda establecida en su Constitución.

La discusión sobre el límite admisible para infligir dolor penal que un Estado constitucional de derecho puede soportar es urgente en este país. Nosotros asumimos que las razones que llevan a que esta sociedad exprese en el artículo 12 constitucional que están prohibidos los tratos crueles, inhumanos y degradantes están vigentes. Si eso es así, estamos ante la misma situación que llevó a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos a proferir la orden de reducción de la población encarcelada en el estado de California y, en esa medida, también debemos asumir, con los debidos matices que impone la diferencia entre los ordenamientos jurídicos que estamos comparando, que

Los tribunales deben ser sensibles al interés del Estado en el castigo, la disuasión y la rehabilitación, así como la necesidad de deferencia a los administradores de prisiones experimentados y expertos que enfrentan la difícil y peligrosa tarea de albergar a un gran número de criminales condenados. Ver *Bell v. Wolfish*, 441 US 520, 547-548 (1979). No obstante, los tribunales no deben eludir su obligación de 'hacer cumplir los derechos constitucionales de todas las *personas*, incluidos los presos'. *Cruz v. Beto*, 405 U. S. 319, 321 (1972) (*por curiam*). Los tribunales no pueden permitir que continúen las violaciones constitucionales simplemente porque un remedio implicaría una intrusión en el ámbito de la administración penitenciaria<sup>36</sup>.

Una vez establecido ese límite, la Sentencia T-762 del 2015 ha recalado con mucha claridad un norte de actuación, que, de proyectarse en

35 Expresamente así lo declara la Sentencia T-388 del 2013.

36 Corte Suprema de los Estados Unidos, "*Syllabus Brown vs. Plata*".

decisiones concretas, podría mejorar los pronósticos futuros acerca de la vida en nuestras prisiones. La necesidad de entender el derecho penal como *ultima ratio*, la necesidad de restringir el uso de la detención preventiva, restricción que con seguridad aminoraría notoriamente el número de personas encarceladas, etc.<sup>37</sup>.

En el desarrollo de tal norte de actuación hay un lugar central para los operadores jurídicos que participan directamente en las decisiones que derivan en órdenes de recluir en estos lugares a los procesados y a los condenados. Esto significa que el reto cultural no solo debe enfocarse en los ciudadanos espectadores de las faenas prácticas del derecho penal, sino que debe involucrar a cada una de las instancias que participan en el proceso de criminalización secundaria. En este caso, la csj lo asume así en su decisión del 2019, al exhortar también a los jueces de control de garantías para que realicen un juicio intenso de proporcionalidad sobre las medidas de detención preventiva en centros carcelarios, porque, como se ha mostrado en las decisiones judiciales que se exponen aquí, y en los diversos informes y documentos académicos que se han citado, se verifica un abuso de la detención preventiva, que es también una de las causas de que *los peores dolores del encarcelamiento* los vivan los procesados.

Una reflexión central, y con la que se podría iniciar un debate por parte de los fiscales, los jueces penales, los defensores públicos y los procuradores, es preguntarse acerca del impacto que pueden tener sus decisiones en el contexto del estado de cosas inconstitucional en las prisiones. ¿Qué cargas argumentativas impone la decisión de recluir a las personas en lugares donde hay prueba de que se infligen tratos crueles, inhumanos y degradantes? Así, por ejemplo, el estándar constitucional con el cual se están evaluando las condiciones materiales en nuestras prisiones y demás sitios de reclusión, cuando se trata de personas que aún no han sido condenadas, debe considerar las afecciones que para el debido proceso comporta infligir tratos crueles, inhumanos y degradantes. Esto, por lo menos, debería jugar en el caso concreto como una razón en contra de la imposición de las medidas preventivas restrictivas de libertad, en el juicio de proporcionalidad que debe efectuarse sobre ellas. Además, está dentro de la competencia de nuestras cortes de cierre exhortar a los jueces a tal efecto.

Ahora bien, en una discusión amplia sobre las medidas a implementar para superar el estado de cosas inconstitucional se deben incluir a quienes ejercen la potestad disciplinaria sobre los jueces, fiscales y demás operadores jurídicos, y también a quienes diseñan los criterios con los cuales se evalúa su desempeño; estos últimos también tienen, con sus decisiones, la capacidad de impedir que ese norte de actuación de la Sentencia T-762 del

37 Arias, "Habitando La Candelaria", 8 y ss.

2015 permita, en un futuro, declarar que el estado de cosas inconstitucional se ha superado.

## Referencias

- Arias, Diana Patricia. "Habitando La Candelaria". Informe presentado en el Encuentro territorial de la Corte Constitucional colombiana, sobre la garantía del derecho a la salud y la situación penitenciaria y carcelaria en Antioquia, Universidad EAFIT, 1.º de abril del 2019.
- Ariza, Libardo José. "Reformando el infierno: Los tribunales y la transformación del campo penitenciario en América Latina". En *Los muros de la infamia: Prisiones en Colombia y en América Latina*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.
- Ariza, Libardo José y Mario Andrés Torres. "Constitución y cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia". *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 630-660.
- Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica al derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, 2004.
- Chaparro, Sergio y Catalina Pérez. *Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017.
- Comisión Asesora en Materia de Política Criminal. Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, junio del 2012. [https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL\\_FINAL23NOV.pdf](https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf)
- Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013 sobre la crisis del sistema penitenciario. iv Informe. Dejusticia, 2018. <https://www.dejusticia.org/litigation/politica-carcelaria-en-colombia-aun-es-insostenible-comision-de-seguimiento-a-cri-sis-del-sistema-penitenciario-y-carcelario-2/>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-153 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 28 de abril de 1998).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 del 2013 (M. P. María Victoria Calle Correa: 28 de junio del 2013).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-762 del 2015 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 16 de diciembre del 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Auto 110 del 2019 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 11 de marzo del 2019).
- Corte Suprema de los Estados Unidos. "Syllabus Brown, Governor of California, et al. v. Plata et al.". <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP14283-2019. Rad. 104983 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar: 15 de octubre del 2019).
- Escobar, Susana y Ricardo Medina. "Sentencia de la Corte Constitucional T-762 de 2015, de dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015), sobre estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia". *Revista Nuevo Foro Penal*, n.º 87 (2016): 244-251.
- Grupo de Estudios Penales de la Universidad EAFIT. Informe presentado a la Corte Constitucional, en respuesta al oficio OPT-A-911/2019. <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/5821/4577>.

- Newman, William J. y Charles L. Scott. "Brown v. Plata: Prison Overcrowding in California". *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online* December 40, n.º 4 (2012): 547-552.
- Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito. Abordando la crisis penitenciaria a nivel global: Estrategia 2015-2017.
- Personería de Medellín. "Rompiendo la lotería y el azar: Situación de los grupos de especial protección en Medellín. Grupos Poblacionales", 2018.
- Policía Metropolitana del Valle de Aburrá. "Informe sobre la situación de hacinamiento de las salas temporales de privación de la libertad", n.º S-2019, 3 de agosto del 2019.
- Restrepo, Ana Cristina. "El asesinato de Bill Clinton". *El Colombiano*, 28 de agosto del 2019. <https://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/el-asesinato-de-bill-clinton-KN11496950>
- Rochow, Diego. "Afectaciones sistemáticas de derechos y control judicial carcelario: Elementos para una crítica de la ejecución penitenciaria en Chile". Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2016. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/141772>.
- Semillero de Estudios Dogmáticos y Sistema Penal de la Universidad de Antioquia. Intervención ante la Corte Constitucional colombiana, responde al oficio número A-1241/2019 y se pronuncia sobre el Sexto informe semestral del Gobierno nacional al estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario. 2019.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto y Fernando León Tamayo Arboleda. "Dignidad humana y derecho penal: Una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1.º del Código Penal colombiano". *Revista de Derecho*, n.º 48 (2017): 21-53.
- Tribunal Superior de Medellín. Sala de Decisión Constitucional. Sentencia-radicado 05001220400020120001. Acta n.º 051. M. P. Pío Nicolás Jaramillo Marín (9 de mayo del 2019).
- Zysman, Diego. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos: Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

# **La prisión domiciliaria para las madres cabeza de familia en Colombia\***

Beatriz Eugenia Suárez López  
Juan Pablo Uribe Barrera

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.626>

## Introducción

Uno de los temas que más genera inquietudes cuando se aborda el estudio del derecho penal en Colombia es la situación de la muy numerosa población carcelaria. Esta inquietud no es gratuita, por supuesto, pues basta con observar alguno de los múltiples estudios que hacen evidentes las precarias condiciones de vida en los establecimientos penitenciarios y carcelarios de nuestro país para empezar a hacerse una idea de la gravedad del asunto<sup>1</sup>. Tal y como lo detallaremos más adelante, nuestra atención se ha centrado en un tipo particular de población: las mujeres y, más concretamente aún, las mujeres madres cabeza de familia. Como veremos, la doctrina se ha ocupado de la situación de las madres en prisión desde hace un buen tiempo, y si bien una buena parte de los diagnósticos y de las conclusiones generales a las que se ha llegado en estos estudios son ampliamente conocidos —y, hasta cierto punto, ya empiezan a parecer reiterativos—, lo cierto es que todavía

I El lector interesado en este tipo de estudios puede consultar, entre otros, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe anual 2018", <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.5CO-es.pdf>; Defensoría del Pueblo, "Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia", <https://www.defensoria.gov.co/attachment/76/An%C3%A1lisis%20sobre%20el%20actual%20hacinamiento%20carcelario%20y%20penitenciario%20en%20Colombia.pdf>; Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 del 2013, "Respuesta al informe semestral del Gobierno nacional al estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario julio de 2018", <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/08/4to-informe-CSS-T388-de-2013-julio-de-2018.pdf>; Organización de Estados Americanos, "Informe del uso de drogas en las Américas 2015", [http://www.cicad.oas.org/oid/pubs/UsoDrogasAmericas\\_SPA\\_web.pdf](http://www.cicad.oas.org/oid/pubs/UsoDrogasAmericas_SPA_web.pdf); Centro de Estudios Legales y Sociales, *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo* (Madrid: Siglo XXI Editores, 2011); Rodrigo Uprimny et al., *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: Una guía para la reforma de políticas en Colombia* (Bogotá: Dejusticia, Washington Office for Latin America y de Open Society Foundations, 2016). Así también estas sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia T-153 del 2013, 28 de abril del 2013, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-388 del 2013, 28 de junio del 2013, M. P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-762 del 2015, 16 de diciembre del 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

resultan necesarios múltiples esfuerzos que nos ayuden a establecer, desarrollar y articular las estrategias jurídicas que permitan encarar la preocupante situación que atraviesan estas madres y sus hijos<sup>2</sup>.

Así las cosas, nuestro principal objetivo en este artículo será, por una parte, poner en la mesa de debate, nuevamente, la insostenible situación de muchas —sino la mayoría— de las madres privadas de la libertad en Colombia y, por la otra, buscar vías por las que podamos avanzar para, si no solucionar la trágica situación de estas madres, al menos mejorarla. Lo que nos proponemos hacer, para concretar este doble objetivo principal, es lo siguiente: (1) en primer lugar enfocaremos toda nuestra atención en la trágica situación fáctica de las madres internas y en ese sentido interpretaremos y aplicaremos las normas que abren la posibilidad de otorgarles, al menos a muchas de estas madres, la prisión domiciliaria —posibilidad que se presenta al inicio del proceso penal como alternativa a la medida de aseguramiento intramural y, una vez que este proceso concluye con una sentencia condenatoria, como alternativa a la pena de prisión<sup>3</sup>—; (2) en segundo lugar determinaremos si el conjunto de premisas, presupuestos o intuiciones que sostienen y alientan la dominante, y aparentemente sensata, forma de interpretar y aplicar estas normas —interpretación que denominaremos, en adelante, *restrictiva*— puede resistir un examen crítico; y (3), finalmente, queremos aclarar si, tras haber realizado esta reflexión, podemos encontrar la inspiración necesaria para sugerir algunas alternativas al tratamiento jurídico que se les viene dando a estos complejos e importantes asuntos.

- 2 Algunos de los principales estudios son: Marcela Briceño-Donn, "Mujeres y prisión en Colombia: Análisis de una perspectiva de derechos humanos y de género" (Bogotá: Procuraduría Delegada en lo Preventivo para Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, Grupo de Asuntos Penitenciarios y Carcelarios, 2006); Centro de Estudios Legales y Sociales, *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo* (Madrid: Siglo XXI Editores, 2011); Noelia Igareda, "La maternidad de las mujeres presas", en *Género y dominación: Críticas feministas del derecho y el poder* (Barcelona: Anthropos, 2009); Lola Aniyar de Castro, "Las mujeres infractoras: Impacto y amplificación de los efectos de la pena", *Capítulo Criminológico*, n.º 30 (2002); Carmen Antony García, "Mujeres invisibles: Las cárceles femeninas en América Latina", *Nueva Sociedad*, n.º 208 (2007); Libardo José Ariza y Manuel Iturralde, "Una perspectiva general sobre mujeres y prisiones en América Latina y Colombia", *Derecho Público*, n.º 35 (2015); Paola Contreras Hernández, "Maternidad tras las rejas: Una aproximación a la realidad de las mujeres en las cárceles de Catalunya (España)", *Revista Umbral*, n.º 11 (2016); Francisco del Pozo Serrano y Jairo Martínez Idárraga, "Retos del tratamiento penitenciario en Colombia: Enfoque y acción diferencial de género desde la perspectiva internacional", *Revista Criminalidad* 57 (2015); Alexander Hincapié García y Bibiana Escobar García, "El encierro del cuerpo: Lecturas en torno a la maternidad en la prisión", *CES Psicología*, n.º 11 (2017); Elisabeth Almada Samaranich y Dino di Nella, "Mujeres y cárceles en América Latina: Perspectivas críticas y feministas", *Papers*, n.º 102 (2017); Corina Giacomello, "Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina" (Consortio Internacional sobre Políticas de Drogas, 2013), 2; Elena Azaola y Cristina José Yacamán, *Las mujeres olvidadas: Un estudio sobre la situación actual de las cárceles de mujeres en la República Mexicana* (México D. F.: CNDH-Colmex, 1996).
- 3 Para consultar la formulación legal de ambas alternativas, así como el marco legal que regula la concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria para las madres cabeza de familia, considérense: Ley 82 de 1993, art. 2.º, modificado por la Ley 1232 del 2008, art. 1.º; Ley 750 del 2002, art. 1.º; Ley 906 del 2004, art. 461; Ley 906 del 2004, art. 314.5.

## **Situación de las familias cuya cabeza afectiva y económica es una madre recluida en prisión y la interpretación y aplicación del instituto jurídico creado para ayudar a aliviar su situación**

Las nuevas indagaciones suelen comenzar con nuevas preguntas. En esta ocasión, las preguntas que nos llevaron a querer basar esta nueva indagación, y este artículo, en la situación fáctica y jurídica de las madres recluidas en las prisiones colombianas —y, asimismo, en la situación de sus respectivas familias— no son para nosotros, sin embargo, nada nuevas. Este interés, y más concretamente estas preguntas, encuentran su origen en una experiencia que uno de nosotros vivió hace unos diez años mientras trabajaba en un juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Esta experiencia o, si se quiere, esta anécdota introductoria, empezó con una solicitud que llegó al juzgado de parte de una madre cabeza de familia que estaba cumpliendo una condena —por haber cometido el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes— en un establecimiento penitenciario y carcelario del suroeste antioqueño. En su escrito, la mujer relataba la angustiada situación en la que se encontraban ella y muchas otras madres internas desde el momento en que el personal del establecimiento comenzó a ejecutar una medida que provenía de la dirección: se prohibía el ingreso permanente de los hijos lactantes de las madres y se ordenaba el desalojo inmediato de aquellos hijos lactantes que estuvieran habitando allí de modo permanente. La madre le pedía al juzgado, al final de su escrito, que intercediera ante las directivas del establecimiento para que estas revocaran tal medida y, de este modo, ella y las otras madres que se encontraban en sus mismas circunstancias pudieran recuperar a sus bebés.

Para cerrar esta anécdota añadiré que, una vez que la solicitud llegó al despacho del juez, y mientras este definía el trámite que se le daría, llamé a la asesora jurídica del establecimiento donde se había presentado esta situación. La funcionaria confirmó sin titubeos la historia que contaba el memorial. Adicionalmente, ella me habló sobre las circunstancias que llevaron a la dirección del establecimiento a tomar estas medidas. Señaló, inicialmente, que la situación de desempleo y pobreza en los municipios de esa región era cada vez peor. Que, debido a esto, cada vez eran más las madres cabeza de familia sin fuentes de ingreso que, desesperadas, pensando que quizá ya no tendrían alternativas para buscar su subsistencia y la de sus hijos, ingresaban a alguna de las redes de microtráfico de drogas de esa región. Este notorio aumento en las cifras delincuenciales —proseguía la asesora— se había visto reflejado en el extraordinariamente alto número de nuevas internas (con medida de aseguramiento o con pena de prisión) ingresadas a ese establecimiento, lo que hizo que prontamente

se presentaran unas terribles condiciones de hacinamiento, en las que se tornó imposible garantizar, tan siquiera mínimamente, la vida y la integridad física de los bebés “residentes”.

Aunque no recuerdo con detalle el desenlace de esta historia —entre otras cosas, si los menores fueron entregados al ICBF o a sus familiares después de ser expulsados del establecimiento—, lo que no he olvidado son las preguntas que me hice al enterarme de tan trágica situación: ¿qué haría si me encontrara en las circunstancias de estas madres?, ¿qué haría si me encontrara en la posición del juez que debía decidir este asunto a pesar de estar tan lejos de la situación —tanto física como moralmente—?, ¿qué haría si me encontrara en los zapatos de los directivos del establecimiento penitenciario?, ¿tomaría una decisión similar a la que ellos tomaron?

Recuerdo asimismo que, más allá de estos interrogantes morales, también me preguntaba, desde una perspectiva más general y jurídica, cuestiones como, si existe la figura jurídica de la prisión domiciliaria para madres cabeza de familia, y si de la explicación ofrecida por la asesora jurídica se tiene que la mayoría de las mujeres que estaban ingresando a ese establecimiento lo eran, ¿por qué se había producido semejante hacinamiento? Si el remedio o la consecuencia jurídica que el legislador consideró pertinente para regular al menos la generalidad de estos supuestos de hecho —que madres cabeza de familia podrían terminar en prisión por la vía de medida de aseguramiento o por la de una condena— es la sustitución de la reclusión intramural por la domiciliaria, ¿qué estaban haciendo esas mujeres y esos niños en prisión? ¿Podrían estar también “retenidas” o “represadas” otras mujeres en otros establecimientos? ¿Acaso cientos, quizá incluso miles, de mujeres y de menores en Colombia se estarían enfrentando a esta trágica e insostenible situación?

Cuando los autores de este artículo empezamos a hablar sobre esta experiencia, y cuando decidimos empezar a investigar este asunto —para así tratar de resolver al menos los interrogantes de corte jurídico que teníamos—, lo primero que hicimos fue empezar a buscar una hipótesis de trabajo. Nos preguntamos, en ese momento, ¿qué podía haber obstaculizado la sustitución de la medida de aseguramiento o de la pena de prisión de esas madres internas? ¿Cuál era la traba que “represaba” a estas mujeres y que quizá podría seguir “represando” a muchas más mujeres en la actualidad?

Nuestra intuición —que parte tanto de lecturas y de aproximaciones formales como de conversaciones, anécdotas, recuerdos y vivencias del periodo en que uno de nosotros trabajó en la judicatura—, de la que surgió entonces la buscada hipótesis de trabajo, era la siguiente: la interpretación y aplicación restrictiva que muchos jueces dan a la figura de la prisión domiciliaria para las madres cabeza de familia es una de las causas que ha ayudado a alimentar la terrible e insostenible situación

de las madres internas. Más concretamente, esta causa en concreto está dada por el hecho de que muchos jueces —con mayor o menor grado de conciencia— suelen utilizar los amplios niveles de discrecionalidad que el legislador les transfiere —principalmente a través de los criterios altamente subjetivos contemplados en las directivas jurídicas que consagran esta figura o instituto jurídico— como una invitación para hacer dos cosas<sup>4</sup>: por una parte, lo utilizan para no permitir que ocurra algo que les parece el más absoluto despropósito: que la condenada regrese a su “puesto de trabajo” de expendio de droga, que es también su hogar, como si nada hubiera pasado; y, por la otra, se sienten habilitados para volver a juzgar a la condenada, esta vez, eso sí, no como cualquier persona que comete un delito —y que, a través de un proceso penal, puede terminar haciéndose merecedora de un reproche penal— sino como una *mala mujer*, que ha defraudado las expectativas que la sociedad tenía en ella por su trascendental rol social como *madre*<sup>5</sup>.

Resumiendo dicha intuición, y poniéndola en términos que resulten más concretos y más provechosos para adelantar la investigación, eso que tentativamente puede contribuir al innecesario “represamiento” de esas madres cabeza de familia en las prisiones obedece a las presuposiciones o intuiciones que subyacen a las dos preguntas que los jueces se

4 Como hemos empleado terminología técnica para construir esta idea —que es completamente central a nuestro planteamiento—, quisiéramos aprovechar este espacio para precisar el significado de algunos de estos conceptos —o, por lo menos, el sentido o el alcance en que los entendemos—. El sentido del término discrecionalidad lo hemos tomado de Juan Antonio García Amado, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoría*, n.º 35 (2006): 151 y ss: “Con este término aludimos a la libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando afirmamos que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. Así pues, si hay discrecionalidad significa que al juez las soluciones de los asuntos que decide no le vienen dadas y predeterminadas enteramente, al cien por cien, por el sistema jurídico, sino que éste, en medida mayor o menor, le deja espacios para escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas ellas con el sistema jurídico”. La idea de que una directiva puede transferir un mínimo grado de discrecionalidad al operador de la misma —caso en el cual los juristas suelen hablar de que esa directiva tiene la forma de una regla— o, en cambio, un grado muy elevado de discrecionalidad, como de hecho lo hace la normativa objeto de estudio —caso en el cual los juristas suelen hablar de que esa directiva tiene la forma de un estándar— fue tomada de Duncan Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *Harv. L. Rev.*, n.º 89 (1976): 1688; Frederick Schauer, *Las reglas en juego* (Madrid: Marcial Pons, 2004), 202; Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* (Oxford: Oxford University Press, 1996), viii. La idea de que la discrecionalidad se puede medir en grados proviene de Isaac Ehrlich y Richard Posner, “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *J. Legal Stud.*, n.º 3 (1974): 26; Cass Sunstein, “Problems with Rules”, *Cal. L. Rev.*, n.º 83 (1995): 960 y ss.; Richard Fallon, “The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse”, *Colum. L. Rev.*, n.º 97 (1997): 3.

5 Por la dirección en la que apunta la experiencia relatada, y por la forma en que hemos empezado a trabajar la hipótesis de trabajo, más de un lector se habrá empezado a hacer una idea del alcance de nuestra investigación. Sin embargo, para tener total claridad sobre este punto añadiremos un comentario más explícito sobre ese alcance en esta nota. Digamos entonces que, si bien nuestras reflexiones pueden llegar a tocar, al menos hasta cierto punto, la situación del conjunto formado por todas las mujeres cabeza de familia privadas de libertad, lo cierto es que nuestra intención más específica es la de poder concentrar este análisis en un subconjunto formado por aquellas mujeres de escasos —o nulos— recursos económicos que se encuentran en prisión por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.

hacen cuando se enfrentan a estos escenarios jurídicos: ¿mi acto de enviar a una mujer al inmueble que previamente había destinado para la venta de droga no sería un contrasentido similar al de aquel juez que envía al sujeto activo del delito de violencia intrafamiliar al mismo hogar en el que habita(n) el(los) sujeto(s) pasivo(s) de tal hecho punible? ¿Si ordeno la concesión de este mecanismo sustitutivo es porque entiendo que un(os) niño(s) menor(es) o con necesidades especiales necesita(n) de la educación y del cuidado afectivo y económico de una traficante (de estupefacientes)? O, poniendo las bases de este último interrogante en otros términos, ¿debo entender que la conducta delictiva llevada a cabo por la condenada es digna, propia o tan siquiera compatible con el comportamiento de una madre? ¿Estoy en este caso, más allá del plano estrictamente biológico, ante lo que tranquila y pacíficamente podría decirse que es una madre?

Una vez que esas primeras preguntas nos permitieron avanzar hasta la generación de una hipótesis de trabajo, lo siguiente que nos preguntamos, para poder continuar con nuestra investigación, fue lo siguiente: ¿tenemos pruebas, o tan siquiera indicios, que puedan respaldar estas intuiciones?, ¿hay algo que podamos compartir con el lector para que comprenda de donde provienen estas intuiciones?

Aunque el material que sostiene cualquier presuposición o intuición suele ser difuso y desestructurado hasta el punto en que puede ser difícil fijarlo y describirlo, revisando los archivos de esa etapa de trabajo en un juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad encontramos algo que servirá para ilustrar, al menos a título introductorio, la procedencia o el sentido de esas intuiciones. Se trata del argumento de fondo con el que, en un auto interlocutorio, se decidió no otorgar el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria a una madre cabeza de familia solicitante:

No obstante la situación en la que quedarán las hijas menores de la condenada al momento de retornar ésta al centro carcelario [...] para el cumplimiento de la pena impuesta, no puede olvidarse que fue ocasionada precisamente por la misma condenada y progenitora M. N. R. M., quien utilizaba su propio hogar, el lugar donde vivía con sus menores hijas para cometer la actividad delictiva por la cual fue condenada en primera y segunda instancia, poniendo con ello en peligro a las menores y, por ende, a las consecuencias derivadas de su actuar delictivo; por lo que, no puede la condenada pretender en las actuales circunstancias alegar una condicional (sic.) de “madre cabeza de familia” que no posee respecto de sus hijas menores, pues fue precisamente ella quien las puso en peligro y las desprotegió al dedicarse a la actividad ilícita, que se repite, por la cual fue vencida en u (sic.) proceso penal<sup>6</sup>.

6 Juzgado Adjunto al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, Auto interlocutorio 1528 del 25 de octubre del 2011.

Una vez que esta primera averiguación nos terminó de confirmar cuál era la dirección hacia la que debía avanzar nuestra indagación, las siguientes preguntas que nos hicimos fueron: ¿no incurriríamos en un gravísimo error de novato al pretender extraer conclusiones generales a partir de la relativa confirmación de una hipótesis de trabajo basada principalmente en una experiencia y en una decisión judicial particular —experiencia y decisión que, vale la pena insistir en ello, no son especialmente recientes—? ¿Qué nos dice lo que introductoriamente hemos planteado hasta ahora de los presupuestos, intuiciones —o prejuicios, si se quiere— que guían las decisiones de otros jueces? ¿Acaso otros jueces permiten que sus decisiones estén guiadas por intuiciones o presuposiciones como las que ya hemos empezado a caracterizar? ¿Quizá lo que tendríamos hasta ahora no sería, en el mejor de los casos, una pequeña pista?

El siguiente paso en nuestra pequeña investigación, con el que concluiremos esta primera parte del texto, nos llevó, entonces, a sumergirnos en un terreno jurisprudencial y doctrinal lo suficientemente amplio como para hacer que, tras recorrerlo, pudiéramos encarar con más confianza esta nueva línea de preguntas. Como para hacer que, expresando el asunto más clara y directamente, la información preliminar de la que disponíamos se contrastara o comparara hasta el punto en que pudiera diagnosticarse qué tan exóticas o idiosincráticas habían sido tanto la experiencia (y la argumentación que subyace a esa) como la decisión que habían avalado nuestras inquietudes y nuestra hipótesis de trabajo.

Los resultados confirmatorios de nuestra exploración, para decirlo de la manera más frontal y honesta posible, sencillamente no pudieron resultar más contundentes. Por el lado de la jurisprudencia, las recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia no solo nos permitieron determinar que los jueces siguen contando con esa misma tentadora invitación que proviene del amplio margen de discrecionalidad que se les transfiere desde la consagración legal de este mecanismo sustitutivo, sino que también nos permitieron notar que la realización de este tipo de análisis, llamémoslos abiertos, desestructurados o de alta discrecionalidad, se encuentran hoy en día plenamente revigorizados por la más alta jurisprudencia<sup>7</sup>. Por el lado de los diversos, interesantes y multidisciplinarios estudios que tuvimos oportunidad de consultar, numerosas fuentes nos permitieron confirmar que los jueces —como la mayoría de los

7 En este punto es especialmente relevante la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de septiembre del 2019, Rad. 54587, M. P. Patricia Salazar Cuéllar. En la misma dirección también se encuentran las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de marzo del 2011, Rad. 34784, M. P. Augusto José Ibáñez Guzmán; sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de junio del 2011, Rad. 35943, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca; sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de noviembre del 2019, Rad. 53863, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

funcionarios dentro del sistema penal y penitenciario—, una vez se ubican dentro de estos amplios márgenes de discrecionalidad para tomar las decisiones que deben tomar, suelen (1) ignorar las razones que llevan a la mayoría de estas mujeres a cometer estos delitos —o, por lo menos, no darles el peso suficiente en sus consideraciones— y, en cambio, sobredimensionar el papel que estas cumplen en las redes del tráfico de drogas —y así tienden también a sobredimensionar el peligro que ellas representan para su comunidad—<sup>8</sup>; y (2) hacer una suerte de “doble juzgamiento” que cubre no solo la responsabilidad penal de la mujer por el injusto cometido, sino, muy especialmente, su responsabilidad social por haberse alejado del comportamiento que se espera que tengan las (buenas) mujeres y, sobre todo, las (buenas) madres<sup>9</sup>.

Queremos ahora, a modo de síntesis de esta primera fase, incorporar a este texto alguna de las fuentes que nos han permitido arribar a estas primeras conclusiones, para poder ofrecer una mejor idea de nuestros hallazgos y así los lectores podrán seguir más fácilmente el hilo de nuestra exposición en las próximas fases.

- 8 Aunque más adelante avanzaremos sobre este punto, podemos introducir ahora una visión muy general de lo que encontramos sobre las causas que llevan a las mujeres a cometer delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, a través de la exposición de Noelia Igareda, “La maternidad de las mujeres presas”, en *Género y dominación: Críticas feministas del derecho y el poder* (Barcelona: Anthropos, 2009), 165: “[...] la responsabilidad en exclusiva del mantenimiento económico y de cuidados de estos hijos menores de edad ha constituido un factor determinante de exclusión social, que las llevó a la carrera delictiva como una manera de obtener los recursos económicos necesarios para la subsistencia familiar”.
- 9 Cfr. Libardo José Ariza y Manuel Iturralde, “Una perspectiva general sobre mujeres y prisiones en América Latina y Colombia”, *Derecho Público*, n.º 35 (2015): 6: “Las autoras que estudian la situación de las mujeres detenidas en la región también señalan cómo la prisión es un espacio opresivo y discriminador para las mujeres, quienes son doblemente estigmatizadas: por realizar conductas desviadas y por alejarse de su rol de esposas y madres sumisas, dependientes y dóciles”; Igareda, “Maternidad”, 160: “Lo que sucede en cambio, es que se entra a juzgar la idoneidad de estas mujeres como madres, confundiendo el delito por el que estas mujeres están cumpliendo condena con su capacidad y competencias para ser buenas o malas madres. Se considera legítima la intervención del Estado y del derecho en cuestiones del ámbito privado y familiar que no se permitirían con individuos de la sociedad fuera de un centro penitenciario”; Lola Aniyar de Castro, “Las mujeres infractoras: Impacto y ampliación de los efectos de la pena”, *Capítulo Criminológico*, n.º 30 (2002): 338; Carmen Antony García, “Mujeres invisibles: Las cárceles femeninas en América Latina”, *Nueva Sociedad*, n.º 208 (2007): 76: “La prisión es para la mujer doblemente estigmatizadora y dolorosa si se tiene en cuenta el rol que la sociedad le ha asignado. Una mujer que pasa por la prisión es calificada de ‘mala’ porque contravino el papel que le corresponde como esposa y madre, sumisa, dependiente y dócil”; así también Paola Contreras Hernández, “Maternidad tras las rejas: Una aproximación a la realidad de las mujeres en las cárceles de Catalunya (España)”, *Revista Umbral*, n.º 11 (2016): 43; Francisco del Pozo Serrano y Jairo Martínez Idárraga, “Retos del tratamiento penitenciario en Colombia: Enfoque y acción diferencial de género desde la perspectiva internacional”, *Revista Criminalidad*, n.º 57 (2015): 14; Alexander Hincapié García y Bibiana Escobar García, “El encierro del cuerpo: Lecturas en torno a la maternidad en la prisión”, *CES Psicología*, n.º 11 (2017): 31. Estos últimos son especialmente contundentes (p. 32): “Juliano (2010) estudia el impacto de los estereotipos sobre las mujeres con respecto a las normas y el modo cómo se les evalúa cuando las transgreden. Las mujeres son sancionadas por sus delitos como si cometieran una doble falta: una contra las leyes humanas y otra contra la naturaleza. Cuando las mujeres son transgresoras no es fácil separar la noción de delito de la de pecado, lo que explica que en los centros de reclusión se ejerzan acciones correctivas que buscan redimir las más que resocializarlas”.

Por el lado de la jurisprudencia pedimos al lector que considere las sentencias de la Corte Suprema de Justicia rad. 25724<sup>[10]</sup>, rad. 34784<sup>[11]</sup>, rad. 35943<sup>[12]</sup>, rad. 54587<sup>[13]</sup>, rad. 53863<sup>[14]</sup> y de la Corte Constitucional C-154 del 2007<sup>[15]</sup>. Una lectura sistemática de estas sentencias nos permite afirmar que, en la actualidad, los jueces que vayan a estudiar la posibilidad de concederle la prisión domiciliaria a una madre cabeza de familia deberán concentrarse en los siguientes factores: (1) que exista al menos un hijo o una hija de la eventual beneficiaria del mecanismo sustitutivo y que este sea menor o tenga una incapacidad mental permanente; (2) que el hijo o los hijos en cualquiera de esas dos condiciones dependa(n) económicamente de la eventual beneficiaria; (3) que el hijo (o los hijos) en cualquiera de esas dos condiciones se encuentre(n) al cuidado efectivo de la eventual beneficiaria, y que esta realmente sea la persona que le(s) brinda el cuidado y el amor requerido para un adecuado desarrollo y crecimiento; esto es, en otras palabras, que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas; (4) que no haya alternativas económicas, es decir, que la eventual beneficiaria sea quien tenga el cuidado y la manutención exclusiva del (o los) hijo(s) en las referidas condiciones y que en su ausencia nadie estaría en capacidad de suplirla; y (5) que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la eventual beneficiaria permita al juez deducir sería, fundada y motivadamente que esta no colocará en peligro a la comunidad o a las personas que quedarán a su cargo —como hemos dicho, el hijo o los hijos que sean menores de edad o tengan alguna incapacidad mental permanente—. Como vemos, sobre todo si hemos prestado especial atención a factores tan subjetivos como el tercero y el quinto, las puertas que invitan a darle un lugar y una vida

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 19 de octubre del 2006, Rad. 25724, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de marzo del 2011, Rad. 34784, M. P. Augusto José Ibáñez Guzmán.

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de junio del 2011, Rad. 35943, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de septiembre del 2019, Rad. 54587, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de noviembre del 2019, Rad. 53863, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

15 Corte Constitucional T-154 del 2007, 7 de marzo del 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

jurídica a esas intuiciones o presuposiciones de las que tanto hemos hablado siguen abiertas de par en par<sup>16,17</sup>.

Por el lado de la doctrina, terminamos esta sección con las palabras de Piedad Caicedo, que resumen buena parte de lo que hemos dicho hasta ahora y anticipan la línea de pensamiento que seguiremos desarrollando en la segunda parte:

Cuando las mujeres manifiestan las duras consecuencias que tiene para su familia su reclusión por ser madres cabeza de familia y solicitan, por ejemplo, casa por cárcel la respuesta devela los prejuicios que hay sobre las mujeres. En primer lugar que la esencia de lo femenino es la bondad y la corrección y cualquier desvío no solo es una afrenta a la sociedad sino un acto contra natura pues contraviene esa esencia. En segundo lugar que la mujer sabe que delinquir la separará del sitio que le corresponde: estar al lado de sus hijos e hijas y dentro del hogar. Por tanto, una mujer que apela a su carácter de madre para rebajar la pena le está pidiendo a un tercero (el juez o la jueza) que haga algo que ella desdeñó, subvaloró o irreflexivamente en un arrebato no consideró. La delincuente no puede pedir “clemencia” cuando ella no la tuvo para con sus hijos e hijas. Y en tercer lugar, el papel por excelencia de cuidadoras que se asigna a las mujeres borra deajo la realidad de aquellas que deben ser además proveedoras. Es así como la respuesta ante alguna solicitud alternativa a la cárcel es la exigencia de estándares probatorios difíciles de alcanzar, es la acusación de

16 Somos conscientes de que un juez que se aproxime a esta figura por las dos vías que hemos venido resaltando también podrá denegar el mecanismo sustitutivo con base en el cuarto factor. Esto, de hecho, sucede muy frecuentemente, como queda demostrado en Astrid Sánchez-Mejía et al., *Mujeres y prisión en Colombia: Desafíos para la política criminal desde un enfoque de género* (Bogotá: CIDE, Pontificia Universidad Javeriana, CICR, 2018), 133: “En el grupo focal, algunos JEPMS [Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad] señalaron que conceden muy excepcionalmente prisiones domiciliarias por ser madre o padre cabeza de familia, ya que siempre hay algún familiar que puede encargarse del cuidado y en algunos casos es mejor que el menor permanezca separado del padre o la madre. Otros JEPMS indicaron que conceden esta medida ‘un poco más’, pero después de decretar muchas pruebas, debido a que esta figura se había convertido en una vía fácil de obtener la libertad y en muchos casos los condenados aducen que se han separado de su pareja o que tienen la responsabilidad de cuidado de un hijo faltando a la verdad”. A nuestro entender las razones de la concesión del mecanismo siguen siendo, al menos generalmente, las dos que hemos planteado y lo relativo a este factor solo opera aquí como un pretexto.

17 Veamos un fragmento de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de septiembre del 2019, Rad. 54587, M. P. Patricia Salazar Cuéllar. En este fragmento se observa la vigencia del espíritu de la interpretación restrictiva del auto interlocutorio citado en la nota 7 y el texto principal acompañante: “Sin embargo, al verificar la conducta por la cual se condenó a [...] tráfico, fabricación o porte de estupefacientes consagrada en el artículo 376 inciso 3° del Código Penal, encuentra la Sala que la convivencia con sus hijos pondría en riesgo el interés superior que les asiste, dado que la repentina decisión de transportar sustancia estupefaciente adherida a su cuerpo, cuando venía procurando el sustento suyo y de su familia en forma lícita, no asegura que la integridad física y moral de los menores permanecerá intacta, pues a sabiendas de la responsabilidad que como madre tiene de proteger y brindar bienestar a sus hijos, no dudó en recurrir a la actividad delincinencial, sin importarle el riesgo y las consecuencias que podía traerle a su familia, con tal de obtener, beneficios económicos”.

ser malas madres por haber puesto en riesgo a su familia al involucrarse en el delito. Las mujeres son calificadas como un riesgo para el interés superior de niños y niñas<sup>18</sup>.

## Los problemas tras las razones que conducen a la actual interpretación y aplicación restrictiva

Comenzamos aquí una reflexión más pausada sobre la validez de los presupuestos y las intuiciones que sostienen la interpretación y aplicación *restrictiva* de la figura de la prisión domiciliaria para mujeres madres cabeza de familia, y para esto quisiéramos hacer unas anotaciones previas que nos permitan definir el alcance de lo que haremos. Primero quisiéramos aclarar qué es lo que *no* queremos decir en este artículo. En primer lugar, tenemos que advertir que no sostendremos que los jueces prevalecen o actúan de forma arbitraria al llevar a cabo una interpretación y aplicación *restrictiva* de la figura de la prisión domiciliaria para mujeres madres cabeza de familia. Por el contrario, como hemos tratado de expresar en repetidas oportunidades, es más que probable que cuando realicen este tipo de interpretación se estén moviendo permanentemente dentro del amplio espacio de juicio que el legislador ha querido dejar abierto para que ellos sean quienes, desde su perspectiva *ex post* del asunto particular, verdaderamente decidan sobre estos asuntos<sup>19</sup>.

18 Piedad Caicedo, "La situación particular de las mujeres reclusas por delitos de drogas", *Corporación Humanas Chile-Colombia*, <https://www.humanas.org.co/archivos/Situacionparticularmujeresrecluidaspor delitos drogas.pdf>. Además, siendo que uno de los objetivos específicos de esta primera fase del texto es el de visibilizar la dramática situación que viven muchas madres cabeza de familia en prisión, nos gustaría complementar esta experiencia particular con la perspectiva más general que nos aporta la investigación de Carmen Antony García, "Mujeres invisibles: Las cárceles femeninas en América Latina", *Nueva Sociedad*, n.º 208 (2007): 77: "Uno de los aspectos más traumáticos para las mujeres privadas de su libertad lo constituye la pérdida de sus hijos. La preocupación por ellos está presente en toda su vida carcelaria y en muchas ocasiones se convierte en una verdadera obsesión. En las entrevistas que realizamos en diferentes cárceles (Antony, 2005 y 2006), las reclusas coincidían en preguntar: ¿cómo estarán mis hijos? ¿Tendrán suficiente comida? ¿Los maltratan? ¿Irán a la escuela? ¿Vendrán a verme? ¿Me perdonarán por haber delinquido? ¿Cómo me recibirán si algún día salgo de este infierno? El sentimiento de ser 'malas madres', de haber abandonado a sus hijos, las persigue desde que entran hasta que salen de prisión"; y la de Libardo José Ariza y Manuel Iturralde, "Una perspectiva general sobre mujeres y prisiones en América Latina y Colombia", *Derecho Público*, n.º 35 (2015): 7: "Diversos estudios muestran cómo una gran proporción de las mujeres encarceladas son madres cabeza de familia, con varios hijos menores de edad. De hecho, el 53% de las mujeres presas en Colombia son madres cabeza de familia, y la mayoría de sus hijos tiene entre 4 y 10 años de edad (Briceño-Donn, 2006, p. 30) [...] Como se ve, la situación de muchas madres con hijos en prisión es angustiosa, pues se debaten entre opciones imposibles: o bien dejan a sus hijos al cuidado de otros (muchas veces familiares lejanos o el Estado) con el temor de que sean maltratados o no sean cuidados adecuadamente y el remordimiento de sentir que los abandonaron; o bien los llevan con ellas a la cárcel, también sintiéndose culpables por hacerlos vivir en condiciones duras y privados de la libertad".

19 En general, sobre las directivas que confieren mayor discrecionalidad al operador —que delegan en este un mayor número de cuestiones relevantes para que sean valoradas solamente después de que el caso bajo examen haya ocurrido— véanse Frederick Schauer, "The Tyranny of Choice and the

En segundo lugar, más allá del tono innecesariamente brusco del fragmento del auto interlocutorio que analizamos, no nos parece que las presuposiciones y las intuiciones de las que parte este tipo de interpretación sean indefendibles, ilógicas, descabelladas o, mucho menos, susceptibles de ser exclusivamente aceptadas por lo que podríamos llamar “una mala persona”. Por el contrario, entendemos que esas intuiciones, presuposiciones o prejuicios, si se prefiere, forman parte de un sentido común perfectamente arraigado en nuestras sociedades. Entendemos y aceptamos que nuestro modo de aproximarnos a estos asuntos bien podría ser considerado como alternativo, heterodoxo o minoritario, mientras que la visión que brinda soporte a la interpretación más restrictiva bien podría considerarse como el modo estándar, tradicional o dominante de hacerlo<sup>20</sup>.

Hechas estas precisiones iniciales abordaremos nuestra reflexión determinando si las dos premisas que sostienen la interpretación y aplicación restrictiva de este instituto jurídico resisten un examen crítico a la luz de la mejor doctrina y los mejores estudios empíricos de los que disponemos actualmente.

## **La tendencia a ignorar el contexto y a sobredimensionar el rol de las mujeres en el mundo de las drogas**

Empecemos analizando la primera de las dos razones que, conforme a lo dicho hasta ahora, subyacen en la interpretación restrictiva. Cuando nos enfocamos en este primer asunto —especialmente cuando nos enfocamos en ello recordando el tipo de juicios hechos en contra de la solicitante del auto interlocutorio revisado anteriormente—, lo primero que los estudios empíricos parecen decirnos es que, cuando estemos frente a una madre cabeza de familia que traficó con drogas, debemos tener presente que generalmente no estamos ante una prestigiosa gerente

---

Rulification of Standards”, *J. Contemp. Legal Issues*, n.º 14 (2004-2005): 804; Larry Alexander, “‘With Me, It’s All er Nuthin’: Formalism in Law and Morality”, *U. Chi. L. Rev.*, n.º 66 (1999): 530-565.

- 20 Aunque nuestra perspectiva no es nada novedosa —y también estamos seguros de que más de un juez ya mira estos asuntos de la misma manera que nosotros—, desafortunadamente no hemos realizado estudios empíricos que permitan medir qué tan minoritaria es la visión que nosotros defendemos entre los jueces. Bien podría ocurrir, si alguien se anima a realizar este ambicioso tipo de estudio, que la visión que nosotros sostenemos no sea nada minoritaria entre los jueces, sino que, por el contrario, esta sea sostenida y aplicada por el 51 % de los jueces que actualmente deciden sobre estos asuntos. Si ese fuera el feliz caso —y decimos feliz no por vanidad propia, sino porque estamos seguros de que en ese contexto habría menos “represamiento” de madres cabeza de familia—, el sentido de este texto no cambiaría mucho: con el mismo entusiasmo seguiríamos buscando argumentos que hagan que los jueces que forman parte de ese 49 % tengan la oportunidad de reflexionar sobre la solidez de los presupuestos que sostienen su forma *restrictiva* de interpretar y aplicar la figura de la prisión domiciliaria para las madres cabeza de familia. En cualquier caso, mientras no tengamos noticia de semejante estudio, y mientras existan decisiones como la de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de septiembre del 2019, Rad. 54587, M. P. Patricia Salazar Cuéllar, seguiremos pensando que la *interpretación restrictiva* —y las razones que subyacen en esta— son claramente dominantes.

de banco que, cansada de la monotonía del trabajo y del hogar, decide abandonarlos para ir tras emoción y adrenalina en el excitante mundo de las drogas. Muy por el contrario, lo que encontraremos normalmente es el caso de una mujer que “se ve obligada a entrar en el negocio ilegal de las drogas, por necesidades económicas, a causa del desempleo vigente y como estrategia de supervivencia”<sup>21</sup>.

En cualquier caso, más allá de la dirección a la que nos conduzcan las generalizaciones, la cuestión verdaderamente importante que estos estudios tienen para decirles a los jueces —y al resto de operadores jurídicos, evidentemente— es que deben resistir la tentación de pensar en las razones que llevan a una mujer a cometer ese tipo de delitos desde su propia perspectiva socioeconómica —o desde cualquier perspectiva ligera, infantil y abstracta en las que las personas se mueven a sus anchas obedeciendo, en sus decisiones, no más que a su libre albedrío—. Una lectura sistemática de estos estudios nos dice que una vez que hayamos logrado resistirnos a estos análisis simplistas y que, en su lugar, hayamos ubicado perspectivas más amplias que nos permitan aproximarnos al hecho delictivo, y a las razones tras su comisión, dentro de su propio contexto —dentro del conjunto general de circunstancias que lo rodearon y, en buena medida, lo desencadenaron— obtendremos como recompensa la información estrictamente necesaria para hacer una buena interpretación y aplicación de la figura de la prisión domiciliaria para madres cabeza de familia<sup>22</sup>.

En síntesis, el llamado que nos hacen estos estudios es a que, por una parte, antes de pronunciarnos sobre los complejos asuntos que la normativa que consagra esta figura deja en manos del operador, nos alejemos de los prejuicios y las presuposiciones que no resistirían el más mínimo examen crítico y hagamos un especial esfuerzo por enfocarnos en las razones que efectivamente llevaron a una mujer a cometer cierto delito y, por la otra, a que, una vez que hayamos dejado de ignorar o desatender estas razones, las tengamos en cuenta y les demos el peso correspondiente al momento de decidir sobre la concesión o no de este mecanismo sustitutivo<sup>23</sup>.

21 Elisabeth Almeda Samaranch y Dino di Nella, “Mujeres y cárceles en América Latina: Perspectivas críticas y feministas”, *Papers*, n.º 102, (2017): 187, describiendo el trabajo de Rosa del Olmo, “Droga y criminalización de la mujer”, *Nueva Sociedad*, n.º 93 (1988). El párrafo del que hemos extraído esa pequeña referencia plantea lo siguiente: “En momentos de crisis económica como la que atravesaban muchos países de América Latina a finales de los años ochenta, la mujer latinoamericana se ve obligada a entrar en el negocio ilegal de las drogas, por necesidades económicas, a causa del desempleo vigente y como estrategia de supervivencia”.

22 Recordemos que estamos ante una interpretación realmente compleja. Que entre las decisiones que el legislador ha dejado en manos del juez se encuentran, entre otros, aspectos como la peligrosidad de la interna. Es exactamente este el tipo de cuestiones que, a nuestro entender, no se pueden responder adecuadamente sin información precisa. Sin una base diferente al prejuicio o las presuposiciones.

23 Notamos que nuestras palabras están volcadas hacia la sustitución de la pena intramural. Por eso, para evitar cualquier confusión, insistamos en que esta perspectiva es útil, e incluso necesaria también, para la sustitución de la medida de aseguramiento.

Volviendo al campo de las generalizaciones, lo más probable es que, una vez que nos sumerjamos en el contexto propio del hecho delictivo, no solo tengamos más y mejores elementos para medir la intensidad del reproche penal que debe hacerse en determinado caso, sino que también tengamos información que nos permitirá dejar de sobreestimar el peligro que una mujer representa para su comunidad y su proclividad hacia el delito. Y decimos que hemos vuelto al mundo de las generalizaciones porque lo que nos demuestran estos estudios es que, una vez que empecemos a profundizar en ese contexto, lo que normalmente ocurrirá es que nos daremos cuenta de que en estos casos el sistema penal y penitenciario no suele lidiar con los más importantes, temidos y peligrosos capos de la mafia, sino con los eslabones más bajos en las estructuras criminales que se dedican a la producción y/o al tráfico de estupefacientes. Estamos ante las piezas prescindibles y más fácilmente reemplazables de estas organizaciones, que se encargan de las labores menos sofisticadas, o, para ser más claros, la carne de cañón que utilizan los mandos medios y altos para disminuir el riesgo de ser atrapados por las autoridades<sup>24</sup>.

### **La tendencia a realizar un “doble juicio”: por la eventual responsabilidad penal y por el comportamiento que la sociedad espera de las (buenas) mujeres y madres**

Sin ahondar en el campo de la dogmática penal, sí queremos decir que quizá bastaría con algunas nociones básicas de Introducción al Derecho Penal para hacer notar que este tipo de “doble juzgamiento” —tan vital para alentar las interpretaciones y aplicaciones restrictivas de la figura de

24 Elisabeth Almeda Samaranch y Dino di Nella, “Mujeres y cárceles en América Latina: Perspectivas críticas y feministas”, *Papers*, n.º 102, (2017): 187, describiendo el trabajo de Rosa del Olmo, “Droga y criminalización de la mujer”, *Nueva Sociedad*, n.º 93 (1988): “Siempre en peores condiciones que los hombres, discriminadas en sociedades patriarcales que las subordinan, también estarán marginadas en el negocio de las sustancias ilegales, donde desempeñarán papeles limitados y secundarios —‘oficios del hogar’ [...]— en la casa donde se prepara, se almacena o se vende la mercancía. O transportándola en su cuerpo, por el continente americano, a cambio de muy poca remuneración por el riesgo que comporta”. Continúan Elisabeth Almeda Samaranch y Dino di Nella, “Mujeres y cárceles en América Latina: Perspectivas críticas y feministas”, *Papers*, n.º 102, (2017): 195: “Gran parte de las ‘mulas’ tiene por ello su primer ingreso en la cárcel, y muchas son extranjeras, mayormente de otros países de América Latina. Pocos son los grandes narcotraficantes detenidos. Ellas son el ‘chivo expiatorio’ que justifica la política antidroga: las mujeres encarceladas, ‘pequeñas expendedoras o vehículo de carga que transporta las sustancias ilícitas son objeto de intercambio en las alianzas masculinas clandestinas’ (Coba, 2004:19) [...] El narcotráfico teje complejas redes y jerarquías sociales en las que los trabajos más precarios y los puestos más bajos son destinados a las mujeres latinoamericanas, que quedarán expuestas a un mayor control punitivo”. Así también Igareda, “Maternidad”, 165: “También es el caso de muchas de las mujeres presas ‘mula’, tal y como se conoce popularmente a las mujeres extranjeras que han cometido un delito contra la salud pública, actuando como ‘correos’ de grandes redes de narcotráfico. Estas mujeres son los últimos eslabones de grandes organizaciones internacionales, y son apresadas generalmente en aeropuertos y aduanas internacionales, transportando pequeñas cantidades de droga escondidas en su cuerpo o equipaje”.

prisión domiciliaria para madres cabeza de familia— no resiste una verdadera revisión crítica.

Pero, en cualquier caso, lo que nos permitió comprobar la literatura que estudia la situación de las mujeres madres cabeza de familia en prisión es que, como ya hemos empezado a notar en el apartado inmediatamente anterior, el juez que defienda la legitimidad de su posición para realizar este “doble juicio” probablemente ni siquiera pueda terminar ganando en su propio juego. Puesto que, si en gracia de discusión, aceptáramos que el juez pudiera adelantar ambos juicios, probablemente ese segundo juicio no sería negativo para la mujer si el funcionario realiza un verdadero análisis del contexto que rodeó al delito —si no se juzga a la mujer, como madre, desde el prejuicio o desde la abstracción o la simplificación de sus circunstancias—. Probablemente, de asumirse este lineamiento, lo que encontraríamos —en las consideraciones necesarias para decidir sobre el otorgamiento de este mecanismo sustitutivo— no serían, entonces, argumentaciones del tipo “no puede la condenada pretender en las actuales circunstancias alegar una condición de ‘madre cabeza de familia’ que no posee respecto de sus hijas menores, pues fue precisamente ella quien las puso en peligro y las desprotegió al dedicarse a la actividad ilícita, que se repite, por la cual fue vencida en un proceso penal”, sino del tipo “El incremento de mujeres detenidas por delitos relacionados con el microtráfico de drogas no es casual. Se trata de una actividad que les permite seguir desempeñando los roles de madre, esposa, abuela y dueña de casa, ya que para realizarla no están obligadas a desplazarse fuera de su vivienda, lo que les permite atender las labores domésticas y cuidar a los hijos o nietos. Muchas veces es la mujer quien se encarga de la venta de drogas proporcionadas por los varones, ya sea para tapar las conductas infractoras de sus parientes hombres o por razones de sobrevivencia, ya que esta actividad ilícita les permite sustentar los gastos de alimentación de su familia”<sup>25</sup>.

25 Carmen Antony García, “Mujeres invisibles: Las cárceles femeninas en América Latina”, *Nueva Sociedad*, n.º 208 (2007): 77. En un sentido muy similar también Libardo José Ariza y Manuel Iturralde, “Una perspectiva general sobre mujeres y prisiones en América Latina y Colombia”, *Derecho Público*, n.º 35 (2015): 8: “La interpretación predominante que se ha dado a esta situación en América Latina es que las mujeres que terminan en la cárcel por delitos relacionados con narcotráfico: participan en las escalas inferiores del tráfico y venta de drogas ilícitas —principalmente como mulas y expendedoras—, suelen estar en condición de pobreza y exclusión, son madres cabeza de familia con hijos pequeños o nietos a su cargo, las condiciones en que realizan dicha actividad —muchas veces desde el hogar— les permite obtener un sustento para ellas y sus hijos o nietos, al tiempo que no descuidan sus responsabilidades como madres, abuelas y amas de casa”.

## **Alternativas para enfrentar la situación de las madres cabeza de familia privadas de la libertad por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes**

Habiendo concluido el breve diagnóstico y la breve problematización de la situación que han vivido y siguen viviendo muchas de las mujeres cabeza de familia en las prisiones colombianas podemos, entonces, sugerir alternativas. Sin embargo, no sobra advertir que si ya hemos logrado que el lector considere la situación de estas mujeres hemos avanzado bastante en nuestro camino y habremos llegado a nuestra principal meta: seguir poniendo en la mesa de debate la insostenible situación de muchas de las madres privadas de la libertad en Colombia.

Con el propósito de alentar ese debate, de lanzar propuestas que los lectores puedan controvertir, contradecir, complementar o, simplemente, refinar hemos pensado que situaciones como las que ocurrieron hace unos diez años en el establecimiento penitenciario y carcelario del suroeste antioqueño podrían evitarse, o tan siquiera aliviarse, si se cumplieran las siguientes premisas:

1. Se consideran seriamente los proyectos tendientes a la legalización o la despenalización de las drogas blandas o, por lo menos, se hace un uso adecuado del ordenamiento actual, que en el art. 323 del Código de Procedimiento Penal, que consagra el principio de oportunidad, sugiere estrategias más interesantes y efectivas para luchar contra las estructuras criminales que se dedican al tráfico de drogas que las de atacarlas donde menos les importa —en los escalones más bajos de sus jerarquías, que no tardarán ni un día en remplazar<sup>26</sup>.
2. Se deja de lado el eficientismo y, en lugar de buscar procesos rápidos y ligeros, se toma el tiempo para discutir, en las distintas

26 Sobre legalización o despenalización véase Rodrigo Uprimny, Diana Guzmán y Jorge Parra, *Penas alucinantes: La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia* (Bogotá: DeJusticia, 2013), 124: "[...] es posible afirmar que la criminalización de las conductas relacionadas con drogas no resulta adecuada para alcanzar el fin constitucional que persiguen, pues no conduce efectivamente a salvaguardar la salud pública"; sobre el pobre impacto que la captura de estas mujeres tiene en las organizaciones criminales continúa Uprimny: "El impacto del uso del derecho penal como elemento central de las políticas de drogas prohibicionistas es entonces negativo tanto para quienes lo padecen de manera directa, como para las instituciones. En relación con los primeros, la judicialización y pérdida de la libertad tiene consecuencias negativas, tanto en el goce de sus derechos como en sus relaciones familiares y sociales. Pero además, si se tiene en cuenta que estos mecanismos tienden a reproducir los sesgos propios del derecho penal, que incluyen una afectación mayor a los grupos sociales que enfrentan mayores condiciones de vulnerabilidad, tendría efectos negativos especialmente desproporcionados. Esta suerte de selectividad del derecho penal en el caso de los delitos relacionados con drogas tendería a acentuarse en las personas de escasos recursos e incluso en las mujeres, si se tiene en cuenta que la mayoría de las mujeres privadas de la libertad en el país lo están por este tipo de delitos".

etapas del proceso penal, sobre la aplicabilidad de institutos jurídicos como el estado de necesidad justificante o exculpante, el error vencible o invencible sobre los presupuestos objetivos o fácticos de ese estado de necesidad, la marginalidad del artículo 56 del Código Penal, etc.

3. Se toman en serio las urgencias del problema penitenciario en Colombia y se buscan alternativas a las medidas de aseguramiento y las penas de prisión intramural. Asimismo, se aborda la urgencia más concreta de desarrollar políticas penales y penitenciarias que atiendan las problemáticas particulares de la población reclusa femenina. Concretamente, y frente al asunto particular que hemos querido enfocar, ambas urgencias exigen interpretaciones y aplicaciones de figuras como la prisión domiciliaria para las madres cabeza de familia que —por lo menos— sean sensibles a las presiones y a las dinámicas propias del contexto social y económico que rodean la comisión de este tipo de delitos por parte de las mujeres madres cabeza de familia. Interpretaciones en las que se demuestre que, precisamente al momento de considerar los factores subjetivos que la normativa vigente exige cuando se estudia la viabilidad de otorgar el mecanismo sustitutivo, se prestó especial atención a la red de circunstancias fácticas dentro de las que se produjo el hecho punible. En las que se demuestre que no fueron los prejuicios, las meras suposiciones o la idealización del rol materno —entre otros similares— los que lideraron la aproximación al caso concreto; los que condujeron a una interpretación y aplicación restrictiva que, a nivel particular, perjudicó enormemente los intereses de la madre solicitante y de su(s) hijo(s), y no hizo nada, a nivel general o colectivo, por aliviar la terrible e inconstitucional situación de hacinamiento que se vive en nuestras cárceles y que tanto nos preocupa e interesa a todos nosotros.

## Referencias

- Alexander, Larry. “‘With Me, It’s All er Nuthin’: Formalism in Law and Morality”. *U. Chi. L. Rev.*, n.º 66 (1999): 530-565.
- Almeda Samaranch, Elisabeth y Dino di Nella. “Mujeres y cárceles en América Latina: Perspectivas críticas y feministas”. *Papers*, n.º 102 (2017): 183-214.
- Aniyar de Castro, Lola. “Las mujeres infractoras: Impacto y amplificación de los efectos de la pena”. *Capítulo Criminológico*, n.º 30 (2002): 333-351.
- Antony García, Carmen. “Mujeres invisibles: Las cárceles femeninas en América Latina”. *Nueva Sociedad*, n.º 208 (2007): 73-85.
- Ariza, Libardo José y Manuel Iturralde. “Una perspectiva general sobre mujeres y prisiones en América Latina y Colombia”. *Derecho Público*, n.º 35 (2015): 3-25.

- Azaola, Elena y Cristina José Yacamán. *Las mujeres olvidadas: Un estudio sobre la situación actual de las cárceles de mujeres en la República Mexicana*. México D. F.: CNDH-Colmex, 1996.
- Briceño-Donn, Marcela. "Mujeres y prisión en Colombia: Análisis de una perspectiva de Derechos Humanos y de género". Bogotá: Procuraduría Delegada en lo Preventivo para Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, Grupo de Asuntos Penitenciarios y Carcelarios, 2006.
- Caicedo, Luz Piedad. "La situación particular de las mujeres reclusas por delitos de drogas". Corporación Humanas Chile-Colombia. <https://www.humanas.org.co/archivos/Situacionparticularmujeresrecluidaspordelitosdrogas.pdf>
- Centro de Estudios Legales y Sociales. *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo*. Madrid: Siglo XXI Editores, 2011.
- Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013. "Respuesta al informe semestral del Gobierno nacional al estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario julio de 2018". <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/08/4to-informe-CSS-T388-de-2013-julio-de-2018.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Informe anual 2018". <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.5CO-es.pdf>
- Contreras Hernández, Paola. "Maternidad tras las rejas: Una aproximación a la realidad de las mujeres en las cárceles de Catalunya (España)". *Revista Umbral*, n.º 11 (2016): 39-57.
- Corte Constitucional. Sentencia T-153 del 2013, 28 de abril del 2013. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-154, del 2007, 7 de marzo del 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T-388 del 2013, 28 de junio del 2013. M. P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. Sentencia T-762 del 2015, 16 de diciembre del 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de octubre del 2006, Rad. 25724. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de marzo del 2011, Rad. 34784. M. P. Augusto José Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de junio del 2011, Rad. 35943. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de septiembre del 2019, Rad. 54587. M. P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Del Olmo, Rosa. "Droga y criminalización de la mujer". *Nueva Sociedad*, n.º 93 (1988): 153-197.
- Del Pozo Serrano, Francisco y Jairo Martínez Idárraga. "Retos del tratamiento penitenciario en Colombia: Enfoque y acción diferencial de género desde la perspectiva internacional". *Revista Criminalidad* 57 (2015): 9-25.
- Defensoría del Pueblo. "Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia". <https://www.defensoria.gov.co/attachment/76/An%C3%A1lisis%20sobre%20el%20actual%20hacinamiento%20carcelario%20y%20penitenciario%20en%20Colombia.pdf>

- Ehrlich, Isaac y Richard Posner. "An Economic Analysis of Legal Rulemaking". *J. Legal Stud.*, n.º 3 (1974): 257-286.
- Fallon, Richard. "The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse". *Colum. L. Rev.*, n.º 97 (1997): 1-56.
- García Amado, Juan Antonio. "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?". *Isegoría*, n.º 35 (2006): 151-172.
- Hincapié García, Alexander y Bibiana Escobar García. "El encierro del cuerpo: Lecturas en torno a la maternidad en la prisión". *CES Psicología*, n.º 11 (2017): 29-39.
- Igareda, Noelia. "La maternidad de las mujeres presas". En *Género y dominación: Críticas feministas del derecho y el poder*, 159-194. Barcelona: Anthropos, 2009.
- Kennedy, Duncan. "Form and Substance in Private Law Adjudication". *Harv. L. Rev.*, n.º 89 (1976): 1685-1778.
- Organización de Estados Americanos. "Informe del uso de drogas en las Américas 2015". [http://www.cicad.oas.org/oid/pubs/UsoDrogasAmericas\\_SPA\\_web.pdf](http://www.cicad.oas.org/oid/pubs/UsoDrogasAmericas_SPA_web.pdf)
- Sánchez-Mejía, Astrid, Leonardo Rodríguez Cely, Gustavo Fondevila y Juliana Morad Acero. *Mujeres y prisión en Colombia: Desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*. Bogotá: CIDE, Pontificia Universidad Javeriana, CICR, 2018.
- Schauer, Frederick. *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Schauer, Frederick. "The Tyranny of Choice and the Rulification of Standards". *J. Contemp. Legal Issues*, n.º 14 (2004-2005): 803-814.
- Sunstein, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- Sunstein, Cass. "Problems with Rules". *Cal. L. Rev.*, n.º 83 (1995): 953-1029.
- Uprimny, Rodrigo, Margarita Martínez, Luis Cruz, Sergio Chaparro y Nina Chaparro. *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: Una guía para la reforma de políticas en Colombia*. Bogotá: DeJusticia, Washington Office for Latin America y de Open Society Foundations, 2016.
- Uprimny, Rodrigo, Diana Guzmán y Jorge Parra. *Penas alucinantes: La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*. Bogotá: DeJusticia, 2013.



CUARTA PARTE

# **CÁRCEL Y SOCIEDAD**



# **Persecución penal y poblacional privada de la libertad entre los 18 y 29 años**

**Reflexiones en torno al juvenicidio  
simbólico en Colombia<sup>\*,\*\*</sup>**

Geovana Andrea Vallejo  
Salim Chalela Naffah

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.627>

\*\* El presente capítulo se produce en el marco del Programa Latinoamericano de Estudios sobre Juventud "Configuración y reconfiguración de subjetividades, saberes, prácticas y territorios juveniles en América Latina y el Caribe". De igual manera, se inscribe dentro del marco del proyecto "Las garantías penales como límite y guía en la solución de problemas penales complejos: la necesidad de evitar atajos" (Referencia: DER2013-47511-R, Ministerio de Ciencia e Innovación de España), del que es investigador principal el prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo, y de cuyo equipo investigador forma parte la profesora Geovana Andrea Vallejo Jiménez.

## Introducción

El juvenicidio es una categoría conceptual reciente que surgió inicialmente para estudiar el fenómeno de la desaparición y muerte violenta de los jóvenes de Ayotzinapa en el estado de Guerrero (México). Este concepto originalmente fue vinculado con la idea de la muerte violenta de jóvenes provenientes de sectores sociales pobres<sup>1</sup> —asesinatos atribuidos al Estado o a grupos ilegales—. Sin embargo, una versión actualizada de este fenómeno permite relacionar al juvenicidio no solo con el fallecimiento físico o la desaparición forzada del joven sino también con la muerte simbólica, que se configura a través de la exclusión social debido a las condiciones de “precariedad laboral, educativa, política, residencial y afectiva”<sup>2</sup> que impiden y anulan su participación en la sociedad.

El juvenicidio posee varios componentes que lo identifican y lo asemejan con características propias del sistema penal, como la precarización, la pobreza, la estigmatización y la estereotipización de conductas juveniles<sup>3</sup>.

En Colombia, la edad juvenil quedó establecida en la Ley 1622 del 2013 —por medio de la cual se expidió el Estatuto de Ciudadanía Juvenil—, modificada por la Ley 1885 del 2018, que define en su artículo 5.º que el joven será aquel que se encuentra entre los 14 y 28 años, periodo dentro del cual logra consolidar su autonomía intelectual, física, moral, económica y cultural. No obstante, a nivel mundial no existe uniformidad

- 1 José Manuel Valenzuela, “Aunque nos sangre el corazón”, en *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela (Barcelona: NED, 2015), 12.
- 2 Carles Feixa, M. Àngels Cabasés y Agnès Pardell, “El juvenicidio moral de los jóvenes... al otro lado del charco”, en *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela (Barcelona: NED, 2015), 236.
- 3 José Ángel Brandariz García, “La difusión de las lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitiva”, *Indret: Revista para el análisis del derecho* 2 (2014): 19, <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1038.pdf>

con relación al rango etario que delimita la edad juvenil, por ejemplo, la ONU define que este grupo tiene entre 15 a 24 años<sup>4</sup>, mientras que en diferentes países de América Latina y del Caribe puede oscilar entre 14 a 26, 18 a 30, 18 a 29, 12 a 35<sup>5</sup>; sin embargo, tal y como lo han explicado diferentes autores<sup>6</sup>, la edad juvenil no es un asunto temporal, sino que guarda relación con las condiciones para que el sujeto realice el tránsito de la vida juvenil a la adulta.

Es preciso hacer claridad que acogiendo el criterio de las condiciones juveniles y teniendo en cuenta que — pese a lo regulado por la legislación colombiana— los datos oficiales sobre juventud se presentan indistintamente hasta los 28 o 29 años, incluso esta última edad es la que figura en las cifras publicadas por el Inpec, lo que nos lleva en este trabajo, por razones metodológicas, a ubicarnos en el límite de los 29 años. Asimismo, atendiendo a que en materia de responsabilidad penal existen dos sistemas que comprenderían la actuación juvenil, es decir, el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes<sup>7</sup>, que se encuentra establecido para aquellos que entre los 14 y 17 años cometen una conducta punible, y el sistema para adultos, que regula los comportamientos delictivos a partir de los 18 años<sup>8</sup>, en este texto solo nos ocuparemos de los jóvenes que son perseguidos e ingresan al sistema penal para adultos.

4 ONU, "Juventud", <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/youth-0/index.html>

5 Dina Krauskopf, "Los marcadores de juventud: La complejidad de las edades", *Última década* 42 (2015): 124.

6 Por mencionar algunos: Rossana Reguillo, "La condición juvenil en el México contemporáneo: Biografías, incertidumbres y lugares", en *Los jóvenes en México*, coordinado por Rossana Reguillo (México: Fondo de Cultura Económica, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2010), 395-429; Pablo Vommaro, "Juventudes, políticas y generaciones en América Latina: Acercamientos teórico-conceptuales para su abordaje", en *En busca de las condiciones juveniles latinoamericanas*, compilado por Sara Alvarado y Pablo Vommaro (Buenos Aires: Clacso, 2014), 11-36; Nicolás Aguilar-Forero y Germán Muñoz, "La condición juvenil en Colombia: Entre violencia estructural y acción colectiva", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 13 (2015): 1021-1035; Luis Bernardo Muñoz Fernández, "Políticas integrales de juventud versus políticas afirmativas", *Estudios de juventud* 59 (2002): 1-8; Juan Sandoval Moya, "Ciudadanía y juventud: El dilema entre la integración social y la diversidad cultural", *Última década* 19 (2003): 31-45.

7 En Colombia, el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) se encuentra regulado por la Ley 1098 del 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), Libro II, Título I. El SRPA está compuesto por un conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades especiales que construyen el sistema, por lo tanto, las medidas que se apliquen en materia de responsabilidad penal para adolescentes tienen un carácter pedagógico, específico y diferenciado con relación al sistema de adultos. Couso, "La especialidad del derecho penal para adolescente". Jaime Couso, "La especialidad del derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo", *Revista de Derecho (Valparaíso)* 38 (2012): 273 y ss, explica que las razones para establecer un sistema penal para adultos y otro para adolescentes obedece principalmente a factores de la psicología del desarrollo del sujeto, la criminología y la política criminal, lo que obliga a los Estados a incorporar modelos diferenciados para menores y adultos.

8 El Sistema de Responsabilidad Penal para adultos está consagrado en el Ley 599 del 2000 (Código Penal).

La población más proclive al delito y a enfrentarse al sistema penal son los jóvenes<sup>9</sup>; y, tal y como veremos en las líneas siguientes, en Colombia existe un alto porcentaje de jóvenes entre los 18 y 29 años que se encuentran vinculados al sistema penal. Por lo anterior, este estudio centrará su objetivo principal en abordar la relación entre la categoría del juvenicidio y el sistema penal a partir del control social que el Estado ejerce sobre los jóvenes mediante la persecución, el uso punitivo de la fuerza y las condiciones de precarización a las que son sometidos una vez ingresan al sistema penitenciario y carcelario.

## El juvenicidio como categoría general

La construcción del concepto de juventud es relativamente reciente, por lo general y hasta hace poco solía relacionarse con la etapa de la adolescencia que se corresponde con la edad biológica del sujeto y la maduración sexual de este, y aunque esta categoría abarca a los adolescentes, no se limita exclusivamente a esta población.

El concepto de juventud obedece a una elaboración sociológica y jurídica, de hecho no existe coincidencia en los límites etarios de lo que debe entenderse por joven, toda vez que esto depende de consideraciones políticas, económicas, culturales, de contexto y de condiciones bajo las cuales se da el tránsito a la vida adulta. La juventud está compuesta por un grupo de actores sociales heterogéneos que persiguen el desarrollo de una identidad propia dentro de una sociedad que, por lo general, los relaciona con seres divergentes, rebeldes, problemáticos e indisciplinados<sup>10</sup>.

Rossana Reguillo —aunque refiriéndose al caso de México, pero que aplica perfectamente para Colombia— advierte que desde el punto de vista estructural hay dos tipos de juventudes: por un lado, aquella que es estigmatizada, precarizada, desconectada, y que se encuentra bajo condiciones sociales efímeras en materia de salud, seguridad, trabajo y educación; y, por otro lado, aquella que forma parte de un grupo minoritario,

9 Véanse al respecto los siguientes autores: John Clark y Eugene Wenninger, "Socio-economic class and area as correlates of illegal behavior among juveniles", *American Sociological Review* 27 (1962): 829 y ss; Curt Bartol y Anne Bartol, *Criminal Behavior: A Psychosocial Approach* (Nueva Jersey: Prentice-Hall, 1986), 101 y ss; Philip Feldman, *Comportamiento criminal: Un análisis psicológico* (México: Fondo de Cultura Económica, 1989), 36 y ss; Louk Hulsman, "La criminología crítica y el concepto de delito", en *Criminología crítica - I seminario* (Medellín: Universidad de Medellín, 1984), 202; Teodoro Hernández, "Estratificación social y delincuencia: Cuarenta años de discrepancias sociológicas", *Revista Internacional de Sociología* 45 (2006): 204 y ss; René Alejandro Jiménez, "La delincuencia juvenil: Fenómeno de la sociedad actual", *Papeles de Población* 43 (2005): 217.

10 Leopoldo Callejas y Cupatitzio Piña Mendoza, "La estigmatización social como factor fundamental de la discriminación juvenil", *El Cotidiano* 134 (2005): 64-65.

compuesto por jóvenes con entornos sociales que les permiten evolucionar y posicionarse socialmente<sup>11</sup>.

Algunos autores<sup>12</sup> plantean que la forma de superar la discusión sobre el concepto de juventud basado en rangos etarios es asumiendo la conceptualización a partir de las condiciones juveniles, toda vez que desde allí se permite analizar el contexto social, político y cultural de este grupo, entendiéndolo “como parte de los mecanismos tanto de carácter estructural como cultural que determinan los procesos de inserción de los jóvenes concretos, en una dinámica social, económica y cultural configurada”<sup>13</sup>.

Justamente a partir del estudio del contexto social es que se comienza a hablar de la categoría del juvenicidio, que surgió como un reflejo del análisis del fenómeno del feminicidio en México, donde la muerte violenta de mujeres en ciudad Juárez se convirtió en una cotidianidad en la década de los noventa<sup>14</sup>, aumentando vertiginosamente en el siglo xxi y creciendo paralelamente con los homicidios perpetrados contra jóvenes mayores de 15 y menores de 30. Muertes que tenían en común las condiciones de precariedad social y que provenían de organismos estatales que justificaban su actuación bajo el postulado que aquellos pertenecían a grupos armados al margen de la ley que afectaban la seguridad del Estado<sup>15</sup>. Frecuentemente, a los jóvenes se les atribuyen las diferentes formas de violencia de nuestras sociedades, por ende, los actos de criminalización, exclusión y exterminio suelen admitirse como formas ilegítimas de control social.

La categoría de juvenicidio es estudiada inicialmente por Valenzuela<sup>16</sup>, quien, a partir de los hechos ocurridos en la Escuela Normal Rural

11 Reguillo, “La condición juvenil en el México contemporáneo”, 395-396.

12 Para Pierre Bourdieu, *Cuestiones de sociología* (Madrid: Istmo, 2003), 143, las divisiones entre edades suelen ser arbitrarias, definir cuándo se es joven o viejo no es más que la representación de la lucha de poder en la sociedad: “Las clasificaciones por edad (y también por sexo, o, claro, por clase...) vienen a ser siempre una forma de imponer límites, de producir un orden en el cual cada quien debe mantenerse, donde cada quien debe ocupar su lugar”. Es por lo anterior que la condición juvenil permite reconocer en el sujeto una cuestión que va más allá del orden cronológico y que se ubica en la idea de seres autónomos con capacidad de cuestionar, alterar, controvertir y aportar en la construcción del sistema social en un contexto determinado. Al respecto véase Aguilar-Forero y Muñoz, “La condición juvenil en Colombia”, 1022; Sandra Muñoz y Sara Alvarado, “Autonomía en movimiento: Reflexión desde las prácticas políticas alternativas de jóvenes en Colombia”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 1 (2011): 123; Yamith Fandiño, “Los jóvenes hoy: Enfoques, problemáticas y retos”, *Revista Iberoamericana de Educación Superior* 4 (2011): 150 y ss.

13 María Eugenia Pico Merchán y José Hoover Vanegas García, “Condición juvenil contemporánea: reflexiones frente a las realidades del actual contexto sociohistórico y laboral”, *Polis Revista Latinoamericana* 39 (2014): 5, <http://journals.openedition.org/polis/10553>

14 Mariana Berlanga Gayón, “El espectáculo de la violencia en el México actual: del feminicidio al juvenicidio”, *Athena Digital*, 151 (2015): 114.

15 José Manuel Valenzuela, *Sed de mal: Feminicidio, jóvenes y exclusión social* (México: El Colegio de la Frontera Norte - Universidad Autónoma de Nuevo León, 2012), 162.

16 José Manuel Valenzuela, “Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas precarias”, en *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela (Barcelona: NED, 2015). No

de Ayotzinapa, en Iguala (Guerrero), advierte que es un suceso que se repite continuamente sobre un grupo específico de jóvenes, con características comunes de pobreza, precarización y desigualdad. Es así como afirma que el juvenicidio es un fenómeno en el que se asesina a sectores específicos de población joven, que se caracteriza por provenir de escenarios sociales que “incluyen procesos de precarización económica y social, la estigmatización y construcción de grupos, sectores o identidades juveniles desacreditadas, la banalización del mal o la fractura de los marcos axiológicos junto al descrédito de las instituciones”<sup>17</sup>.

El estudio de este fenómeno se fue ampliando a otros países de Latinoamérica<sup>18</sup> cuya población juvenil viene siendo asesinada en condiciones y en contextos sociales similares<sup>19</sup>. En el caso de Colombia, este se focalizó en el acontecimiento de los “falsos positivos” que tuvieron su origen en la denominada política de “seguridad democrática”, periodo durante el cual alrededor de 1122 jóvenes fueron asesinados extrajudicialmente por integrantes de las fuerzas armadas, entre el 2002 y el 2007<sup>[20]</sup>, quienes los presentaban a la opinión pública como presuntos guerrilleros dados de baja

---

obstante, este concepto ya había sido mencionado por el autor en un trabajo publicado en el año 2012 titulado “Sed de mal”, pero es solo a partir de los hechos ocurridos en el 2014, en el estado de Guerrero, cuando logra afianzarlo realmente.

- 17 José Manuel Valenzuela, “Remolinos de viento: Juvenicidio e identidades desacreditadas”, en *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela (Barcelona: NED, 2015), 15.
- 18 Como, por ejemplo: Colombia, Argentina, El Salvador, Nicaragua, Brasil, Chile. Cfr. Valenzuela, *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas precarias en América Latina y España*.
- 19 Alfredo Nateras, “El aniquilamiento identitario infanto-juvenil en Centroamérica: El caso de la Mara Salvatrucha (MS-13) y la pandilla del Barrio 18 (B-18)”, en *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela (Barcelona: NED, 2015), 107 y ss., explica como los jóvenes pertenecientes a los países que conforman la Región del Triángulo del Norte Centroamericano (El Salvador, Honduras y Guatemala) vienen siendo asesinados por cuerpos estatales y por organizaciones criminales. “Se ha tendido a reprimir la condición juvenil en general, y en lo particular, a la MS-13 y a la pandilla B-18, aspecto que implícitamente provocó la aparición y seguimiento de una serie de configuraciones siniestras y de exterminio bajo las figuras de grupos paramilitares, parapolicías y escuadrones de limpieza social”; se calcula que para el 2014 alrededor de 6308 jóvenes en estos países fueron asesinados bajo el calificativo de pandilleros. De igual manera, Marisa Feffermann, “Genocidio de la juventud negra: Deconstruyendo mitos”, en *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela (Barcelona: NED, 2015), 169, muestra cómo el asesinato de los jóvenes se legitima bajo la idea de la limpieza social, violencia que se radicaliza en jóvenes pertenecientes a las comunidades negras y clases periféricas: se estipula que, en la última década, la tasa de victimización negra pasó de un 73% a 146% de los homicidios, por ejemplo, en el 2012, de 56.000 homicidios, 41.127 de las víctimas eran jóvenes de raza negra. Por otra parte, en Argentina, desde de la dictadura, se han presentado escenarios donde el foco principal de asesinatos son jóvenes, muertes provocadas por la institucionalidad del Estado, por ejemplo, en el 2013, el 79% de la población asesinada se ubicó en el rango de los 18 a 34 años. Al respecto véase Valeria Llobet, “Políticas y violencias en clave generacional en Argentina”, en *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela (Barcelona: NED, 2015), 223.
- 20 Estas cifras son obtenidas del informe “Seguridad democrática, Derechos humanos y memoria histórica en Colombia”, <http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/Seguridad%20democratica.pdf>

en combate, cuando, en realidad, se trataba de jóvenes civiles humildes pertenecientes a una clase social pobre y marginada de nuestro país<sup>21</sup>.

No obstante, el juvenicidio no es un concepto exclusivo del asesinato de los jóvenes en condiciones de precariedad, a los jóvenes también se les puede matar y prescindir de ellos de múltiples maneras con el deterioro de sus expectativas de vida. En España, como consecuencia de la política austera provocada por la crisis económica del año 2008 y la activación de movimientos de protesta juvenil en el 2011, se ha preferido hablar de “juvenicidio moral” como nueva forma de exclusión de los jóvenes<sup>22</sup>:

El juvenicidio moral es el resultado de la fusión entre lo que hemos denominado juvenicidio económico y juvenicidio simbólico. Para que exista, debe darse una situación de precariedad material y de expulsión del mercado del trabajo. Pero eso no basta: debe darse también un proceso de estigmatización de la juventud, que deja de ser una prioridad para la sociedad y pasa a ser una categoría social prescindible, una especie de “ejército de reserva” [...] El resultado es un proceso moral, que afecta tanto a los individuos (cuya subjetividad se vuelve cada vez más vulnerable y precaria) como a toda la generación (cuya conciencia es cuestionada y sitiada)<sup>23</sup>.

En una línea similar, Muñoz explica cómo en Colombia también existen diferentes formas de atentar contra la vida del joven no solo a través de la violencia física sino también por medio de la exclusión, la vulneración de los derechos, la persecución, la limitación a la protesta, la represión, entre otras. El “juvenicidio social y simbólico”<sup>24</sup> se ve representado en nuestro país a través de tres perspectivas: los asesinatos, la precarización de la vida digna y la estigmatización como grupo social peligroso<sup>25</sup>.

Conforme a lo que se acaba de exponer, relacionar el juvenicidio solo con la muerte física del joven limitaría esta categoría a un espacio de comprensión muy restrictivo, dejando por fuera fenómenos que también lo excluyen, lo seleccionan y lo estigmatizan; por lo tanto, un concepto amplio de juvenicidio permitirá analizar otras sistemáticas de precarización de las condiciones juveniles.

21 Germán Muñoz, “Juvenicidio en Colombia: Crímenes de Estado y prácticas socialmente aceptables”, en *Juvenicidio: Ayotzipana y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela (Barcelona: NED, 2015), 137.

22 Anna Planas-Lladó, Pere Soler-Masó y Carles Feixa, “Juventud, políticas públicas y crisis en España”: ¿Triángulo mágico o triángulo de las Bermudas?”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 2 (2014): 556.

23 Feixa, Cabasés y Pardell, “El juvenicidio moral de los jóvenes”, 263-264.

24 Que se asemeja a la representación de lo que Pierre Bourdieu y Jean Claude Passeron, en *La reproducción* (Barcelona: Laia, 1996), 38, denominan violencia simbólica, en la que el Estado utiliza su fuerza legítima para validar su ejercicio de exterminio del joven al que le interesa excluir.

25 Germán Muñoz, “Juvenicidio en Colombia”, 132.

## La relación entre el juvenicidio y el sistema penal

El derecho penal se caracteriza por ser es un derecho autoritario que opera como sistema formal de violencia institucionalizada<sup>26</sup>. La percepción social del joven como sujeto proclive al delito provoca el establecimiento de formas de control social en contra de este grupo poblacional. Es así como el derecho penal aparece bajo la idea de ser un instrumento efectivo contra la violencia y el delito a través de mecanismos que buscan luchar, eliminar o reprimir<sup>27</sup> a este conglomerado. El estereotipo que se forja sobre los jóvenes pertenecientes a un sector social determinado pone en funcionamiento las agencias del sistema penal para imponerles cargas punitivas<sup>28</sup> a través de la aplicación instrumental del derecho penal, haciéndole creer al joven que en realidad es responsable de algo que no ha hecho y diciéndole a la sociedad que se están haciendo valer la norma y la ética social<sup>29</sup>.

La mayoría de los jóvenes que se encuentran vinculados al sistema penal provienen de sectores sociales que se caracterizan por presentar condiciones de precarización. La dinámica económica tiene una fuerte influencia en el funcionamiento del sistema penal. La política que utiliza el Estado para justificar su incapacidad de incrementar los estándares de equidad es a través del etiquetamiento del joven como “sujeto peligroso”, por lo tanto, la orden es aislarlo, controlarlo y someterlo a la observación de las instituciones penitenciarias<sup>30</sup>.

El sistema penal reafirma su funcionalidad mediante la construcción de estereotipos negativos de criminalidad, esto le permite perseguir conductas desviadas y conflictivas<sup>31</sup>. Un número importante de los jóvenes que pertenecen a zonas marginales quedan por fuera de los grupos formales reconocidos por el Estado, es decir, no pertenecen ni a la clase

26 Francisco Muñoz Conde, “El nuevo derecho penal autoritario”, *Nuevo Foro Penal* 66 (2003): 13.

27 Winfried Hassemer, *Crítica al derecho penal de hoy: Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva* (Buenos Aires: Ad-hoc, 1998), 52.

28 Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal - Parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2005), 9.

29 Winfried Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Nuevo Foro Penal* 51 (1991): 22 y ss. Una de las cualidades justamente del derecho penal simbólico, tal y como explica Hassemer, es el “engaño” que utiliza el derecho penal para mostrar una falsa apariencia de efectividad. De ahí que las condiciones de vulnerabilidad de los jóvenes termina siendo aprovechada por el Estado opresor para hacer creer a la sociedad que se está persiguiendo a quien realmente está haciendo daño y atentando contra el orden jurídico y social.

30 Manuel Iturralde, “Prisiones y castigo en Colombia: La construcción de un orden social excluyente”, en *Los muros de la infamia: Prisiones en Colombia y América Latina*, coordinado por Libardo José Ariza y Manuel Iturralde (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011), 147.

31 Alessandro Barata, “Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas”, *Revista hispanoamericana de disciplinas del control social* 9 (1986): 81.

trabajadora ni a la de los estudiantes; por lo que al estar por fuera de estos estándares<sup>32</sup> son catalogados como delincuentes:

Al tratar la violencia, la falta de seguridad, el incremento de la delincuencia, sin contextos sociopolíticos, se hace aparecer a los sectores marginales, a los pobres de la sociedad, especialmente a los jóvenes, como los responsables directos de la inseguridad en las ciudades y esto, de nueva cuenta, favorece el clima de hostigamiento y represión y otra vez, la justificación de las medidas legales e ilegales que se emprenden en contra de estos actores<sup>33</sup>.

Los jóvenes que se encuentran inmersos en este contexto social se convierten en clientes predilectos del sistema penal, siendo este el escenario en el que mejor se personifica la criminalización de la pobreza<sup>34</sup>. Bastante contradictorio resulta que quien asume la obligación de garantizar el acceso a los servicios básicos sea el mismo actor que genere la imagen de delincuente. Esto implica que el Estado está ejerciendo un doble papel, que, además de ser negativo, es omisivo y activo a la vez: por un lado, cuando a través de su política económica le niega al joven la posibilidad de acceder a condiciones que le permitan gozar de oportunidades mínimas; y, por otro, cuando mediante el ejercicio del poder punitivo instala una política criminal que se orienta a atacar, a perseguir y a eliminar personas que permanecen oprimidas bajo un sistema desigual. Esta perversa relación entre la ineficacia del Estado de bienestar y la criminalización de los jóvenes se convierte en el binomio perfecto para invisibilizar la realidad política y económica de un país<sup>35</sup>.

La estigmatización que se deriva del control penal sobre los jóvenes conlleva que se practiquen sobre estos diferentes tipos de discriminación social, política, económica, laboral y educativa<sup>36</sup>, por eso se relaciona al joven desempleado, desescolarizado con el delincuente o el vago, cuyos comportamientos están asociados con conductas desviadas. Amparar la seguridad, la propiedad y la estabilidad del sistema neoliberal son los propósitos de la criminalización y la penalización, “cuyas políticas y prácticas se basan en el debilitamiento y paulatino desmantelamiento del

32 Jiménez, “La delincuencia juvenil”, 222.

33 Rossana Reguillo, *Emergencia de culturas juveniles: Estrategias del desencanto* (Bogotá: Norma, 2000), 156.

34 Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas* (Buenos Aires: Ediar, 1998), 125.

35 Loïc Wacquant, “Castigar a los parias urbanos”, *Antípoda* 9 (2006): 61. Finalmente, como dice Jonathan Simon, en *Encarcelamiento masivo: Derecho, raza y castigo*. Estudio preliminar de Libardo José Ariza y Mario Andrés Torres (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2020), 99, el Estado carcelario no se determina por factores jurídicos sino por factores económicos y sociales.

36 Erving Goffman, *Estigma: La identidad deteriorada* (Buenos Aires-Madrid: Amorrortu, 1970), 15.

Estado social, y, ante todo, en el ensanchamiento y fortalecimiento de las instituciones policivas y penales”<sup>37</sup>.

Tal y como se acaba de afirmar, los jóvenes pertenecientes a clases sociales pobres se convierten en foco de persecución penal, sin embargo, resulta impreciso descartar otro grupo poblacional, que si bien tiene la posibilidad de acceder a condiciones básicas de supervivencia, también es objeto de persecución por parte del sistema, nos referimos propiamente a jóvenes de clase media, por lo general universitarios, que hacen parte de movimientos sociales que protestan en contra de las políticas de inequidad estatal. Se hace, por lo tanto, un tránsito de la criminalización de la pobreza hacia la criminalización de la protesta.

El mundo juvenil se caracteriza por generar discursos, movimientos, estilos de vida que definen la personalidad de una generación crítica de las políticas impuestas por el sistema estatal inequitativo. La lucha juvenil representada a través de los movimientos sociales normalmente es difundida por los medios de comunicación con una representación negativa —tal y como veremos en el apartado siguiente—, creando en el imaginario social la idea de una juventud rebelde que pretende desestabilizar la seguridad del Estado y de los “ciudadanos de bien”.

La reacción estatal para invisibilizar a este “grupo de divergentes” nuevamente es mediante la coerción del sistema penal, inicialmente a través de la persecución policial para dispersar a los “revoltosos” y posteriormente judicializando estos comportamientos que obstaculizan la tranquilidad de los demás ciudadanos y la seguridad del Estado. Se trata, por lo tanto, de trasladar la respuesta a los reclamos que hace este grupo, de su ámbito natural que sería el político-social, a un ámbito artificial, como el derecho penal<sup>38</sup>.

Aunque, si bien es cierto, cuando los actos de protesta trascienden la frontera de la violencia y afectan bienes jurídicos penalmente relevantes no podemos negar que el derecho penal puede intervenir, siempre y cuando su respuesta sea idónea, necesaria y proporcional; pero lo que no se puede normalizar es la utilización del derecho penal para criminalizar los movimientos sociales.

Tal y como explican Uprimny y Sánchez<sup>39</sup>, son diversos los peligros que suscita la tipificación de comportamientos que punibilizan la protesta social. En primer lugar, esto conlleva a que se consagren delitos cuyas

37 Olver Quijano Valencia, “(Neo) liberalismo, producción y criminalización de la pobreza”, *En-Contexto* 6 (2017): 13, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=551857514002>

38 Eugenio Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?: Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, compilado por Eduardo Bertoní (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 15.

39 Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez, “Derecho penal y protesta social”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?: Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, compilado por Eduardo Bertoní (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 49.

conductas no requieren de una intervención penal, dado que subsidiariamente el conflicto puede ser resuelto a través de otros mecanismos de control menos lesivos; en segundo lugar, esto puede suscitar una interpretación errónea de los tipos penales ambiguos, como el terrorismo, en pro de una aplicación extensiva y desproporcionada del derecho penal; y, en tercer lugar, esto puede provocar que los operadores jurídicos fuercen el encuadramiento de comportamientos que realmente son atípicos, con la única finalidad de instrumentalizar el uso del derecho penal y limitar el libre ejercicio de la protesta social.

El marco de las protestas de los jóvenes en las calles se ve continuamente afectado por escenarios que dan muestra del uso excesivo de la fuerza, las detenciones ilegales, los allanamientos arbitrarios, la judicialización de conductas bagatelas, así como su señalamiento por parte de los medios de comunicación bajo la etiqueta de guerrilleros, terroristas, homicidas y drogadictos. En estas estrategias de control se utilizan discursos disuasivos, mediáticos y tecnológicos para inducir al terror y al miedo, se presentan ideas que propenden a hacer creer que aquellos jóvenes que proponen un cambio son peligrosos. A través de esta política del miedo se instalan mecanismos de control penal que destruyen simbólicamente<sup>40</sup> y tratan como “enemigo” al joven que con su conducta amenazante desobedece el mandato del Gobierno.

Adicionalmente, la persecución penal que debe enfrentar el joven perteneciente a clases vulnerables o que forma parte de los movimientos sociales termina por complejizarse cuando este es sometido a la criminalización terciaria, pues allí no solamente se le excluye sino que se le anula como sujeto de derecho. En la mayoría de los centros penitenciarios y carcelarios de Latinoamérica se desconocen las reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, como, por ejemplo, condiciones de higiene, alimentación, atención en salud, instalaciones apropiadas, programas de resocialización para el interno y para el pospenado, acceso a oportunidades laborales y educativas, espacios adecuados para recibir visitas de sus familias o de sus cónyuges. Las condiciones de las prisiones no garantizan derechos básicos de los reclusos como la vida, la salud, la educación, la integridad personal, en últimas desconocen la dignidad humana del sujeto<sup>41</sup>.

Como caracterización general de la situación penitenciaria en Latinoamérica existen dos grandes factores objetivos que se encuentran identificados, el primero de ellos tiene que ver con las condiciones estructurales del espacio físico y, el segundo, con el déficit de personal penitenciario. Tal y como lo explica Carranza, estas dos características se complementan

40 José Manuel Valenzuela, *Trazos de sangre y fuego: Bionecropolítica y juvenicidio en América Latina* (México: Calas, 2019), 106.

41 Fernando Tocora, “Cárceles: Laberintos y cerrojos”, *Nuevo Foro Penal* 80 (2013): 139.

entre sí porque “si falta espacio, hay sobrepoblación y hacinamiento; y si falta personal, hay anarquía y vacío de autoridad, que es llenado por los liderazgos emergentes y el surgimiento de grupos de autodefensa”<sup>42</sup>, y de allí se derivan otras consecuencias que afectan tanto a las personas que se encuentran privadas de la libertad como al personal de vigilancia.

En Colombia, tal y como veremos a continuación, la sobrepoblación es el problema más complejo del sistema penitenciario, situación que menigua el trato digno y somete a los reclusos a condiciones de detención que desconocen su naturaleza como persona y como ciudadano<sup>43</sup>, es decir, que en el caso de los jóvenes este sistema refuerza el perfil de enemigos bajo el cual han sido judicializados.

Lo dicho hasta el momento nos permite establecer la relación existente entre la categoría del juvenicidio simbólico y el sistema penal. El control penal al que es sometido el joven a través de la persecución, la judicialización y el castigo lo sumerge en un estado permanente de aniquilamiento moral. El juvenicidio se ve representado en el sistema penal en todos los escenarios de la criminalización. En primer lugar, cuando decide seleccionar para su persecución a grupos de jóvenes que pertenecen a estratos sociales vulnerables o concibe como sujetos peligrosos a aquellos que forman parte de movimientos que expresan su descontento frente a las políticas gubernamentales; en segundo lugar, al judicializar la pobreza y la protesta social bajo el encuadramiento de tipos penales en los que se enmarcan conductas que provienen de comportamientos derivados de contextos que permiten su señalamiento y estigmatización; y, por último, al someter al joven a las condiciones de precarización de la cárcel se está incrementando el estado de marginalidad y de exclusión social.

## **Estado de la cuestión: los jóvenes privados de la libertad en Colombia**

A partir de los diferentes escenarios de la criminalización, teóricamente se puede afirmar que entre la categoría del juvenicidio y el sistema penal se comparten características que permiten relacionar uno y otro. Por lo tanto, a continuación, y enfocándonos en el contexto colombiano, vamos a hacer referencia a la manera como podría evidenciarse esa relación mediante el análisis descriptivo de series de tiempo, considerando las estadísticas oficiales del Inpec entre los años 2015 y 2019 de la población joven

42 Elías Carranza, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe: ¿Qué hacer?”, *Anuario de Derechos Humanos* 8 (2012): 32.

43 Cfr. Grupo de Prisiones - Universidad de los Andes, *Informe de Derechos Humanos del Sistema Penitenciario en Colombia (2017-2018)* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2019), <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/2019/GrupoPrisiones.InformeDDHH201.pdf>

privada de la libertad —condenada o procesada— entre los 18 y 24 y los 25 y 29 años que se halló en los registros de esta entidad.

El Inpec cuenta con el registro penitenciario y carcelario (Opepci), elaborado por la Oficina Asesora de Planeación, que captura información sociodemográfica y judicial de la población privada de la libertad en el Estado colombiano, de manera periódica<sup>44</sup>.

Según el informe metodológico que describe el proceso de recolección y tratamiento de los datos que son obtenidos por la institución se cuenta con el reporte mensual, acumulado al último día de cada mes, de toda la población que está privada de la libertad (intramural, domiciliaria y con control y vigilancia electrónica) bajo supervisión del Inpec en un periodo de tiempo determinado. Para efectos de este análisis se tomó como referencia la información reportada en el periodo que va desde agosto del 2015 hasta diciembre del 2019.

Teniendo en cuenta lo anterior, y para examinar el estado de la cuestión, (1) se realizó una descripción general de los tipos de delitos y la cantidad de población privada de la libertad en el periodo de tiempo señalado; (2) posteriormente, se tomó como referencia la variable edad que operacionaliza la condición de juventud, y, a partir de esta información, se elaboraron dos series de tiempo entre agosto del 2015 y diciembre del 2019: la primera para la población privada de la libertad entre los 18 y los 24 años, y la segunda para la población entre los 25 y los 29 años. Las series de tiempo, cuyo objetivo es examinar el comportamiento de los datos en un periodo de tiempo (segundos, minutos, horas, días, meses o años), se analizan solamente a nivel descriptivo, tomando como referencia la tendencia (direccionalidad e inclinación de la serie de tiempo) y la estacionalidad (factores repetitivos del comportamiento de los datos en un periodo de tiempo específico); y, (3) finalmente, se contrastaron los hallazgos con la realización de un grupo focal integrado por jueces, funcionarios judiciales y abogados litigantes con el objetivo de nutrir la interpretación de los datos estadísticos analizados.

Durante el periodo transcurrido entre el 2015-2019, el Inpec reportó que los cinco delitos de mayor comisión en Colombia se concentran en las siguientes conductas punibles: hurto; homicidio; tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones; y el concierto para delinquir. El hurto y el homicidio siempre ocuparon, en su orden, los dos primeros lugares; mientras que en los demás tipos penales se halló una variación entre puestos, pero sin desplazarse de este *ranking* inicial.

44 Para mayor información consultar el documento metodológico: <http://www.inpec.gov.co/documents/2014/3/53949/Documento+Metodol%C3%B3gico+feb+28+-+2017.pdf/ac08b264-14ce-685f-f690-4bb6a3453e30>

TABLA I.

Delitos registrados entre el 2015 y el 2019

| 2015                                                        | 2016                                                        | 2017                                                        | 2018                                                        | 2019                                                        |
|-------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| Hurto                                                       | Hurto                                                       | Hurto                                                       | Hurto                                                       | Hurto                                                       |
| Homicidio                                                   | Homicidio                                                   | Homicidio                                                   | Homicidio                                                   | Homicidio                                                   |
| Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes             | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes             | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes             | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes             | Concierto para delinquir                                    |
| Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones | Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones | Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones | Concierto para delinquir                                    | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes             |
| Concierto para delinquir                                    | Concierto para delinquir                                    | Concierto para delinquir                                    | Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones | Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones |

Fuente: elaboración propia basada en estadísticas del Inpec.

Que estos delitos sean los de mayor comisión nos permite reafirmar lo dicho frente a la relación existente desde el punto de vista teórico entre el juvenicidio y la criminalización primaria y secundaria, es decir, que la persecución penal y la judicialización se concentran en personas que requieren satisfacer sus necesidades básicas, asimismo que existe una política criminal que se fundamenta en intentar garantizar la seguridad. Como ha quedado explicado en el acápite anterior, el Estado ejerce sobre los jóvenes un doble papel, uno encaminado a desconocer condiciones básicas de supervivencia y otro orientado a mantener el *statu quo*.

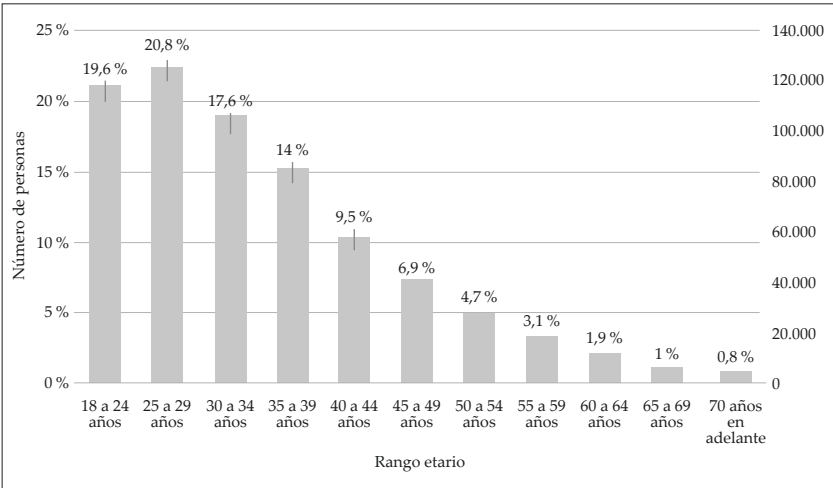
Las conductas punibles mencionadas se encuentran relacionados con bienes jurídicos como el orden económico y patrimonial, la vida y la integridad personal, la seguridad y la salud pública, bienes que representan, en mayor medida, los reclamos que los jóvenes hacen al Estado para obtener condiciones mínimas de salud, trabajo y educación<sup>45</sup>, y que, a su vez, expresan el deseo del Estado por mantener el orden y la seguridad a costa de quienes son incapaces de integrarse o acoplarse al sistema o a las políticas organizacionales.

Al analizar los registros se evidencia una mayor concentración de jóvenes entre los 18 a 29 años, que representan el 40,19 % de la población total privada de la libertad, siendo aquellos entre 25 a 29 años los que conforman el grupo mayoritario (20,76 %).

45 Sin que se entienda que estaríamos bajo supuestos de exclusión de la responsabilidad penal, aunque sí permite identificar la naturaleza del problema.

GRÁFICO I.

Total de población privada de la libertad entre agosto del 2015 y diciembre del 2019, distribuida en grupos etarios



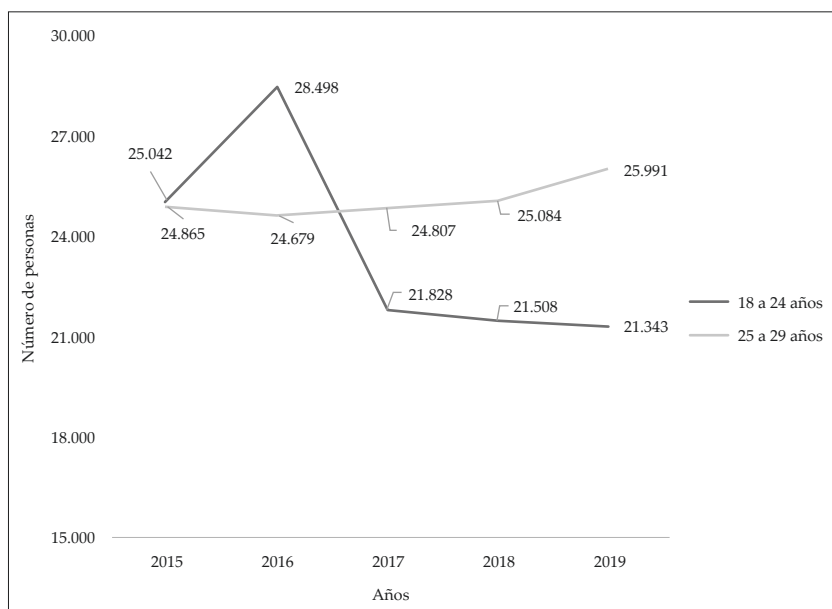
Fuente: elaboración propia basada en tableros estadísticos del Inpec.

También se advierte que 243.645 de las personas reportadas son jóvenes cuyas edades oscilan entre los 18 y 29 años; de estos, 118 están entre los 18 y 24 años y 125.426, entre los 25 a 29. Al examinar los datos del reporte acumulado al 31 de diciembre de cada año para estos dos grupos etarios, la línea oscura (gráfico 2) representa al primer grupo que muestra un decrecimiento en el registro entre el periodo 2016 y 2017, manteniendo una leve tendencia de decrecimiento entre el 2017 y el 2019. Por su parte, la línea más clara, que representa a la población entre los 25 y 29 años, muestra una tendencia creciente en todo el rango de tiempo.

Considerando las diferencias en las tendencias de los dos grupos etarios antes mencionados, se analizan de manera individual y se describen algunas características de la tendencia evidenciada en el reporte del Inpec. En el gráfico 3 se ratifica la tendencia decreciente del número de registros de jóvenes entre los 18 y los 24 años privados de la libertad, pasando de 23.766 en agosto del 2015 a 21.343 en el mes de diciembre del 2019. Sin embargo, la información reportada muestra un patrón de estacionalidad (comportamiento repetitivo de cambio de la tendencia) entre los meses de diciembre y enero de cada año, que es necesario analizar para tener mayor claridad sobre este fenómeno.

**GRÁFICO 2.**

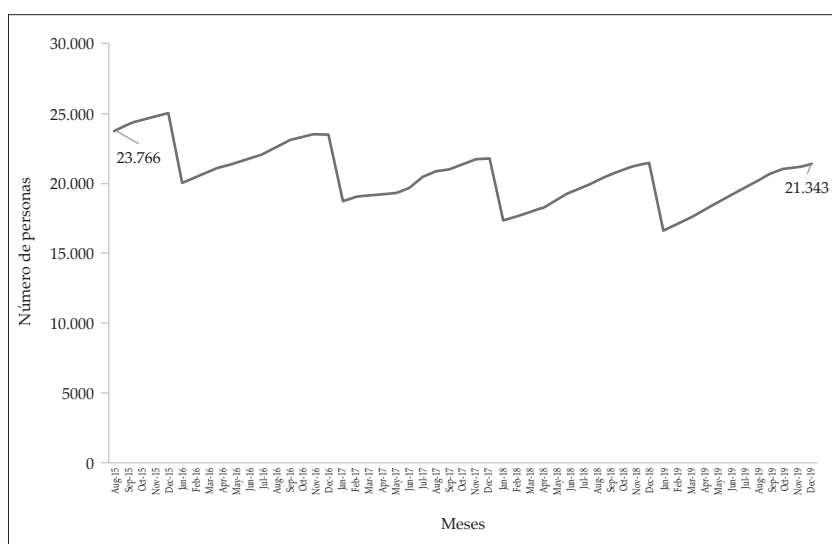
**Población privada de la libertad entre los 18-29 años (2015-2019). Reporte acumulado al 31 de diciembre de cada año**



Fuente: elaboración propia basada en tableros estadísticos del Inpec.

**GRÁFICO 3.**

**Registros de población privada de la libertad entre los 18 a 24 años (agosto del 2015 y diciembre del 2019)**



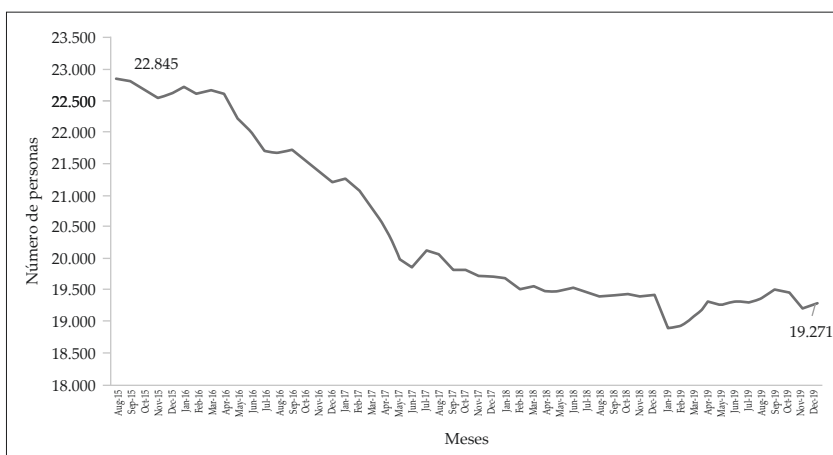
Fuente: elaboración propia basada en estadísticas del Inpec.

Para analizar este fenómeno se preguntó al grupo focal ¿qué explicación puede tener el comportamiento estacional (repetitivo año tras año) que se da entre los meses de diciembre y enero en el número de población privada de la libertad? Los integrantes del grupo coincidieron en que la variación de cifras entre diciembre y enero podría obedecer a un asunto de reporte de estadísticas, toda vez que, en el mes de diciembre, los órganos de control, como la Policía y Fiscalía, están obligados a presentar estadísticas de cierre de fin de año, cuyo balance positivo depende del número de capturas que se realicen y las causas que se presenten para audiencia de imputación de cargos, por tal motivo, noviembre y diciembre tiende a un alza en las estadísticas de criminalidad, lo que permite mostrar una presunta efectividad con relación a la persecución de la delincuencia, lo que coincide con la época de vacaciones de los jóvenes entre 18 y 24 años. En enero baja porque, al momento de la judicialización, el material probatorio resulta insuficiente o las capturas son declaradas ilegales por constituirse en falsos positivos<sup>46</sup>.

Para poder analizar la tendencia del comportamiento de esta población sometida a supervisión entre el 2015 y el 2019 se procedió a realizar el ajuste estacional, es decir, se eliminó el efecto estacional que se presenta en los meses de diciembre y enero para poder examinar solamente la tendencia de los datos.

#### GRÁFICO 4.

Ajuste estacional de los registros de población privada de la libertad entre los 18 a 24 años (agosto del 2015 y diciembre del 2019)



Fuente: elaboración propia basada en estadísticas del Inpec.

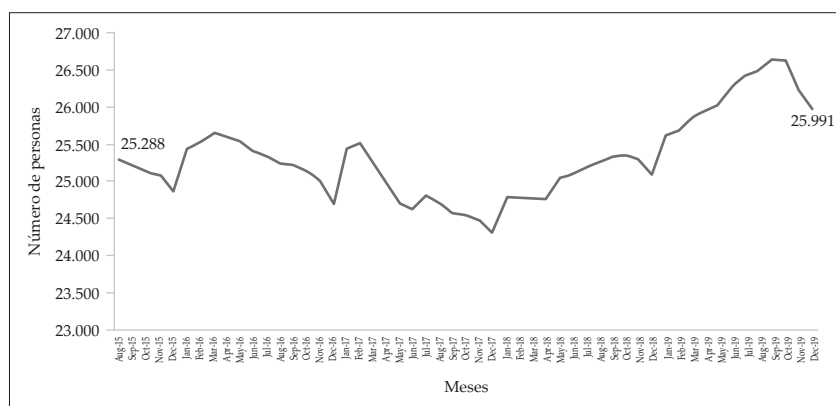
46 Esta información se obtuvo en una entrevista realizada a un defensor público el 4 de febrero del 2020, así como de la posterior creación de un grupo focal (21 de febrero del 2020) conformado por defensores, públicos y privados, asesores de la Fiscalía, investigadores y jueces de la república, quienes suscribieron el correspondiente consentimiento informado.

En el gráfico 4 se percibe con mayor claridad que existe una tendencia decreciente de este grupo poblacional con relación a su vigilancia por el sistema penitenciario y carcelario, especialmente a partir del año 2016. Según el grupo focal esto puede explicarse por varias razones: la primera, y quizá la más alarmante, es que a partir del año 2017 ha habido un incremento de los homicidios en esta población, por lo tanto, no son supervisados por el sistema no porque hayan dejado de ser foco de atención del control penal sino porque los están matando. La segunda tiene que ver con la entrada en vigencia de la Ley 1786 del 2016, que limita el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Otra explicación está relacionada con el cambio de la jurisprudencia frente a las capturas por porte y tráfico de estupefacientes para el consumo individual. Por último, indican que, como la mayoría de los delitos contra el patrimonio económico cometidos por estos jóvenes son de cuantía menor, por lo general los jueces se abstienen de proferir medidas de aseguramiento.

Por otro lado, respecto a los registros de la población privada de la libertad, entre los 25 y los 29 años, el fenómeno de estacionalidad se presenta en el periodo diciembre-enero, aumentando el número de detenidos de un mes a otro, es decir, situación contraria a la visualizada en jóvenes entre 18 y 24 años. Adicionalmente, tal como se evidenció en el gráfico 2, hay una leve tendencia de crecimiento en el número de personas supervisadas.

#### GRÁFICO 5.

Registros de población privada de la libertad entre los 25 a 29 años  
(agosto del 2015 y diciembre del 2019)



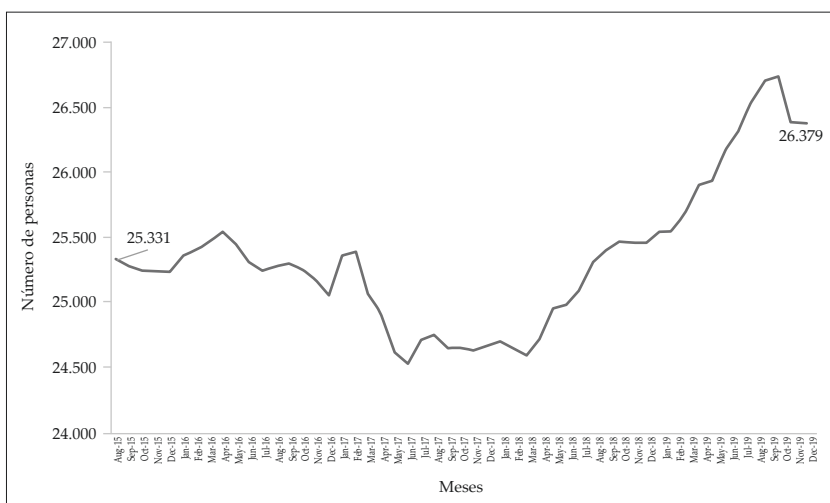
Fuente: elaboración propia basada en estadísticas del Inpec.

Al realizar el ajuste estacional (véase el gráfico 6), si bien se percibe un leve decrecimiento en la tendencia entre agosto del 2015 y mayo del 2018, la tendencia en los dos últimos años es creciente. La explicación que presenta el grupo focal se concentra básicamente en dos aspectos: el

primero de ellos es que en este grupo poblacional es mucho más palpable el fenómeno de la reincidencia, toda vez que, cuando salen de prisión, las condiciones de precarización continúan, por lo tanto, no les queda más alternativa que retornar al delito como mecanismo de subsistencia; y, el segundo, es que se observa, a partir del mes de junio del 2018, un incremento que coincide con el proceso electoral, con el posterior cambio de Gobierno en agosto y el aumento de la protesta social; por lo tanto, da la impresión que la política criminal implementada en el Gobierno actual se orienta a incrementar el uso del derecho penal para restablecer la figura de la “seguridad democrática”<sup>47</sup>, bandera del Gobierno Uribe.

#### GRÁFICO 6.

Ajuste estacional - registro de población privada de la libertad entre los 25 a 29 años (agosto del 2015 y diciembre del 2019)



Fuente: elaboración propia basada en estadísticas del Inpec.

Por otro lado, tal y como se anunció en la primera parte de este trabajo, la protesta social promovida principalmente por los jóvenes en Colombia también ha sido objeto de persecución penal. Un estudio publicado por la Unidad de Investigación Periodística del Politécnico Grancolombiano<sup>48</sup> da cuenta de que, entre los años 2000 y 2018, han

47 La seguridad democrática fue la política gubernamental que se instauró en Colombia durante el periodo 2002-2010, bajo el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez, actual líder político del partido Centro Democrático, al cual pertenece el presidente Iván Duque (2018-2022). La política de seguridad democrática, a grandes rasgos, es una política que propende por la defensa de los organismos estatales y el mantenimiento del orden estatal a través del uso punitivo de la fuerza o de cualquier otro mecanismo que garantice la estabilidad del Estado.

48 Unidad de Investigación Periodística del Politécnico, “Criminalización de estudiantes en Colombia”, <https://criminalizacionestudiantes.poligran.edu.co/estudiantescolombia.html>. De acuerdo con

sido judicializados 10.471 jóvenes por los delitos de rebelión y terrorismo, de los cuales el Estado solo pudo demostrar responsabilidad penal en 491 causas, pues los demás procesos fueron archivados, precluidos o finalizaron con sentencia absolutoria.

Entre el periodo 2015 y 2019 se presentaron diferentes manifestaciones y movimientos sociales. En el 2015 se registran varios paros, así, por ejemplo, en marzo hubo paro de camioneros, que duró alrededor de 24 días; en abril hubo paro de maestros y, otro más, entre septiembre y diciembre de universidades públicas<sup>49</sup>. De igual manera, en marzo del año 2016 fue convocado un paro nacional, en junio se instaló el paro agrario y a partir de octubre del 2016 los jóvenes convocaron masivas movilizaciones luego de los resultados del plebiscito por la paz<sup>50</sup>. Para el 2017 continúa el descontento por las políticas económicas y el incumplimiento de algunos de los acuerdos celebrados en paros anteriores, lo que lleva, una vez más, a que los manifestantes se congreguen en las calles: en mayo del 2017 se convoca a un nuevo paro de maestros y en septiembre otro más de universidades públicas<sup>51</sup>. De igual manera, en julio del 2018 fue convocada una movilización y, en octubre, los estudiantes de las universidades públicas llamaron de nuevo a un paro que se extendió hasta diciembre de ese año<sup>52</sup>.

No obstante, los acuerdos logrados en diciembre del 2018 no fueron respetados por el nuevo Gobierno y, en el 2019, tras un fenómeno de protestas a nivel global, pero en especial en diferentes países de Latinoamérica, la protesta social en Colombia tomó un nuevo impulso. En noviembre

---

testimonios presentados en el informe, en uno de ellos se manifiesta expresamente lo siguiente: "hay formas de criminalización con un nivel de elaboración mayor, donde se construyen casos, donde hay carpetas, donde hay inteligencia de por medio e intención de demostrar, en el periodo más duro de la confrontación y de la guerra, el vínculo de estudiantes con organizaciones insurgentes, con grupos al margen de la ley".

- 49 Al respecto véase "2015, el año de los paros en Cartagena y Colombia", *El Universal*, 30 de diciembre del 2015, <https://www.eluniversal.com.co/sucesos/2015-el-año-de-los-paros-en-cartagena-y-colombia-214694-DSEU318209>; "Termina paro de estudiantes de la Universidad del Valle", RCN, 12 de noviembre del 2015, <https://www.rcnradio.com/colombia/pacifico/termina-paro-de-estudiantes-de-la-universidad-del-valle>;
- 50 Cfr: "Paro nacional 2016: Colombia protesta contra la política económica de Santos", *El País*, 17 de marzo del 2016, [https://elpais.com/internacional/2016/03/17/america/1458205488\\_343262.html](https://elpais.com/internacional/2016/03/17/america/1458205488_343262.html); "Se levantó el paro agrario tras doce días de bloqueos y protestas", *Portafolio*, 12 de junio del 2016, <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/acabo-paro-12-junio-2016-497295>; "El llamado de los universitarios", *Semana*, 8 de octubre del 2016, <https://www.semana.com/nacion/articulo/marcha-convocada-por-universitarios-de-colombia-por-acuerdo-de-paz/498206>
- 51 Véase al respecto: "Cronología: Los momentos clave del paro nacional de maestros que duró 37 días", 17 de junio del 2017, *El País*, <https://www.elpais.com.co/colombia/cronologia-los-momentos-clave-del-paro-nacional-de-maestros-que-duro-37-dias.html>; "La crisis que está a punto de estallar en las universidades públicas", *El Tiempo*, 4 de octubre del 2017, <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/crisis-de-las-universidades-publicas-en-colombia-137460>
- 52 Al respecto: "Miles de maestros se movilaron en su marcha nacional", *El Colombiano*, 25 de julio del 2018, <https://www.elcolombiano.com/colombia/educacion/miles-de-maestros-se-movilaron-en-su-marcha-nacional-FY9054546>; "Lo que lograron los estudiantes: Un acuerdo histórico para el desarrollo de la Nación", *Semana*, 14 de diciembre del 2018, <https://www.semana.com/educacion/articulo/acuerdo-historico-entre-estudiantes-y-gobierno-por-la-educacion-superior-publica/594854>

del 2019 fue convocado un paro nacional con multitudinarias movilizaciones ciudadanas —que aún continúan, aunque en menor medida—, que principalmente rechazan reformas económicas, exigen el cumplimiento de los acuerdos de paz y el respeto por la vida de los líderes sociales.

El reciente paro nacional no solo se caracterizó por la asistencia masiva a las marchas, sino también por el uso indiscriminado de la fuerza pública, que propendía a generar una sensación de inseguridad entre los marchantes y no marchantes. Aunque los datos de captura y judicialización para el año 2019 no son muy claros, diferentes medios de comunicación han evidenciado la persecución a los jóvenes bajo titulares que dan cuenta de la satanización, el señalamiento y la criminalización de la protesta social<sup>53</sup>. De acuerdo con reportes de algunos diarios del país, entre el 21 y el 30 de noviembre se divulgaron cifras de capturas de 150 a 180 jóvenes, aunque otras más alarmantes indicaban que estas ascendían a 900 retenciones<sup>54</sup>; además de los allanamientos ilegales<sup>55</sup>, las muertes y el uso indiscriminado de la violencia provocado por el Esmad<sup>56</sup>.

Adicional a la persecución penal a la que son sometidos los jóvenes en Colombia por parte de las instituciones policivas y judiciales, tal y como se indicó antes, existe una problemática en el sistema penitenciario colombiano que recrudece las condiciones de precarización con las que ingresa

53 Cfr., por ejemplo, “Vándalos: ¿Llegará la justicia?, *Semana*, 30 de noviembre del 2019, <https://www.semana.com/nacion/articulo/paro-nacional-2019--vandalos-durante-las-protestas-en-colombia-llegara-la-justicia/642792>; “Tras paro nacional, operativo contra vándalos dejan 169 capturados”, *rcn*, 23 de noviembre del 2019, <https://www.rcnradio.com/colombia/tras-paro-nacional-operativos-contravandalos-dejan-169-capturados>; ¿Por qué quedaron en libertad los jóvenes capturados durante protestas?, *Caracol tv*, 23 de enero del 2020, <https://noticias.caracoltv.com/colombia/bogota/por-que-quedaron-en-libertad-los-jovenes-capturados-durante-protestas>; “Capturan a joven por escribir fecha del paro en el metro de Medellín”, *El Tiempo*, 14 de noviembre del 2019, <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/capturan-a-joven-que-rayo-el-metro-de-medellin-con-la-fecha-del-paro-del-21-de-noviembre-433482>; “Jóvenes capturados en el paro por presunta agresión a policías tuvieron audiencia en Paloquemao”, *Youtube*, 23 de noviembre del 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=4bTx0Fn9HQ8>; “Registan tres muertos y 98 detenidos tras protestas del jueves en Colombia”, *El Tiempo Latino*, 22 de noviembre del 2019, <http://eltiempolatino.com/news/2019/nov/22/registan-tres-muertos-y-98-detenidos-tras-protest/>

54 “Al menos 914 detenciones arbitrarias se han registrado en el paro nacional”, *Vanguardia*, 4 de diciembre del 2019, <https://www.vanguardia.com/colombia/al-menos-914-detenciones-arbitrarias-se-han-registrado-en-el-paro-nacional-JY1742319>

55 Véase “Allanamientos a colectivos y jóvenes promotores del Paro Nacional”, *Contagio Radio*, 19 de noviembre del 2019, <https://www.contagioradio.com/allanamientos-a-colectivos-y-jovenes-promotores-del-paro-nacional/>

56 Cfr. “El Esmad, la fuerza más temida para disolver manifestaciones en Colombia”, *Cable Noticias tv*, 28 de noviembre del 2019, <https://cablenoticias.tv/el-esmad-la-fuerza-mas-temida-para-disolver-manifestaciones-en-colombia/>; “Defensoría del pueblo manifiesta su preocupación por uso desmedido de la fuerza del Esmad”, *El Herald*, 23 de noviembre del 2019, <https://www.elheraldo.co/colombia/defensoria-del-pueblo-manifiesta-su-preocupacion-por-uso-desmedido-de-la-fuerza-del-esmad>; “Mi hijo no tiró piedras en las manifestaciones”: Madre del menor agredido por el Esmad en Manizales”, *El Espectador*, 23 de noviembre del 2019, <https://headtopics.com/co/mi-hijo-no-tiro-piedras-en-las-manifestaciones-madre-del-menor-agredido-por-el-esmad-en-manizales-9747723>; “Medicina Legal confirmó que Dylan Cruz murió por disparo del Esmad”, *El Tiempo*, 28 de noviembre del 2019, <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/dylan-cruz-medicina-legal-confirio-que-el-joven-murio-por-el-disparo-del-esmad-438524>

el joven al sistema, se trata del hacinamiento carcelario y las consecuencias que de este se derivan, como el espacio insuficiente, la alimentación en condiciones insalubres, la pésima calidad en los servicios de salud, la falta de personal que evidencia la desproporción entre el número de reclusos y el número de guardias, etc.

Como se puede observar en la tabla 2 —cifras acumuladas anualmente a 31 de diciembre—, las condiciones de hacinamiento en Colombia superan la capacidad carcelaria, lo que nos permite inferir, conforme al registro presentado en el gráfico 2, que buena parte de la población que se encuentra en situación intramural puede estar compuesta por jóvenes entre los 18 y 29 años, situación que empeora los escenarios de precarización para este grupo poblacional.

TABLA 2.  
Índice de hacinamiento y capacidad carcelaria

| Años                 | 2015    | 2016    | 2017    | 2018    | 2019    |
|----------------------|---------|---------|---------|---------|---------|
| Capacidad carcelaria | 77.953  | 78.420  | 79.211  | 80.227  | 80.236  |
| Población interna    | 121.318 | 119.033 | 115.383 | 119.172 | 121.713 |

Fuente: elaboración propia basada en estadísticas del Inpec.

El estado en el que se encuentran los centros carcelarios en Colombia desnaturaliza la categoría de ser humano y atenta contra la dignidad de las personas reclusas en ellos y, por ende, de la población joven que se encuentra en prisión.

Lo dicho hasta el momento nos permite relacionar la categoría del juvenicidio con la realidad del sistema penal en Colombia; pudimos advertir la existencia de un vínculo entre las características de aquel fenómeno con algunas de las formas de persecución, selección y estigmatización de la criminalización primaria, secundaria y terciaria en los jóvenes entre los 18 y 29 años, aunque reconocemos que algunos de los factores de variabilidad de la estadística estudiada todavía no nos permiten hacer algunas afirmaciones sino lanzar hipótesis, que requieren de una ampliación de la investigación.

## Conclusión

El juvenicidio entendido a partir de un concepto amplio permite identificar otras formas de exclusión del joven del contexto social. Atribuirles a los jóvenes características de sujetos inadaptados, anómicos y violentos genera una tendencia orientada a asociarlos con el delito, lo que, como consecuencia, provoca la construcción de una política criminal

de persecución, selectividad y estigmatización, en especial en contra de aquellos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad económica, educativa, laboral o en situación de protesta social. El control penal aniquila al joven a través de sus diferentes procesos de criminalización.

El sistema penal comparte con el juvenicidio características como la precarización, la pobreza, la desigualdad y la estigmatización de los jóvenes. El juvenicidio implica la precarización y banalización de las condiciones de vida de los jóvenes. El control penal con la persecución, estigmatización y selección de aquellos incrementa sensiblemente su vulnerabilidad, más aún cuando el entorno que ofrece el sistema penitenciario y carcelario resulta ser uno de los más crueles e indignantes.

De igual manera, se logró establecer que los jóvenes con mayor supervisión del sistema penitenciario y carcelario son aquellos que se encuentran en el grupo de los 25 a 29 años, mientras que los de 18 a 24 presentan, en los últimos años, menor vigilancia. Sin embargo, lo que sí es claro es que, al considerar estos dos grupos etarios en comparación con los otros, los jóvenes son los que más se relacionan con el sistema penitenciario y carcelario.

Por último, se debe reiterar que las condiciones carcelarias a las que son sometidos los jóvenes en nuestro país no solo los obliga a tener que cumplir con la sanción bajo circunstancias degradantes, sino que también, una vez estos retornan a la libertad, esa misma situación les impedirá reintegrarse dignamente<sup>57</sup> a la sociedad y gozar de condiciones mínimas de supervivencia. Es como si se tratara de un círculo vicioso en el que la persona queda condenada a una cadena perpetua de marginalidad, exclusión, selectividad, precariedad, estigmatización y pobreza.

## Referencias

- Aguilar-Forero, Nicolás y Germán Muñoz. "La condición juvenil en Colombia: Entre violencia estructural y acción colectiva". *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 13 (2015): 1021-1035.
- Barata, Alessandro. "Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas". *Revista hispanoamericana de disciplinas del control social* 9 (1986): 76-96.
- Bartol, Curt y Anne Bartol. *Criminal Behavior: A Psychosocial Approach*. Nueva Jersey: Prentice-Hall, 1986.
- Berlanga Gayón, Mariana. "El espectáculo de la violencia en el México actual: Del feminicidio al juvenicidio". *Athena Digital* 151 (2015): 105-128.
- Bourdieu, Pierre. *Cuestiones de sociología*. Madrid: Istmo, 2003.
- Bourdieu, Pierre y Jean Claude Passeron. *La reproducción*. Barcelona: Laia, 1996.

57 Hernández, "El fracaso de la resocialización", 32

- Brandariz García, José Ángel. "La difusión de las lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitiva". *InDret: Revista para el análisis del derecho* 2 (2014): 1-27. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1038.pdf>
- Cable Noticias tv, 28 de noviembre del 2019, <https://cablenoticias.tv/el-esmad-la-fuerza-mas-temida-para-disolver-manifestaciones-en-colombia/>
- Callejas Fonseca, Leopoldo y Cupatitzio Piña Mendoza. "La estigmatización social como factor fundamental de la discriminación juvenil". *El Cotidiano* 134 (2005): 64-70.
- Caracol tv, 23 de enero del 2020, <https://noticias.caracoltv.com/colombia/bogota/por-que-quedaron-en-libertad-los-jovenes-capturados-durante-protestas>
- Carranza, Elías. "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe: ¿Qué hacer?". *Anuario de Derechos Humanos* 8 (2012): 31-66.
- Clark, John y Eugene Wenninger. "Socio-economic class and area as correlates of illegal behavior among juveniles". *American Sociological Review* 27 (1962): 826-834.
- Contagio Radio, 19 de noviembre del 2019, <https://www.contagioradio.com/allanamientos-a-colectivos-y-jovenes-promotores-del-paro-nacional/>
- Couso, Jaime. "La especialidad del derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo". *Revista de Derecho (Valparaíso)* 38 (2012): 267-322.
- El Colombiano*. 25 de julio del 2018, <https://www.elcolombiano.com/colombia/educacion/miles-de-maestros-se-movilizaron-en-su-marcha-nacional-FY9054546>
- El Espectador*. 23 de noviembre del 2019, <https://headtopics.com/co/mi-hijo-no-tir-piedras-en-las-manifestaciones-madre-del-menor-agredido-por-el-esmad-en-manizales-9747723>
- El Herald*. 23 de noviembre del 2019, <https://www.elheraldo.co/colombia/defensoria-del-pueblo-manifiesta-su-preocupacion-por-uso-desmedido-de-la-fuerza-del-esmad>
- El País*. 17 de marzo del 2016, [https://elpais.com/internacional/2016/03/17/america/1458205488\\_343262.html](https://elpais.com/internacional/2016/03/17/america/1458205488_343262.html);
- El Tiempo Latino*. 22 de noviembre del 2019, <http://eltiempolatino.com/news/2019/nov/22/registan-tres-muertos-y-98-detenido-tras-protesta/>
- El Tiempo*. 28 de noviembre del 2019, <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/dylan-cruz-medicina-legal-confirmando-que-el-joven-murio-por-el-disparo-del-esmad-438524>
- El Tiempo*. 4 de octubre del 2017, <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/crisis-de-las-universidades-publicas-en-colombia-137460>
- El Universal*. 30 de diciembre del 2015, <https://www.eluniversal.com.co/sucesos/2015-el-ano-de-los-paros-en-cartagena-y-colombia-214694-DSEU318209>
- Fandiño, Yamith. "Los jóvenes hoy: Enfoques, problemáticas y retos". *Revista Iberoamericana de Educación Superior* 4 (2011): 150-163.
- Feffermann, Marisa. "Genocidio de la juventud negra: Deconstruyendo mitos". En *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela, 165-196. Barcelona: NED, 2015.
- Feixa, Carles, M. Àngels Cabasés y Agnès Pardell. "El juvenicidio moral de los jóvenes... al otro lado del charco". En *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela, 235-269. Barcelona: NED, 2015.

- Feldman, Philip. *Comportamiento criminal: Un análisis psicológico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Goffman, Ervign. *Estigma: La identidad deteriorada*. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu, 1970.
- Grupo de Prisiones - Universidad de los Andes. *Informe de Derechos Humanos del Sistema Penitenciario en Colombia (2017-2018)*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2019. <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/2019/GrupoPrisiones.InformeDD-HH201.pdf>
- Hassemer, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.
- Hassemer, Winfried. "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". *Nuevo Foro Penal* 51 (1991): 17-30.
- Hernández, Norberto. "El fracaso de la resocialización en Colombia". *Revista de Derecho, Universidad del Norte* 49 (2018): 1-41.
- Hernández, Teodoro. "Estratificación social y delincuencia: Cuarenta años de discrepancia sociológicas". *Revista Internacional de Sociología* 45 (2006): 199-232.
- Hulsman, Louk. "La criminología crítica y el concepto de delito". En *Criminología crítica - I seminario*, 199-217. Medellín: Universidad de Medellín, 1984.
- Iturralde, Manuel. "Prisiones y castigo en Colombia: La construcción de un orden social excluyente". En *Los muros de la infamia: Prisiones en Colombia y América Latina*, coordinado por Libardo José Ariza y Manuel Iturralde, 110-194. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.
- Jiménez, René Alejandro. "La delincuencia juvenil: Fenómeno de la sociedad actual". *Papeles de Población* 43 (2005): 215-261.
- Krauskopf, Dina. "Los marcadores de juventud: La complejidad de las edades". *Última década* 42 (2015): 115-128.
- Llobet, Valeria. "Políticas y violencias en clave generacional en Argentina". En *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela, 215-234. Barcelona: NED, 2015.
- Muñoz Conde, Francisco. "El nuevo derecho penal autoritario". *Nuevo Foro Penal* 66 (2003): 13-41.
- Muñoz Fernández, Luis Bernardo. "Políticas integrales de juventud versus políticas afirmativas". *Estudios de juventud* 59 (2002): 1-8.
- Muñoz, Germán. "Juvenicidio en Colombia: Crímenes de Estado y prácticas socialmente aceptables". En *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela, 131-164. Barcelona: NED, 2015.
- Muñoz, Sandra y Sara Alvarado. "Autonomía en movimiento: Reflexión desde las prácticas políticas alternativas de jóvenes en Colombia". *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 1 (2011): 115-128.
- Nateras, Alfredo. "El aniquilamiento identitario infanto-juvenil en Centroamérica: El caso de la Mara Salvatrucha (MS-13) y la pandilla del Barrio 18 (B-18)". En *Juvenicidio: Ayotzinapa y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela, 99-130. Barcelona: NED, 2015.
- Portafolio. 12 de junio del 2016, <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/acabo-pa-ro-12-junio-2016-497295>

- Pico Merchán, María Eugenia y José Hoover Vanegas García. "Condición juvenil contemporánea: Reflexiones frente a las realidades del actual contexto sociohistórico y laboral". *Polis Revista Latinoamericana* 39 (2014): 1-19. <http://journals.openedition.org/polis/10553>
- Planas-Lladó, Anna, Pere Soler-Masó y Carles Feixa. "Juventud, políticas públicas y crisis en España: ¿Triángulo mágico o triángulo de las Bermudas?". *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 2 (2014): 551-564.
- Quijano Valencia, Oliver. "(Neo)liberalismo, producción y criminalización de la pobreza". *En-Contexto* 6 (2017): 1-16. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=551857514002>
- Reguillo, Rossana. *Emergencia de culturas juveniles: Estrategias del desencanto*. Bogotá: Norma, 2000.
- RCN. 12 de noviembre del 2015, <https://www.rcnradio.com/colombia/pacifico/termina-paro-de-estudiantes-de-la-universidad-del-valle>.
- RCN. 23 de noviembre del 2019, <https://www.rcnradio.com/colombia/tras-paro-nacional-operativos-contravandalos-dejan-169-capturados>
- Reguillo, Rossana. "La condición juvenil en el México contemporáneo: Biografías, incertidumbres y lugares". En *Los jóvenes en México*, coordinado por Rossana Reguillo, 395-429. México: Fondo de Cultura Económica, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2010.
- Sandoval Moya, Juan. "Ciudadanía y juventud: El dilema entre la integración social y la diversidad cultural". *Última década* 19 (2003): 31-45.
- Semana. 30 de noviembre del 2019, <https://www.semana.com/nacion/articulo/paro-nacional-2019--vandalos-durante-las-protestas-en-colombia-llegara-la-justicia/642792>
- Semana. 8 de octubre del 2016, <https://www.semana.com/nacion/articulo/marcha-convo-cada-por-universitarios-de-colombia-por-acuerdo-de-paz/498206>
- Simon, Jonathan. *Encarcelamiento masivo: Derecho, raza y castigo*. Estudio preliminar de Libardo José Ariza y Mario Andrés Torres. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2020.
- Tocora, Fernando. "Cárceles: laberintos y cerrojos". *Nuevo Foro Penal* 80 (2013): 135-162.
- Unidad de Investigación Periodística del Politécnico. "Criminalización de estudiantes en Colombia". <https://criminalizacionestudiantes.poligran.edu.co/estudiantescolombia.html>.
- Uprimny, Rodrigo y Luz María Sánchez. "Derecho penal y protesta social". En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?: Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, compilado por Eduardo Bertoní, 47-74. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.
- Valenzuela, José Manuel. "Aunque nos sangre el corazón". En *Juvenicidio: Ayotzipana y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela, 11-14. Barcelona: NED, 2015.
- Valenzuela, José Manuel. "Remolinos de viento: Juvenicidio e identidades desacreditadas". En *Juvenicidio: Ayotzipana y las vidas en América Latina y España*, coordinado por José Manuel Valenzuela, 15-58. Barcelona: NED, 2015.
- Valenzuela, José Manuel. *Sed de mal: Feminicidio, jóvenes y exclusión social*. México: El Colegio de la Frontera Norte - Universidad Autónoma de Nuevo León, 2012.
- Valenzuela, José Manuel. *Trazos de sangre y fuego: Bionecropolítica y juvenicidio en América Latina*. México: Calas, 2019.

*Vanguardia*. 4 de diciembre del 2019, <https://www.vanguardia.com/colombia/al-menos-914-detenciones-arbitrarias-se-han-registrado-en-el-paro-nacional-JY1742319>

Vommaro, Pablo. "Juventudes, políticas y generaciones en América Latina: Acercamientos teórico-conceptuales para su abordaje". En *En busca de las condiciones juveniles latinoamericanas*, compilado por Sara Alvarado y Pablo Vommaro, 11-36. Buenos Aires: Clacso, 2014.

Wacquant, Loic. "Castigar a los parias urbanos". *Antípoda* 9 (2006): 59-66.

Youtube. 23 de noviembre del 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=4bTx0Fn9HQ8>

Zaffaroni, Eugenio. "Derecho penal y protesta social". En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?: Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, compilado por Eduardo Bertoni, 1-16. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.

Zaffaroni, Eugenio. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1998.

Zaffaroni, Eugenio, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho Penal - Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005.

# **Oportunidades y retos de la enseñanza del derecho a personas privadas de la libertad en Colombia\***

Mario Andrés Torres

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.628>

## Introducción

La educación en derecho para las personas privadas de la libertad es uno de los elementos fundamentales de la protección de los derechos humanos en prisiones y una de las herramientas más sólidas para combatir la reincidencia criminal. De acuerdo con el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos todas las personas tienen derecho a una educación que contribuya al desarrollo de la personalidad, incluidas las personas encarceladas. En el mismo sentido, la Constitución Política, en su artículo 67, y el Código Penitenciario, en su artículo 94, describen la educación penitenciaria como la base fundamental de la resocialización de los internos, ordenando la existencia de programas de educación permanente dentro de las cárceles.

A pesar de que la literatura comparada ha demostrado sistemáticamente que la inversión en programas de educación en cárceles reduce significativamente las tasas de reincidencia criminal<sup>1</sup>, la calidad y el acceso a la educación en cárceles presenta importantes carencias que hacen imposible cumplir con el fin resocializador de la pena. La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-388 del 2013, resumió abiertamente estas carencias al establecer que “el Sistema Carcelario actual no dispone de parámetros comunes y claros sobre los programas de resocialización, como consecuencia del abandono que ha tenido la reinserción social de quien ha cometido un delito”<sup>2</sup>. Esta incoherencia y falta de parámetros comunes para establecer pautas adecuadas en educación tienen una repercusión directa en el acceso y la calidad de la educación formal, lo cual tiene efectos

1 John H. Esperian, “The Effect of Prison Education Programs on Recidivism”, *Journal of Correctional Education* 61, n.º 4 (2010): 316-334.

2 Corte Constitucional, Sentencia T-762 del 2015, para. 157.

en el aumento significativo de la reincidencia criminal en Colombia y en la falta de oportunidades laborales de las personas que salen de prisión<sup>3</sup>.

La educación en derecho en prisiones no es la excepción a estas carencias en acceso y calidad. A pesar de la importancia para los encarcelados de conocer aspectos básicos del derecho penal y de la protección de los derechos que les otorga la Constitución Política, en ninguna regulación formal o implícita del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) se exige la existencia de programas sobre derechos para las personas encarceladas. Como consecuencia directa, los internos no suelen conocer sus propios derechos dentro de la prisión, rara vez conocen el reglamento de la cárcel y con mucha frecuencia desconocen cómo funciona el proceso penal por el cual se encuentran encarcelados. Ante estas ausencias, los internos suelen aprender sobre sus propios casos o sus propias sentencias a partir de la experiencia de otros internos que llevan más años en prisión o que tuvieron educación en derecho antes de ser encarcelados.

Esta situación no ha impedido que las personas encarceladas usen el derecho constantemente para proteger sus derechos. Al contrario, la situación penitenciaria ha pasado por un intenso proceso de judicialización en los últimos años, siendo los internos actores políticamente activos que han usado de manera consistente el derecho, particularmente la tutela, para defenderse política y jurídicamente de las condiciones inhumanas de detención que han sufrido por más de veinte años, sin una respuesta real del Gobierno nacional para dignificar las cárceles y lograr unas condiciones de reclusión que sean mínimamente respetuosas de los derechos humanos<sup>4</sup>.

Este texto pretende explorar los avances, los retos y las oportunidades de la enseñanza del derecho en prisiones en Colombia, y para esto se dividirá en cuatro secciones: en primer lugar se explorará muy brevemente la experiencia comparada de la enseñanza de derechos en prisiones y las ventajas de adoptar diseños educativos que empoderen a los internos para usar el derecho dentro y fuera de la cárcel a través de su experiencia participativa, permitiéndoles formar una mayor capacidad para defender sus derechos constitucionalmente protegidos; en segundo lugar se contextualizará la situación actual de la educación penitenciaria en Colombia, estudiando la estructura y metodología pedagógicas de los programas de educación penitenciaria ofrecidos por el Inpec; en tercer lugar se describirán los retos y las oportunidades de la enseñanza del derecho en establecimientos de reclusión a través de la experiencia de la clínica del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes, por

3 Grant Duwe y Valerie Clark, "The Effects of Prison-Based Educational Programming on Recidivism and Employment", *The Prison Journal* 94, n.º 4 (2014): 454-478.

4 Libardo José Ariza y Mario Andrés Torres, "Constitución y cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia", *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 630-660.

medio de la cual los estudiantes y asesores de la clínica jurídica enseñaron un corto currículo no formal de clases de derecho a funcionarios de la guardia e internos de la cárcel Modelo de Bogotá entre los años 2016 a 2019. La investigación concluye explicando por qué la enseñanza del derecho en prisiones es una oportunidad para empoderar políticamente a la población encarcelada, reduciendo el uso de la violencia como método de resolver conflictos y reduciendo la reincidencia criminal una vez salen de prisión.

## **Contexto de la enseñanza del derecho en prisiones: lecciones de la educación penitenciaria comparada**

En esta primera sección se pretende reflexionar de forma muy breve sobre los escenarios en los que la educación en derecho ha sido una herramienta exitosa para empoderar a las comunidades y lograr que las personas lo usen como forma de protección ante las injusticias dentro y fuera de la prisión. Con esto se espera mostrar el impacto de las clínicas jurídicas y organizaciones de derechos humanos que ofrecen programas de educación en derecho en el contexto comparado.

A pesar de las enormes carencias en acceso y calidad del tratamiento penitenciario en Colombia, la literatura comparada muestra cómo los programas de educación legal son una inversión muy importante para reducir la reincidencia criminal y atender las necesidades de las personas encarceladas, que necesitarán encontrar oportunidades laborales una vez salgan de prisión. No solo está demostrado que la inversión en programas educativos en prisión reduce de manera muy significativa las tasas de criminalidad<sup>5</sup>, también está demostrado que la enseñanza del derecho en prisiones es un elemento fundamental para lograr que los internos se sientan empoderados de sus derechos y que los programas educativos sean de utilidad para las personas dentro y fuera de la prisión<sup>6</sup>. También es una herramienta poderosa para conectar las problemáticas de derechos humanos de los internos con la academia y con organizaciones sociales que buscan proteger los derechos humanos y crear incidencia social en las cárceles.

Los casos más exitosos de intervención en educación legal suelen conectar universidades prestigiosas con programas de educación, facilitando programas de formación en docencia jurídica dentro de las prisiones. El caso más exitoso en el escenario comparado de la enseñanza en

5 Esperian, "The Effect of Prison Education Programs on Recidivism".

6 Stephen Duguid, "To Inform Their Discretion: Prison Education and Empowerment", *Journal of Correctional Education* 39, n.º 4 (1988): 174-181.

cárceles por parte de una comunidad por fuera de la prisión es el programa de la Universidad de Cornell "Prison Education Program". Este programa fue establecido para ofrecer cursos universitarios a personas encarceladas en cuatro cárceles de máxima y mediana seguridad del estado de Nueva York, conectando profesores y estudiantes con la posibilidad de dictar clases con créditos gratuitos, que posteriormente pueden ser homologables en cualquier universidad estadounidense<sup>7</sup>. De acuerdo con los creadores del programa existe amplia evidencia de que este tipo de programas impulsados por universidades pueden reducir en más del 60 % la reincidencia criminal, facilitando la relación entre académicos, activistas y personas privadas de la libertad<sup>8</sup>. En la actualidad, el programa se realiza en alianza con otras universidades de la Ivy League que se encuentran dentro del estado de Nueva York. Este tipo de programas educativos en general son muy prometedores en empoderar a las personas encarceladas sobre sus derechos o sobre su situación política, en especial cuando cuentan con el apoyo financiero e institucional de las universidades y una sólida relación con las autoridades penitenciarias.

En el escenario comparado, pero particularmente en Estados Unidos y América Latina, existe una fuerte intervención de organizaciones religiosas y algunas organizaciones no gubernamentales de carácter confesional que buscan combinar la educación con la enseñanza de la fe<sup>9</sup>. Este tipo de programas son ampliamente aceptados en las cárceles debido a que suele suplir algunas actividades de cuidado y asistencia de las personas privadas de la libertad, al tiempo que ofrecen charlas o actividades que buscan educar en la educación confesional a las personas encarceladas. No obstante, en este tipo de programas confesionales no es común la enseñanza del derecho o del empoderamiento jurídico de las personas en prisión<sup>10</sup>.

Otros programas de educación no formal también tienen efectos positivos: el fácil acceso a libros o la participación de los encarcelados en programas de radio dentro de la prisión han resultado prometedores para empoderar a comunidades históricamente discriminadas, particularmente a las mujeres y a las personas afro<sup>11</sup>. Ante la ausencia de programas de educación formales, el fácil acceso a libros es uno de los elementos de educación informal más importantes dentro de una prisión: los internos, en la mayoría de lugares del mundo, acogen la literatura como un

7 Para información sobre el programa véase University of Cornell, Cornell Prison Education Program, 2020, <https://cpep.cornell.edu/>

8 Robert Scott, "Using Critical Pedagogy to Connect Prison Education and Prison Abolitionism", *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 33, n.º 2 (2013-2014).

9 Kaia Stern, *Voices from American Prisons: Faith, Education and Healing* (Nueva York: Routledge, 2014).

10 James Beckford y Sophie Gilliar, *Religion in Prison: Equal Rites in Multi-faith Society* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

11 Heather Anderson y Charlotte Bedford, "What I Know Now: Radio as a means of empowerment for women of lived prison experience", *Journal of Alternative and Community Media* 2, n.º 1 (2017): 14-27.

elemento esencial para resistir el tiempo en la cárcel y encontrar maneras informales de educarse<sup>12</sup>. Así mismo, las bibliotecas públicas alrededor del mundo suelen tener, en menor o mayor grado, programas de préstamo de libros en cárceles, una actividad muy positiva que permite conectar las necesidades de la prisión con los programas que ofrecen los sistemas de bibliotecas públicas<sup>13</sup>.

Los programas educativos que han sido exitosos en el escenario comparado muestran cómo la educación tradicional con programas rígidos de cátedra pasiva, llamados por la pedagogía como “aprendizajes basados en competencias”, son poco efectivos para lograr propósitos educativos claros en prisión. En contraste, los programas que combinan la educación clínica legal con la enseñanza en cátedra activa son mucho más eficientes en lograr resultados efectivos para enseñar el derecho a poblaciones encarceladas. De acuerdo con la literatura sobre educación en prisiones, el enfoque de estos programas debería tener los siguientes elementos: (1) énfasis en el conocimiento y resolución de problemas desde una perspectiva crítica; (2) sensibilidad por la dimensión ética y moral del conocimiento impartido en prisión; (3) mecanismos participativos o democráticos en el manejo y la estructura del curso; (4) énfasis en la personalidad de la persona encarcelada y su entorno problemático como factor para considerar en la toma de decisiones; e (5) interdisciplinariedad que incluya conocimientos de las artes liberales o las humanidades como formas de hacer más visible y práctico el contenido aprendido<sup>14</sup>.

La literatura sobre pedagogía muestra que es importante establecer programas que hagan uso de metodologías de cátedra activa o de estudio de casos, y desincentivar el uso de la cátedra magistral pasiva como método de enseñanza. En ese sentido, se privilegia en entornos como las cárceles el uso de metodologías de aprendizaje basadas en la experiencia, en las cuales el conocimiento se adquiere mediante la práctica, la experimentación y el descubrimiento por medio de los sentidos<sup>15</sup>. Es por esto que, para la implementación de programas educativos en derecho en cárceles, es de suma importancia usar estrategias pedagógicas que incentiven la participación de los internos y su relación con el conocimiento a través de la práctica: metodologías como el juego de roles, el debate y el aprendizaje basado en problemas son mecanismos que son mucho más productivos para el aprendizaje en prisiones, en contraste con la cátedra magistral

12 Kenichi Nakane y Setsuko Noguchi, “‘Prison Libraries’ in Japan: The Current Situation of Access to Books and Reading in Correctional Institutions”, *Library Trends* 59, n.º 3 (2011): 446-459.

13 Por ejemplo, véase Gerhard Peschers y Anna Patterson, “Books Open Worlds for People Behind Bars: Library Services in Prison as Exemplified by the Münster Prison Library, Germany’s ‘Library of the Year 2007’”, *Library Trends* 59, n.º 3 (2011): 520-543.

14 Stephen, “To Inform Their Discretion”.

15 Martín Pantoja, Laura Duque y Juan Sebastián Correa, “Modelos de estilos de aprendizaje: Una actualización para su revisión y análisis”, *Revista Colombiana de Educación*, n.º 64 (2013): 88-90.

activa que, en general, no permite la adquisición de conocimiento por medio de la experiencia significativa<sup>16</sup>.

## Contexto y situación de la educación penitenciaria en Colombia

Esta segunda sección pretende describir brevemente la estructura actual de los sistemas de educación, recreación y deporte que son ofrecidos a nivel nacional por el Inpec en Colombia, así como caracterizar la población penitenciaria que recibe estos programas educativos. No todos los programas descritos se encuentran en todas las cárceles y dependen principalmente de la infraestructura y personal disponible para implementarlos, y en establecimientos de primera generación<sup>17</sup> normalmente solo se permite a una porción de la población minoritaria contar con la infraestructura y el personal necesarios para llevar a cabo programas más allá de los programas formales de educación.

De acuerdo con los lineamientos en educación, recreación y deporte del Inpec, los programas de educación en el Sistema Penitenciario y Carcelario se dividen en tres: en primer lugar existe un programa de educación formal, que comprende la alfabetización, el modelo educativo del Inpec a través de ciclos lectivos especiales integrados (CLEI)<sup>18</sup> y un sistema de educación superior a distancia; en segundo lugar existen programas para el trabajo y desarrollo humano que comprenden programas de educación informal, entre los que se incluyen programas académicos, laborales, complementarios y educación informal y, con particular importancia, programas sobre el consumo de drogas. Finalmente, existen programas paralelos de promoción de cultura, deporte y recreación que complementan la educación informal, entre los que se incluyen programas de circulación artística y cultural.

16 Betsy Perafán, Gabriela Carrillo y Aníbal Gálvez, *Colección Métodos de Formación Jurídica* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017).

17 De acuerdo con la oficina y estadística del Inpec, los establecimientos de primera generación son aquellos que fueron construidos entre 1811 y comienzos de la década de los noventa. En algunos establecimientos de primera generación se desconoce la fecha de construcción, ya que, en algunos casos, fueron casas reformadas, conventos o colegios de la época de la Colonia (por ejemplo, los establecimientos de Zipaquirá o Quibdó, o la propia penitenciaría La Picota), cuyo mantenimiento y adecuación puede ser más costoso que la construcción de nuevos establecimientos carcelarios. Además, estos establecimientos penitenciarios no fueron diseñados teniendo en consideración necesidades de educación, de manera que no cuentan con instalaciones separadas para los salones de clase o los talleres.

18 Los ciclos lectivos especiales para adultos se encuentran regulados en el Decreto 3011 del 2011 del Ministerio de Educación Nacional de Colombia.

TABLA I.  
Estructura de los programas educativos en el sistema penitenciario colombiano

|                                                                           |                                                                    |                                                                                           |
|---------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| Oferta de programas de educación, recreación, cultura y deporte del Inpec | Educación formal                                                   | Alfabetización                                                                            |
|                                                                           |                                                                    | Educación para adultos, modelo educativo por ciclos lectivos educativos integrales (CLEI) |
|                                                                           |                                                                    | Educación superior a distancia                                                            |
|                                                                           | Educación para el trabajo y desarrollo humano y educación informal | Programas académicos                                                                      |
|                                                                           |                                                                    | Programas laborales                                                                       |
|                                                                           |                                                                    | Programas complementarios                                                                 |
|                                                                           |                                                                    | Educación informal                                                                        |
|                                                                           | Promoción de cultura, recreación y deporte                         | Formación y circulación artística y cultural                                              |
|                                                                           |                                                                    | Deportes y recreación                                                                     |

Fuente: elaboración propia con información del Inpec.

Caracterización de la población

Antes de describir la formulación de programas del Inpec brevemente se caracterizará la población de este instituto para el año 2020. De acuerdo con la Oficina de Estadística del Inpec, un total de 119.564 personas se encontraban durante ese año en alguna etapa del proceso educativo formal establecido por el Inpec. No obstante, cabe anotar que la estadística solo refleja el nivel educativo en el que se clasifica al interno al entrar al establecimiento, no refleja que efectivamente todas estas personas se encuentren recibiendo educación.

De ellas, un total de 5986 (aproximadamente el 5 % de la población total) se encuentran en proceso de alfabetización, una proporción idéntica al promedio nacional de analfabetismo. Además, la mayoría de personas privadas de la libertad, de ambos sexos, se encuentran en tres momentos clave: terminando la primaria (ciclo CLEI 2), iniciando la básica media (ciclo CLEI 3) o terminando el bachillerato (ciclo CLEI 6). En contraste, solamente 4595 personas se encuentran en alguna etapa de educación superior o contaban con un título profesional o de posgrado.

En el mismo sentido, la segunda estadística relevante para caracterizar la población penitenciaria es la reincidencia, que es uno de los indicadores clave para medir la efectividad de los programas de resocialización (estudio, trabajo y enseñanza) en la prisión; en otras palabras, un mal sistema educativo tiene como consecuencia directa que las personas no puedan conseguir trabajo u oportunidades fácilmente al salir de prisión, lo cual, a su vez, aumenta el número de personas que vuelven a ingresar

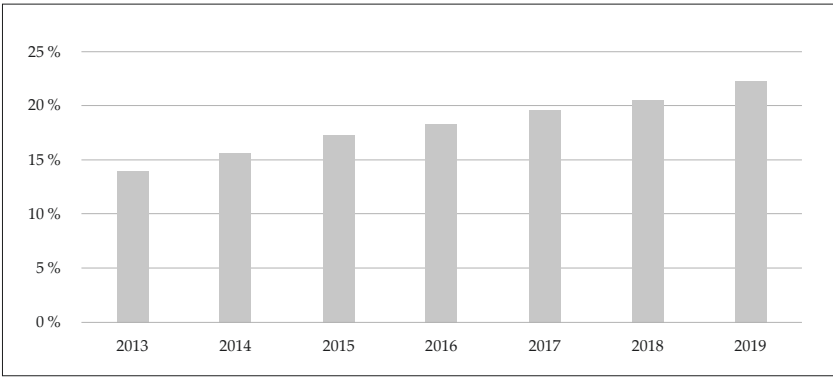
a la cárcel<sup>19</sup>. En Colombia, la falta de calidad y acceso a educación puede estar afectando negativamente la tasa de reincidencia: entre el 2013 y el 2019 la reincidencia criminal ha aumentado de forma muy significativa, del 14 % al 22,3 %. Todos estos indicadores apuntan a demostrar que, tal como lo han documentado las cortes y organizaciones civiles, la calidad y el acceso a educación en prisiones es extremadamente precario y tiene consecuencias directas en el aumento de la criminalidad y la reincidencia.

TABLA 2.  
Clasificación de la población penitenciaria por nivel educativo y sexo  
(enero del 2020)

|                          | Hombres | Mujeres | Total   |
|--------------------------|---------|---------|---------|
| Iletrados                | 5664    | 322     | 5986    |
| Ciclo I (grados 1, 2, 3) | 14.876  | 942     | 15.818  |
| Ciclo II (grados 4, 5)   | 23.706  | 1639    | 25.345  |
| Ciclo III (grados 6, 7)  | 20.267  | 1463    | 21.730  |
| Ciclo IV (grados 8, 9)   | 17.236  | 1378    | 18.614  |
| Ciclo V (grados 10)      | 7604    | 698     | 8302    |
| Ciclo VI (grados 11)     | 22.045  | 1754    | 23.799  |
| Total                    | 111.398 | 8196    | 119.594 |

Fuente: Oficina de Estadística del Inpec.

GRÁFICO I.  
Porcentaje de reincidencia criminal en el sistema penitenciario colombiano con corte al 31 de diciembre del 2019



Fuente: Oficina de Estadística del Inpec.

19 Juan Carlos Garzón, María Victoria Llorente y Manuela Suárez, "¿Qué hacer con la reincidencia delinencial?: El problema y sus posibles soluciones", *Notas estratégicas*, n.º 4 (2018).

## Educación formal

La prestación de la educación dentro de los establecimientos de reclusión se puede realizar mediante dos formas: a través de una institución educativa ubicada dentro del establecimiento de reclusión del orden nacional (ERON) o a través de instituciones educativas externas que cumplan tal función. La organización de estos modelos educativos no tiene una resolución unificada y coherente, pero sigue el modelo del Decreto 3011 del 2011, que regula el modelo de educación para adultos en Colombia.

En los casos en los que el establecimiento de reclusión cuente con las condiciones de infraestructura, recurso humano, físico, presupuestal y técnico pedagógico debe crearse una institución educativa para la prestación de la educación media. Como en cualquier colegio, esta institución deberá contar con un proyecto educativo institucional (PEI) y, además, seguir los fundamentos del Modelo Educativo del Inpec, denominado Plan de Acción y Sistema de Oportunidades (PASO)<sup>20</sup>. Para que los títulos obtenidos en este sistema sean homologables en el sistema educativo nacional, las instituciones educativas deberían ser reconocidas por la secretaría de educación del orden territorial para otorgar títulos en educación. No obstante, esta certificación no se tiene en todos los casos y las cárceles operan con frecuencia con sistemas educativos que no han sido certificados<sup>21</sup>.

En caso de no contar con la infraestructura suficiente para que el establecimiento de reclusión tenga una institución educativa propia, estos trabajos se podrán realizar a través de una institución educativa externa. Para efectos de la certificación de los estudios realizados por los internos en los diferentes ciclos lectivos se pueden realizar convenios suscritos por el director general del Inpec con instituciones públicas y privadas.

Las personas encarceladas que superen el ciclo formal de educación deberían poder presentar los exámenes del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (Icfes) Saber 11 y Saber Pro<sup>22</sup>. No obstante, un

20 Inpec, *Plan de Acción y Sistema de Oportunidades (PASO): Una Estrategia para el Tratamiento Penitenciario* (Colonia Agrícola de Acacías Meta, 2005).

21 Para que una institución educativa pueda operar dentro del establecimiento penitenciario, la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación) en principio exige los siguientes requisitos para habilitar un centro educativo propio al interior de una cárcel: (1) debe existir una aprobación de la secretaría de educación municipal o departamental; (2) el representante de la institución educativa debe ser preferiblemente un "licenciado en educación" nombrado por el Inpec; (3) se debe desarrollar un plan de estudio según el Modelo Educativo; (4) el plan educativo institucional debe contener el componente de evaluación de estudiantes; (5) en la carpeta de cada estudiante debe reposar una carpeta con los certificados de calidad, registro de asistencia, tiempo de redención y seguimiento del proceso de formación; y (6) los monitores educativos deben ser capacitados en el MEI y son los encargados de brindar acompañamiento al proceso educativo de cada estudiante.

22 Para presentar exámenes del Icfes, el Inpec firmó el Contrato interadministrativo n.º 017 del 2012 con el Icfes, cuyo objeto consiste en "Prestar el servicio de inscripción, citación, aplicación y consulta de resultados a través de internet, y aplicación de las pruebas correspondientes al examen de estado de la educación media Icfes Saber 11 y la validación del bachillerato del examen de estado y/o la validación general del bachillerato académico en un solo examen...".

número importante de establecimientos de reclusión del orden nacional no han presentado en ningún año a una persona privada de la libertad a este examen. Además, los resultados de los pocos que presentaron el Icfes Saber 11 no son alentadores: durante el año 2015 se presentaron 79 pruebas Icfes Saber 11 desde las prisiones, y solo 17 personas encarceladas obtuvieron un puntaje igual o superior a 250 puntos<sup>23</sup>. Estos resultados en calidad educativa y acceso a pruebas Icfes son inmensamente inferiores a los de la comunidad general, puesto que prácticamente todo estudiante de grado 11 debe realizar el examen Saber 11 de manera obligatoria para graduarse de bachillerato, algo que no ocurre en prisión.

## **Alfabetización**

Sin importar si la educación es prestada por una institución educativa dentro del ERON, las personas privadas de la libertad que sean identificadas como iletradas deben asistir obligatoriamente al programa de alfabetización y es prerequisite para entrar al sistema de actividades de los CLEI.

## **Educación básica y media: ciclos lectivos especiales integrales (CLEI)**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 53 de la Ley 115 de 1994, el ciclo lectivo especial integrado es aquel que se estructura como un conjunto de procesos y acciones curriculares organizados de modo tal que integren áreas del conocimiento y proyectos pedagógicos de duración menor a la dispuesta para los ciclos regulares del servicio público educativo para menores de edad, que permitan alcanzar los fines y objetivos de la educación básica y media de acuerdo con las particulares condiciones de la población adulta. Para la creación de los CLEI se usa un sistema de ciclos que comprende cursos de 40 semanas o de 22 semanas, los cuales son homologables con ciclos lectivos regulares que existen para la educación formal de adultos en el sistema nacional de educación. De esta forma, los CLEI se homologan con cursos lectivos según se puede observar en la tabla 3.

23 Libardo José Ariza, Manuel Iturralde, Mario Andrés Torres, Ángela Zorro, Julián Urrutia y Nicolás Echeverri, *Línea Base de Indicadores en Derechos Humanos para el Sistema Penitenciario y Carcelario* II (Consultoría para el Ministerio de Justicia y del Derecho y GIZ, 2018), 115-117.

TABLA 3.  
Distribución de los ciclos educativos en prisión

| Nombre del CLEI | Correspondencia con el ciclo lectivo regular | Duración y tipo de programa                                                                                     |
|-----------------|----------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| CLEI I          | 1.º, 2.º, 3.º                                | Educación básica, primaria y secundaria (Decreto 3011 de 1997, arts. 18-21)<br>Duración de 40 semanas cada CLEI |
| CLEI II         | 4.º, 5.º                                     |                                                                                                                 |
| CLEI III        | 6.º, 7.º                                     |                                                                                                                 |
| CLEI IV         | 8.º, 9.º                                     |                                                                                                                 |
| CLEI V          | 10.º                                         | Educación media (Decreto 3011 de 1997, art. 23)<br>Duración de 22 semanas cada CLEI                             |
| CLEI VI         | 11.º                                         |                                                                                                                 |

Fuente: Decreto 3011 del 2011 del Ministerio de Educación Nacional de Colombia.

Educación superior a distancia

Una vez el interno ha finalizado los estudios de educación básica, secundaria y media tiene la posibilidad de iniciar y culminar sus estudios de educación superior a distancia, de acuerdo con la oferta académica de las instituciones de educación superior. Simultáneamente, se pretende ampliar la oferta con carreras técnicas y tecnológicas a través de la metodología de educación abierta y a distancia, para lo cual es necesario acceder al apoyo económico del respectivo instituto que ofrece el programa. Para lograr este objetivo, el director del Inpec debe suscribir convenios con instituciones educativas de educación superior, a través de los cuales el recluso suele cancelar el 50 % del valor de la matrícula, mientras que el Inpec aporta entre el 30 % y el 35 % y la institución educativa entre el 15 % y el 20 %. Estos programas no son comunes, pero, actualmente, el Inpec tiene convenios suscritos con la Universidad Nacional a Distancia (UNAD) y con la Universidad Minuto de Dios (Uniminuto), que funcionan en algunas cárceles que tienen acceso a internet.

Programas de educación para el trabajo y desarrollo humano (programas de formación laboral, formación académica y educación informal)

Los programas de educación para el trabajo y el desarrollo humano son programas semiformales de educación que se encuentran regulados en el artículo 5.º de la Ley 115 de 1994 y el Decreto 2020 del 2006, que define la educación para el trabajo como “el proceso educativo [...] mediante el cual las personas adquieren y desarrollan a lo largo de su vida competencias laborales específicas o transversales, relacionadas con uno o varios

campos ocupacionales referidos en la Clasificación Nacional de Ocupaciones...”<sup>24</sup>. El ejemplo más prometedor de este tipo de programas híbridos es el Convenio 451 del 2015 entre el Inpec y el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), por medio de cual se han realizado acciones de formación, asesorías técnicas, programas de capacitación desescolarizada y acciones de emprendimiento en varias cárceles de Colombia. En el 2017, un total de 6476 aprendices se formaron en este tipo de programas, siendo el SENA la institución que facilita los talleres, materiales de formación y conforma los grupos de aprendices<sup>25</sup>. Gracias a este tipo de programas es común encontrar en las cárceles de Colombia algunos servicios como talleres de textiles, maderas, artesanías, barberías o panaderías.

De acuerdo con el Decreto 2020 del 2006, los subprogramas que hacen parte de lo que es considerado programas de educación para el trabajo y el desarrollo humano son los siguientes:

1. *Programas de formación laboral*: tienen por objeto preparar a las personas en áreas específicas de los sectores productivos y desarrollar competencias laborales específicas de acuerdo con la Clasificación Nacional de Ocupaciones. Para implementar un programa de este tipo se requiere una duración mínima de 600 horas, de las cuales, como mínimo, el 50 % debe corresponder a actividades de formación práctica, sea presencial o a distancia.
2. *Formación académica*: tiene por objeto la adquisición de conocimientos en diversos temas de la ciencia, matemática, técnica, tecnología, humanidades, arte, idiomas, desarrollo de actividades lúdicas, cultura, recreación, deporte y la preparación para impulsar procesos de autogestión (artículo 11 del Decreto 2888 del 2007).
3. *Programas informales*: tienen por objeto la difusión de todo conocimiento libre y espontáneamente adquirido, transmitido por personas, entidades, medios de comunicación, tradiciones, costumbres y otros procesos de educación no estructurados. Para que un curso informal pueda redimir pena debe tener una duración mínima de 160 horas y al final de los programas informales se otorga un certificado de asistencia al curso informal. A través de esta figura se regulan la mayoría de programas educativos incidentales en

24 En los términos del Decreto 2020 del 2006, para poder desarrollar un subprograma de educación para el trabajo y el desarrollo humano debe presentarse la propuesta del programa a la Junta Evaluadora de Trabajo, Estudio y Enseñanza (JETEE), que la aprobará para ser incluida en el plan ocupacional teniendo en cuenta los siguientes criterios: (1) tiempo de duración mayor a un mes; (2) que el proceso de formación necesariamente sea diario; (3) que se cuente con los recursos para el desarrollo del proceso de formación; (4) que exista disponibilidad de espacios para las clases teóricas y prácticas que haya lugar; y (5) que los aliados con los que se realizan este tipo de programas no propendan por ningún tipo de adoctrinamiento religioso o político.

25 Ministerio de Justicia y del Derecho, *Segundo informe de seguimiento a las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015* (Bogotá: Gobierno de Colombia, 2018).

prisión, como el comité de asistencia espiritual, comité de deportes, recreación y cultura, comité de derechos humanos, comité de salud, curso en artes y oficios, inducción al tratamiento penitenciario, promoción y prevención en salud, comunidades terapéuticas, programas deportivos, entre otros.

La oferta educativa del Inpec incluye la posibilidad de realizar programas de promoción de cultura, recreación y deporte. No obstante, no existe ninguna regulación sobre la manera como deben implementarse estos programas ni cómo contar con el apoyo de los establecimientos penitenciarios. En contraste, los internos organizan formas culturales y deportivas para pasar el tiempo y hacer uso de la escasa infraestructura disponible para recrearse o realizar deporte.

Por último, estos diseños institucionales, aunque robustos en el papel, rara vez son implementados en su totalidad en las cárceles colombianas, solo existiendo algunos de los programas descritos o solo existiendo programas formales de educación<sup>26</sup>. Los programas educativos del Inpec en la actualidad no tienen en consideración la necesidad de capacitar tanto a la guardia penitenciaria como a los internos en la enseñanza del derecho, de manera que estos programas, más allá de los esfuerzos de capacitación de la Escuela Penitenciaria del Inpec, son relativamente escasos en el sistema penitenciario.

## **La implementación de programas de enseñanza del derecho en cárceles colombianas: el caso del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes**

En esta sección se busca describir el programa informal de enseñanza del derecho implementado entre el 2017 y el 2019 por parte de estudiantes y asesores del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes. Con esto se busca mostrar, a través de un ejemplo práctico, los obstáculos y las lecciones más importantes de la implementación de un programa de capacitación en derechos para las personas privadas de la libertad.

El Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes es una clínica jurídica que se formó en el 2012 con el objetivo de incidir en favor de las personas privadas de la libertad a través de la atención jurídica, el litigio estratégico, la investigación y la educación en derechos<sup>27</sup>. En ese contexto, el programa de educación en derechos del Grupo de Prisiones surgió por la necesidad de capacitar guardias y personas privadas de la libertad

26 Libardo José Ariza, *Línea Base de Indicadores en Derechos Humanos*.

27 Para más información sobre las investigaciones de la clínica jurídica véase la página principal del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes, <https://prisiones.uniandes.edu.co/>

en aspectos fundamentales de derechos humanos, derecho constitucional, uso de la fuerza por parte de las autoridades penitenciarias y conocimiento del reglamento penitenciario.

El diseño de este programa informal de capacitación en derechos inició a través de la socialización de las temáticas que eran de más interés de los guardias y de las personas privadas de la libertad que participaban en la cárcel como gestores de derechos humanos de los patios. Así, posteriormente, se estableció un cronograma de temáticas que son periódicamente dictadas por estudiantes con el apoyo de los asesores jurídicos del Grupo de Prisiones. La estructura actual del programa cuenta con los siguientes contenidos divididos en sesiones semanales de dos horas durante un semestre:

1. *Introducción sobre fundamentación de los derechos humanos y el sistema penitenciario*: en el que se capacita a los internos en los derechos que les protege el canon de derechos humanos a través de las Reglas Mandela.
2. *Módulo de derechos constitucionales*: en el que se explica la base de los derechos fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales (con énfasis en el derecho a la salud como derecho particularmente problemático en prisiones). Así mismo, se explica el estado actual del debate constitucional en torno al estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario declarado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-388 del 2013 y en la Sentencia T-762 del 2015.
3. *Módulo de medios de protección que les otorga la Constitución para defender sus derechos dentro de la prisión*: en el que se explica la manera como los guardias e internos pueden hacer uso de la acción de tutela, el derecho de petición, la acción popular, la acción de cumplimiento, la acción de grupo, el *habeas corpus* y la acción pública de inconstitucionalidad.
4. *Módulo de generalidades del proceso penal colombiano*: en el cual se capacita a los internos en los principios que rigen el proceso penal colombiano y las etapas del proceso penal colombiano, regido por la Ley 906 del 2004 (etapa de indagación, investigación, juicio, segunda instancia y recursos de casación y revisión), así como del proceso penal abreviado de la Ley 1826 del 2017.
5. *Módulo sobre uso de la fuerza y reglamento penitenciario*: en el que se capacita a los internos y guardias en los límites y las responsabilidades que incluye el reglamento de la prisión.

El diseño metodológico de los cursos ha sido pensado con el objetivo de combinar la educación clínica legal con el aprendizaje basado en el análisis de casos. La educación clínica legal típicamente se refiere a la práctica

jurídica de estudiantes y profesionales del derecho al servicio de personas y grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad o con barreras en el acceso a la justicia. En esta metodología, el aprendizaje legal se combina con la solución y representación de asuntos jurídicos en casos reales, como preparación profesional para que posteriormente los estudiantes y las personas que reciben el aprendizaje estén preparados para representar o entender jurídicamente sus derechos ante el sistema de justicia nacional e internacional<sup>28</sup>. A través de este sistema, estudiantes y profesores del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes han participado constantemente en el diseño y la elaboración de las clases en derechos ofrecidas a personas privadas de la libertad.

El uso de estrategias de educación clínica legal se ha combinado con las metodologías de aprendizaje basado en el análisis de casos (*problem based learning*). En este tipo de aprendizaje la discusión de un problema o una necesidad de la comunidad es el inicio de la lección, a diferencia de la educación tradicional, en la que el problema o caso se discute al final de la lección. En esta metodología, un caso fáctico real es presentado al inicio de la sesión de clase, lo que permite al estudiante identificar las partes, los intereses en conflicto, la cronología de eventos y los posibles problemas que deberá resolver a lo largo del módulo. Posteriormente, a medida que los contenidos de la sesión sean presentados al estudiante, este podrá definir con mayor claridad las lecciones más relevantes de los temas aprendidos. Al final de la sesión, luego de un proceso de investigación y reflexión del estudiante, se socializan las lecciones aprendidas por este, se resuelven grupalmente los problemas que surgen del caso y se comparten los resultados obtenidos de la sesión de aprendizaje<sup>29</sup>. A través de este sistema de análisis de casos, las personas privadas de la libertad reciben una educación jurídica que es práctica, pues corresponde a sus necesidades y a los contextos penitenciarios en los que se encuentran inmersos.

El diseño metodológico del curso —aunque en construcción— ha buscado desde un principio abarcar los principios pedagógicos que integren las estrategias de pedagogía descritas anteriormente. Así, se busca enseñar el derecho a través de la pedagogía basada en experiencias, una estrategia de enseñanza en la que se privilegia el uso de casos, talleres, problemas ejemplo, juegos de roles y el uso de actividades grupales a través de la metodología del aprendizaje basado en problemas, en virtud de la cual las actividades son resueltas conjuntamente entre los internos y

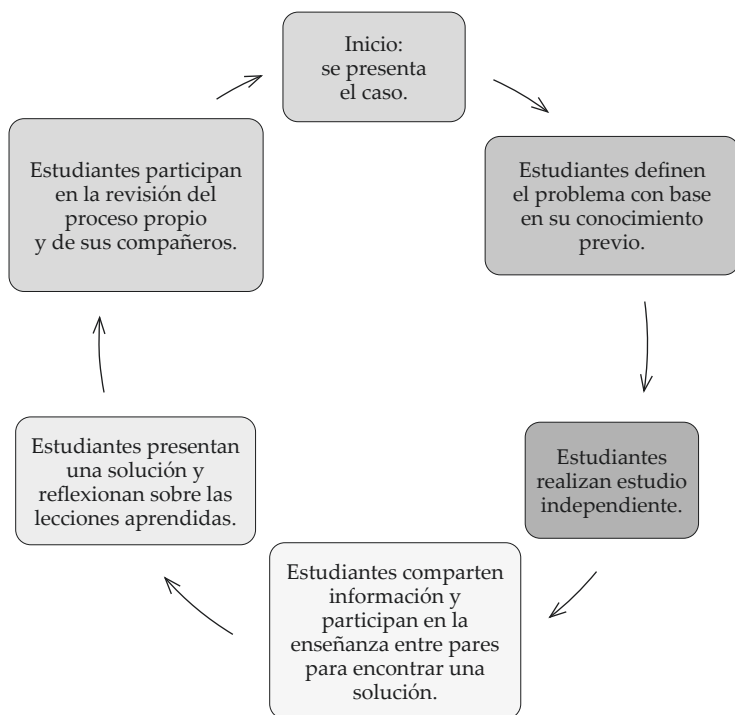
28 Emil Winkler, "Clinical Legal Education: A report on the concept of law clinics" (Universidad de Gothenburg, 2010).

29 Richard Grimes, "Aprendizaje basado en problemas y educación jurídica: Un estudio de caso en aprendizaje experiencial integrado", *Revista de Docencia Universitaria* 13, n.º 1 (2015).

los capacitadores<sup>30</sup>. Este tipo de metodologías pedagógicas privilegian la participación de internos y guardias en la resolución de casos prácticos, lo cual les permite adquirir el conocimiento a partir de la experiencia y en el proceso de adquirir valores democráticos como la participación, la escucha y la resolución pacífica de conflictos.

## GRÁFICO 2.

### Diseño de pasos del aprendizaje basado en casos



Fuente: Grimes, "Aprendizaje basado en problemas y educación jurídica" (véase la nota 29).

Gracias a la implementación de los programas estos temas son visibles para las personas privadas de la libertad, aunque algunos resultados son difíciles de cuantificar en el mediano plazo. En total, entre el 2016 y el 2019, el Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes capacitó en la cárcel La Modelo de Bogotá un promedio de veinticinco personas privadas de la libertad por semestre, así como a algunos guardias, en promedio dos por semestre, que se sumaban al diseño educativo del curso en derechos. La mayoría de las personas que recibieron esta capacitación han

30 Para una discusión metodológica sobre el aprendizaje basado en problemas y formas de educación en derecho véase Betsy Perafán, Gabriela Carrillo y Aníbal Gálvez, *El aprendizaje basado en problemas* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017).

sido representantes de derechos humanos en sus respectivos patios o han hecho informalmente labores de asesoría jurídica paralegal<sup>31</sup>, recibiendo conocimientos útiles para entender de forma más comprensiva el sistema jurídico y penal que los regula.

Las personas privadas de la libertad encuentran valioso el conocimiento establecido en estos programas informales, particularmente cuando resuelven dudas prácticas de los internos o cuando sus compañeros encuentran en este conocimiento nuevos caminos para demandar cambios ante la dirección de la cárcel o ante los jueces que reciben de forma cada vez más común tutelas y otras acciones judiciales a nombre propio de los internos. Por su parte, la guardia penitenciaria encuentra como positiva la experiencia de participar en estas capacitaciones, en la medida que han demostrado ser efectivas para conocer cuáles son sus derechos y deberes en el sistema penitenciario. Además, como resultado marginal, las capacitaciones conjuntas entre internos y guardias han permitido una mejor relación entre guardias y personas encarceladas, mejorando la capacidad de la cárcel para resolver conflictos entre guardias e internos de manera pacífica.

Otros efectos de estos programas de derecho son difíciles de cuantificar en el mediano plazo. En particular, es imposible conocer su impacto en la reducción de la reincidencia criminal, puesto que se requeriría la realización de un estudio longitudinal de las condiciones de vida de las personas que entraron y salieron del sistema penitenciario durante los cinco o diez años siguientes a su partida de la cárcel. Por el momento, las instituciones universitarias y el Inpec no cuentan con la capacidad logística ni presupuestal para realizar este seguimiento longitudinal de aquellos que salen de prisión.

A pesar de estos logros, los programas no formales de educación legal, como el implementado por el Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes, pueden tener algunas limitaciones. En primer lugar, los programas no formales no son en sí mismos certificados para que las personas privadas de la libertad reduzcan su condena por el beneficio de estudio, trabajo o enseñanza, lo cual las desincentiva a participar en los cursos cuando encuentran otra actividad que sí les permita reducir su condena. En segundo lugar, este tipo de cursos requieren una continuidad en el tiempo que normalmente es difícil de lograr en instituciones cerradas como el Inpec, pues las personas encarceladas rotan permanentemente de actividades como consecuencia de traslados, problemas de disciplina o necesidades del establecimiento penitenciario.

31 En Colombia es común encontrar personas privadas de la libertad que, con algunos conocimientos básicos en derecho, realizan acciones jurídicas básicas como derechos de petición o tutelas en favor de otras personas encarceladas. Si bien no es ideal que ofrezcan asesoría jurídica, es común encontrar personas privadas de la libertad con amplia experiencia en este tipo de labores.

Por último, estos programas dependen de la constancia de las universidades y organizaciones no gubernamentales que los ofrecen, de manera que, en eventos como el cierre de visitas por motivos de seguridad o salud pública, los programas educativos ofrecidos por instituciones externas quedan totalmente interrumpidos.

## **Retos y oportunidades en la implementación de la educación penitenciaria en Colombia**

Este texto concluye con algunas reflexiones sobre los obstáculos que existen para garantizar el acceso a una educación penitenciaria con calidad, tanto en el sentido general como en el caso de la enseñanza de conceptos básicos de derecho entre personas encarceladas y guardias. Con esto se espera incentivar la creación de espacios de enseñanza del derecho dentro de las cárceles de Colombia como manera de empoderar a la comunidad a usar el derecho como estrategia de protección de los derechos humanos en prisión.

En primer lugar, el mayor obstáculo normativo para garantizar una educación de calidad en prisiones es la falta de coherencia de un modelo educativo unificado que responda a las necesidades de los internos. El Modelo Educativo del Inpec data del 2006 y no establece pautas importantes sobre la forma de elaboración de los planes educativos dentro del Sistema Penitenciario y Carcelario, ni establece lineamientos sobre la implementación de programas educativos en las cárceles colombianas. El modelo educativo seguramente resultará útil para un experto en pedagogía, pero el modelo educativo actual ofrecido por el Inpec resulta poco útil para diseñar programas educativos a nivel nacional. La actualización y unificación de ese modelo educativo es una oportunidad fundamental para incorporar la enseñanza del derecho en las cárceles colombianas y para dar coherencia a todos los sistemas de tratamiento penitenciario que se encuentran muy fragmentados en las cárceles colombianas.

En segundo lugar, un problema central del sistema de educación penitenciaria actual es la necesidad de validación de estos programas en el modelo de educación general colombiano. Si los programas ofrecidos por los establecimientos de reclusión del orden nacional no cuentan con una certificación de la secretaría municipal de educación, los programas que se ofrecen en los establecimientos no son útiles para la vida en libertad de las personas privadas de la libertad. Por ejemplo, si el programa de CLEI VI de un establecimiento no se encuentra certificado por la autoridad municipal, todos los internos que terminen este programa no podrán presentarse a programas de educación superior en la medida que este título no es homologable por el Ministerio de Educación Nacional, lo que

desincentiva a la persona que sale en libertad a continuar con sus estudios y obtener una profesión que le permita salir del ciclo de criminalidad.

Finalmente, la ausencia de programas que explícitamente enseñen el derecho dentro de la educación penitenciaria crea dinámicas en las que los internos, ante la falta de acceso a justicia y a abogados, de manera autodidacta y sin conocimiento técnico aprenden el derecho para defenderse de las inhumanas condiciones de detención a las que son sometidos. En ese contexto, programas como los talleres de educación en derecho del Grupo de Prisiones han resultado de gran utilidad para empoderar a personas privadas de la libertad en sus derechos, mejorar la relación entre los guardias e internos y permitir espacios más democráticos dentro de la prisión.

## Referencias

- Anderson, Heather y Charlotte Bedford. "What I Know Now: Radio as a means of empowerment for women of lived prison experience". *Journal of Alternative and Community Media* 2, n.º 1 (2017): 14-27.
- Ariza, Libardo José, Manuel Iturralde, Mario Andrés Torres, Ángela Zorro, Julián Urrutia y Nicolás Echeverry. *Línea Base de Indicadores en Derechos Humanos del Sistema Penitenciario y Carcelario II*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho y GIZ, 2018.
- Ariza, Libardo José y Mario Andrés Torres. "Constitución y cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia". *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 630-660. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39501>
- Beckford, James y Sophie Gilliar. *Religion in Prison: Equal Rites in Multi-faith Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Duguid, Stephen. "To Inform Their Discretion: Prison Education and Empowerment". *Journal of Correctional Education* 39, n.º 4 (1988): 175.
- Duwe, Grant y Valerie Clark. "The Effects of Prison-Based Educational Programming on Recidivism and Employment". *The Prison Journal* 94, n.º 4 (2014): 454-478. doi:10.1177/0032885514548009.
- Esperian, John H. "The Effect of Prison Education Programs on Recidivism". *Journal of Correctional Education* 61, n.º 4 (2010): 316-34. [www.jstor.org/stable/23282764](http://www.jstor.org/stable/23282764).
- Garzón, Juan Carlos, María Victoria Llorente y Manuela Suárez. "¿Qué hacer con la reincidencia delincriminal?: El problema y sus posibles soluciones". *Notas estratégicas*, n.º 4 (2018). <http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/5ae0ab974baff.pdf>
- Grimes, Richard. "Aprendizaje basado en problemas y educación jurídica: Un estudio de caso en aprendizaje experiencial integrado". *Revista de Docencia Universitaria* 13, n.º 1 (2015).
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec). *Plan de Acción y Sistema de Oportunidades (PASO): Una estrategia para el tratamiento penitenciario*. Colonia Agrícola de Acacias Meta, 2005.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. *Segundo informe de seguimiento a las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015*. Bogotá: Gobierno de Colombia, 2018.

- Nakane, Kenichi y Setsuko Noguchi. "'Prison Libraries' in Japan: The Current Situation of Access to Books and Reading in Correctional Institutions". *Library Trends* 59, n.º 3 (2011): 446-459.
- Pantoja, Martín, Laura Duque y Juan Sebastián Correa "Modelos de estilos de aprendizaje: Una actualización para su revisión y análisis". *Revista Colombiana de Educación*, n.º 64 (2013): 88-90.
- Perafán, Betsy, Gabriela Carrillo y Aníbal Gálvez. *El aprendizaje basado en problemas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.
- Perafán, Betsy, Gabriela Carrillo y Aníbal Gálvez. Colección *Métodos de Formación Jurídica*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.
- Peschers, Gerhard y Anna Patterson. "Books Open Worlds for People Behind Bars: Library Services in Prison as Exemplified by the Münster Prison Library, Germany's 'Library of the Year 2007'". *Library Trends* 59, n.º 3 (2011): 520-543.
- Scott, Robert. "Using Critical Pedagogy to Connect Prison Education and Prison Abolitionism". *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 33, n.º 2 (2013-2014).
- Stern, Kaia. *Voices from American Prisons: Faith, Education and Healing*. Nueva York: Routledge, 2014.
- Winkler, Emil. "Clinical Legal Education: A report on the concept of law clinics". Universidad de Gothenburg, 2010.

# **Una apuesta a la construcción de ciudadanía desde la prisión\***

Maria Mauersberger  
Marcela Briceño-Donn

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.629>

## Introducción

En la primera parte de este texto señalamos los problemas y la vulneración de los derechos humanos que enfrenta la población detrás los muros, así como cifras sobre la privación de la libertad en Colombia y en otros países. Resaltamos que el encarcelamiento masivo no genera el cambio positivo esperado, sino empeora la vida de las personas entre rejas y la de sus familias. Solo la inclusión social y equidad pueden producir estos cambios reales. En la segunda sección mostramos que mientras no cambia la estructura tampoco sucede la resocialización, sino al contrario, una desocialización, como lo evidencian las cifras altas de reincidencia en Colombia. Por lo tanto, en la tercera sección resalta que, para construir ciudadanía desde la prisión, necesitamos programas de inclusión y participación en aspectos educativos, laborales, sociales, culturales y políticos de la sociedad, para generar un sentido de pertenencia político y comunitario. En la cuarta sección presentamos una alternativa o una transición de la prisión hacia la libertad, los centros de atención integral abiertos y semiabiertos (CAIAS). Para el acceso a los CAIAS debe haber un entrenamiento inicial intramural y, de manera progresiva, extramural, basado en el respeto de los derechos fundamentales, en condiciones de reclusión dignas y que propicien el acercamiento de las personas privadas de la libertad a las comunidades y a redes de apoyo. Cerramos el texto con nuestras conclusiones.

## La prisión en Colombia

El desmesurado número de mujeres y hombres privados de libertad<sup>1</sup>, sobre todo en países de bajos y medianos ingresos, hace que la población carcelaria sufra condiciones precarias de vida al interior de los muros, dados los reducidos recursos para enfrentar problemas como el hacinamiento, la falta de personal capacitado y las carencias en la atención adecuada en cuanto a alimentación, higiene y salud<sup>2</sup>.

A enero del 2020, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) registró un total de 124.188 personas privadas de la libertad en Colombia, con una capacidad para alojar 80.156 personas, equivalente a un intolerable 54,9 % de sobrepoblación<sup>3</sup>, lo que supone, entre otras cosas, la vulneración al derecho a la integridad personal, tal como lo ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. [...] tener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal”<sup>4</sup>.

A pesar de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas desde hace más de dos décadas, reiterada y ampliada por la Corte Constitucional en sucesivos y trascendentales fallos<sup>5</sup>, la situación persiste, se profundiza y la respuesta institucional es claramente insuficiente y desarticulada frente a la realidad de las prisiones.

Abordando la institución carcelaria desde un enfoque crítico, Carranza afirma que, a pesar de que se pueda creer que la justicia penal es la respuesta adecuada para el delito y que la imposición de penas puede, en

1 De acuerdo con las cifras publicadas en el 2019 por el World Prison Brief, los diez países con más altas tasas de encarcelamiento son los Estados Unidos, China, Brasil, la Federación Rusa, India, Tailandia, Indonesia, Turquía, Irán y Filipinas. Se calcula que el total de personas en prisión asciende a 6.912.563 hombres y mujeres. Colombia figura en el número 14 de la lista, precedida de México, Sudáfrica y Vietnam. La información cubre un total de 223 países.

2 Elías Carranza, *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas* (San José: Siglo XXI Editores, 2009).

3 El registro oficial indica que en Colombia, en la actualidad, hay 37.377 hombres y 3569 mujeres privados de la libertad sin condena, y 78.052 hombres y 5190 mujeres condenados.

4 Véanse, en este sentido, Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 150; Corte IDH, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de junio del 2005, párr. 118; Corte IDH, Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 15 de septiembre del 2005, párr. 95; Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de noviembre del 2006, párr. 315.

5 Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional, Sentencia T-388 del 2013, 28 de junio del 2013, M. P. María Victoria Calle Correa; Corte Constitucional, Sentencia T-762 del 2015, 16 de diciembre del 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

ejercicio de la función de prevención general negativa, disuadir a aquellas partes de la población que puedan estar inclinadas a la comisión de una conducta delictiva, la situación de la criminalidad sigue igual o incluso empeora. Si miramos la situación de las mujeres privadas de la libertad es preocupante que en Colombia se haya triplicado su número<sup>6</sup>. La profusión de nuevos delitos como respuesta generalmente demagógica a las demandas ciudadanas, particularmente en tiempos electorales, genera efectos perversos tanto en el sistema judicial como en el penitenciario.

Carranza señala, sin embargo, que “el delito es un fenómeno social que resulta de otros factores además de la justicia penal, sobre los que debemos trabajar si queremos reducirlo”<sup>7</sup>. Uno de los factores que incide en la alta probabilidad de cometer un delito es la situación socioeconómica desigual de quien lo comete. Pero a pesar de que la pobreza y desigualdad inciden en la probabilidad de delinquir, no son las únicas condiciones para explicar la criminalidad<sup>8</sup>.

El encarcelamiento masivo<sup>9</sup> no hace que las sociedades se vuelvan lugares más seguros. Frecuentemente, tampoco las víctimas están satisfechas con esta forma de justicia. La sociedad tiene menos confianza pública en el sistema de justicia penal y es más probable que aquellos que han estado en prisión se reincorporen a la sociedad con un sentimiento aun mayor de enajenamiento y odio<sup>10</sup>.

## De la “resocialización” a un “trato humano contra la vulnerabilidad”

Partimos del punto de vista que entiende el sistema penitenciario y carcelario como un mecanismo de control social que genera y propicia la exclusión social y marginalización. El objetivo teórico de este sistema

6 Carranza, *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*, 87.

7 *Ibidem*.

8 Isaac de León y Eduardo Salcedo, *El crimen como oficio: Ensayos sobre economía del crimen en Colombia* (Bogotá: Ediciones de la U, 2007), 48.

9 “Los sistemas penales funcionan bajo el concepto ‘retributivo’, es decir, que las personas deben pagar sus condenas en la cárcel. Se debe buscar que la sanción sea equivalente al daño causado. Entre más grave el crimen, más restricción de libertad. Pero en varios estudios se ha demostrado que la pena no está siendo eficaz, porque no está logrando una labor fundamental: la resocialización. Tampoco hay una reparación para las víctimas, ni siquiera se tienen en cuenta en los procesos”, explica el magistrado de la Sección de Primera Instancia para Casos de Reconocimiento. Laura Dulce-Romero, “Las sanciones propias de la JEP: Cuando el castigo no es la cárcel”, *El Espectador*, 29 de diciembre del 2020, <https://www.elespectador.com/colombia2020/justicia/jep/las-sanciones-propias-de-la-jep-cuando-el-castigo-no-es-la-carcel-articulo-902817>

10 Andrew Coyle, “La prisión del futuro: Cómo reducir el daño que produce a los reclusos y a la sociedad”, en *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, coordinado por Elías Carranza (San José: Ilanud, 2009), 127-136.

pretende la resocialización y rehabilitación del infractor de la ley, pero en la práctica es una desocialización: “los resultados apuntan a que, si bien el objetivo formal es la rehabilitación social, lo que termina por imponerse es la consolidación de las identidades prisionizadas a modo de una ‘desocialización ciudadana’”<sup>11</sup>.

Si estudiamos las cifras de reincidencia<sup>12</sup> es evidente que no puede hablarse de resocialización desde la prisión, porque no se cambian las estructuras sociales de inequidad y marginalización, sino se espera que el individuo se adapte a una vida a la cual es imposible adaptarse. Carranza describe lo irracional de la prisión como un espacio “basado en la noción de exclusión de la sociedad. Es ingenuo de nuestra parte suponer que, excluyendo a grandes cantidades de personas de nuestra sociedad por un tiempo determinado, de alguna manera las estamos convirtiendo en mejores ciudadanos”<sup>13</sup>. Sería más útil introducir oportunidades para la inclusión, restauración y reparación<sup>14</sup>.

Los procesos de justicia penal tienen un papel relativamente pequeño en la sustentación de los valores de la sociedad<sup>15</sup>. Por lo tanto, solo deberían entrar a prisión personas que han cometido crímenes graves y cuando no hay alternativas<sup>16</sup>.

Un aspecto importante a tener en cuenta es que la prisión, por su estructura totalitaria, da poco margen al individuo para construir ciudadanía. Lo que genera la voluntad del individuo de cumplir con ciertas normas y reglas que impone la sociedad es la inclusión y participación. Si la base es la exclusión no puede generarse el deseo de participar.

Este “déficit social” —y democrático— que afecta de forma tan intensa a las personas privadas de libertad, especialmente las de aquellos sectores de la población penitenciaria más vulnerables —[...], aquellas personas que carecen de apoyos y recursos sociales, familiares, económicos, etc.— va deteriorando, de modo progresivo, su conciencia y su identidad ciudadana de pertenencia a un mismo cuerpo social, al verse segregados de los espacios públicos comunes”<sup>17</sup>.

11 Chaime Marcuello-Servós y Jesús García-Martínez, “La cárcel como espacio de desocialización ciudadana: ¿Fracaso del sistema penitenciario español?”, *Portularia* 11, n.º 1 (2011).

12 De acuerdo con el Boletín Estadístico del Inpec de enero del 2020, la población reincidente condenada es de 17.543 hombres y 1123 mujeres. Agrega, además, cifras domiciliarias (4052 hombres y 567 mujeres) y vigilancia electrónica (639 hombres y 69 mujeres). La tabla no incluye a procesados, únicamente a quienes han sido condenados.

13 Carranza, *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*, 135.

14 *Ibidem*.

15 Coyle, “La prisión del futuro”, 131.

16 *Ibid.*, 132.

17 Héctor Silveira, “Barcelona y el fomento de la convivencia”, en *Emergencias urbanas*, coordinado por Iñaki Rivera y Roberto Bergalli (Barcelona: Anthropos, 2006).

En este marco, Zaffaroni<sup>18</sup> ha optado por lo que denomina un “trato humano contra la vulnerabilidad”, que implica replantear la criminología clínica tradicional partiendo de que buena parte de sus características, y especialmente las que se refieren a su condición social, no son “causas del delito sino de la criminalización”. Y agrega que “si logramos que la persona tome conciencia de que la criminalización obedece a esas características, no solo exteriores sino también de personalidad, como también del papel que pretende hacérsele desempeñar en el futuro, es muy probable que se obtenga su cooperación en la tarea de reducir estas ‘causas’ de la criminalización”.

Ese “trato humano reductor de vulnerabilidad”, por supuesto, no debe estar limitado a la prisión y al personal penitenciario, sino que es necesario el apoyo de personas y grupos externos —organizaciones de la sociedad civil, familiares de las personas privadas de libertad, voluntarios, académicos, estudiantes, etc.—, quienes permitan evidenciar desde el mundo exterior la realidad de la prisión y operen como “contrapoder o poder alternativo”.

Esta tesis, que compartimos e incorporamos en nuestra propuesta, invoca el trato humano y tiene, siguiendo nuevamente a Zaffaroni, “muchas más perspectivas de reducir la vulnerabilidad de los criminalizados en la medida en que la prisionización misma pueda evitarse o reducirse, en función de la incorporación de penas no privativas de libertad o del acortamiento de las que se impongan en función de alternativas parciales”.

Si las personas no son criminalizadas por su vulnerabilidad, determinada por su propia historia de exclusión, estigmatización y falta de oportunidades, sino que reciben un trato digno en la prisión, y cuentan con oportunidades de trascender esa puerta giratoria que por generaciones les ha impedido una inserción positiva en la sociedad, se podrá superar esa condición de vulnerabilidad. El encierro no es la respuesta, lo es la inclusión social y la conciencia de saberse sujeto de derechos.

Hoy en día, en Colombia, el grupo poblacional más numeroso entre las personas privadas de libertad está en el rango de los 25 a los 29 años<sup>19</sup>, seguido del grupo etario entre los 30 y los 34 años<sup>20</sup>. Mientras tanto, sus hijas e hijos están, en su mayoría, en condiciones de abandono o desamparo, dada la ausencia de políticas públicas eficientes para atender sus necesidades y la realización de sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales.

18 Eugenio Raúl Zaffaroni, “La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo”, en *Discutir la cárcel, pensar la sociedad: Contra el sentido común punitivo*, compilado por Gianella Bardazzano, Anibal Corti, Nicolás Duffau y Nicolás Trajtenberg (Montevideo: Trilce, 2015).

19 Un total de 26.310 hombres y 1.728 mujeres.

20 Un total de 20.928 hombres y 1.483 mujeres.

## Construyendo ciudadanía desde la prisión

*“Es muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad”<sup>21</sup>.*

Para poder vivir plenamente la ciudadanía se requiere un sentido de pertenencia político y comunitario, es decir, poder participar en los aspectos educativos, laborales, sociales, culturales y políticos de la sociedad, para sentir afinidad con los demás: “[...] a ser ciudadano se aprende como a casi todo, y además se aprende no por ley y castigo, sino por degustación. Ayudar a cultivar las facultades (intelectuales y sentientes) necesarias para degustar los valores ciudadanos es educar en la ciudadanía local y universal”<sup>22</sup>.

Entonces, para lograr construcción de ciudadanía en los centros de atención integral abiertos y semiabiertos (CAIAS), y, si no hay otra alternativa, en la prisión es necesario basarse en las siguientes directrices: (1) la ciudadanía se construye a través de la participación e inclusión; (2) para lograr la equidad y el cumplimiento de los derechos mínimos hay que mejorar las condiciones de vida de vulnerabilidad y pobreza extrema<sup>23</sup>, y así evitar la reincidencia y la desocialización; y (3) la ciudadanía implica el involucramiento de la familia u otras redes sociales de apoyo para dialogar y encontrar alternativas al crimen.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades en torno al trabajo y la educación en las prisiones como componentes del propósito “resocializador”, y si bien las consideraciones tienen un contenido garantista, en la práctica difieren sustancialmente de la realidad de las cárceles. Sin embargo, es importante señalar algunos pronunciamientos del tribunal constitucional, como quiera que señala estándares claros en materia de educación y trabajo en los establecimientos carcelarios que deberían cumplirse, tanto en las condiciones actuales de las prisiones como en el marco de la construcción de ciudadanía.

Así, en la Sentencia T-448 del 2014<sup>[24]</sup>, la Corte se refirió a la finalidad del tratamiento penitenciario y señaló, *inter alia*, que

El Código Penitenciario y Carcelario —Ley 65 de 1993— en el artículo 10.<sup>º</sup> que versa sobre la finalidad del tratamiento penitenciario dispone que *“El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del*

21 Francisco Muñoz, “La resocialización del delincuente: Análisis y crítica de un mito”, *Doctrina Penal: Teoría y práctica de las ciencias penales* 2, n.º 5 (1979).

22 Adela Cortina, *Ciudadanos del mundo: Hacia una teoría de la ciudadanía* (España: Alianza Editorial, 2009), 185.

23 Véase para el caso de Aragón (España): Marcuello-Servós y García-Martínez, “La cárcel como espacio de desocialización ciudadana”.

24 Corte Constitucional, Sentencia T-448 del 2014, M. P. Mauricio González Cuervo.

*infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario*". Esta disposición tiene dos dimensiones, por un lado, lograr la resocialización del transgresor de la norma y, por el otro, el derecho de los internos a acceder a programas de estudio o trabajo que les permitan redimir pena. (énfasis añadido)

En este sentido, reiteró<sup>25</sup> que "la pena no tiene un sentido de retaliación social o de venganza, ni puede ser aplicada con saña ni con desprecio hacia el ser humano que purga sus faltas anteriores. Ella tiene un carácter resocializador que debe aplicarse de modo civilizado, conforme al Derecho, sin que el Estado —que tiene la función de administrar justicia— abuse de sus atribuciones ni se iguale al delincuente".

Señaló la Corte que

El Código Penitenciario y Carcelario en sus artículos 142<sup>[26]</sup> y 143<sup>[27]</sup> establece que el tratamiento penitenciario tiene como objeto preparar a la persona que se encuentra privada de la libertad a través de la educación, el trabajo, actividades recreativas, culturales y deportivas, la instrucción y las relaciones de familia para el momento en el que recobre la libertad. Este tratamiento será progresivo.

6.4. Es así, que el trabajo, la educación, las actividades recreativas, deportivas y culturales, entre otras, son parte del núcleo esencial del derecho a la libertad, pues se constituyen en un mecanismo indispensable para lograr alcanzar la resocialización del reo. Debido a lo anterior, para los establecimientos penitenciarios debe ser una prioridad que los internos puedan acceder a los programas que les permite redimir pena durante las diferentes fases del tratamiento penitenciario<sup>28</sup>. Lo anterior, teniendo en

25 Corte Constitucional, Sentencia T-213 del 2011, 27 de marzo del 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Corte Constitucional, Sentencia T-718 de 1999, 28 de septiembre de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

26 Ley 65 de 1993, art. 142. "El objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad".

27 Ley 65 de 1993, art. 143: "El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible".

28 Ley 65 de 1993, art. 144:

El sistema del tratamiento progresivo está integrado por las siguientes fases:

1. Observación, diagnóstico y clasificación del interno.
2. Alta seguridad que comprende el período cerrado.
3. Mediana seguridad que comprende el período semiabierto.
4. Mínima seguridad o período abierto.
5. De confianza, que coincidirá con la libertad condicional.

Los programas de educación penitenciaria serán obligatorios en las tres primeras fases para todos los internos, sin que esto excluya el trabajo. La sección educativa del Inpec suministrará las pautas para

cuenta la incidencia del desarrollo de los mencionados programas en el derecho fundamental a la libertad de los internos.

Al analizar la educación y enseñanza en los establecimientos penitenciarios y carcelarios expresó la Corte Constitucional que “El artículo 67 de la Constitución Política indica que la ‘educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura’”. Y agregó que

el Código Penitenciario y Carcelario en el artículo 94 dispone que la educación al igual que el trabajo constituyen la base fundamental de la resocialización. En las penitenciarías y cárceles de Distrito Judicial habrá centros educativos para el desarrollo de programas de educación permanente, como medio de instrucción o de tratamiento penitenciario, que podrán ir desde la alfabetización hasta programas de instrucción superior. La educación impartida deberá tener en cuenta los métodos pedagógicos propios del sistema penitenciario, el cual enseñará y afirmará en el interno, el conocimiento y respeto de los valores humanos, de las instituciones públicas y sociales, de las leyes y normas de convivencia ciudadana y el desarrollo de su sentido moral.

Por lo que la Corte Constitucional dedujo que “el Estado tiene la obligación de implementar en los diferentes establecimientos penitenciarios programas de educación que le permitan al interno prepararse con una formación que al momento de recobrar la libertad le sea útil para incorporarse en la sociedad y aportarle a la misma”. Así mismo, está corporación aseguró en la Sentencia T-213 del 2011 que “el Inpec debe generar el ambiente propicio para que los internos que cuentan con conocimientos técnicos y profesionales puedan alcanzar los fines de la pena, enseñando a sus compañeros de reclusión”.

Además, en la Sentencia T-429 del 2010<sup>[29]</sup> concluyó en relación con el derecho al trabajo en las prisiones que

la dignidad humana implica la intangibilidad de ciertos bienes, por esta razón toda pena debe ser proporcional y con ella no pueden afectarse los derechos más allá de los fines resocializadores de esta. Es un hecho que, como se ha dicho, el castigo acarrea una carga sobre el cuerpo y que el trabajo penitenciario conlleva una afectación a la voluntad —toda vez que

---

estos programas, teniendo en cuenta que su contenido debe abarcar todas las disciplinas orientadas a la resocialización del interno.

PARÁGRAFO. La ejecución del sistema progresivo se hará gradualmente, según las disponibilidades del personal y de la infraestructura de los centros de reclusión.

es impuesto como parte del tratamiento penitenciario—, sin importar si se presta directamente al Estado o, a través de él, a particulares; por lo anterior, los reclusos se hallan dentro de una condición disminuida de disponibilidad sobre su fuerza de trabajo, que es legítima dentro del ordenamiento jurídico colombiano siempre y cuando sea proporcional. Sin embargo, debido a que la Constitución protege al trabajo en *todas* sus modalidades<sup>30</sup> y que los convenios internacionales así como la legislación interna expresamente se refieren al derecho de los reclusos de recibir remuneración equitativa sin distinción alguna, pues —se reitera— el artículo 14 del Convenio 29 de la OIT exige la remuneración en metálico, la Sala estima que el trabajo penitenciario debe ser retribuido también mediante el pago de una bonificación, pues este pago, por servirse de la fuerza de trabajo de un sujeto privado de la libertad, hace parte de la esfera de bienes intangibles de la población reclusa. Lo anterior, por cuanto como se ha dicho, es un elemento del que depende la efectividad de los fines resocializadores de la pena; lo que significa, entre otras, formarse en la cultura de la satisfacción personal de adelantar una labor productiva y legítima por la cual ser no sólo recompensado sino también reconocido. Así las cosas, el usufructo gratuito del trabajo del recluso acarrearía tanto una limitación desproporcionada de los derechos de los internos, como un desconocimiento frontal de sus propósitos institucionales. (énfasis en el original)

La referencia a la jurisprudencia constitucional refuerza la importancia de la construcción de ciudadanía para las personas en condición de vulnerabilidad, brindándoles herramientas útiles y prácticas para la vida en libertad, con enfoque diferencial, y ofreciéndoles oportunidades que les permitan, una vez cumplida la pena, contar con elementos que los ayuden a la inserción en el mundo laboral. Los derechos a la educación y al trabajo están consagrados en los instrumentos internacionales y en la legislación interna, y es responsabilidad del Estado garantizarlos.

De la condición de especial sujeción en que se encuentra la población reclusa no se desprende la pérdida de la dignidad humana. Si bien el Estado cuenta con potestades punitivas y disciplinarias, éstas encuentran límites en los derechos de los internos. Por ende, y debido a los fines de la pena, así como a la proporcionalidad de la misma, toda limitación o suspensión de los derechos de los reclusos debe estar autorizada por la Constitución y por la ley, no siendo legítimas afectaciones a los derechos que no busquen la resocialización o la garantía de los medios y condiciones para el ejercicio de los demás derechos de la población reclusa<sup>31</sup>.

30 Constitución Política de Colombia, art. 25, 1991.

31 Corte Constitucional, Sentencia T-429 del 2010, 28 de mayo del 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

## **Una propuesta con enfoque de progresividad: centros de atención integral abiertos y semiabiertos**

Con el fin de brindar una vida digna a más de cien mil personas que hoy están en las prisiones del país y a sus familias, y evitar los impactos de la prisionización, es urgente buscar un sistema incluyente y preventivo para generar cambios positivos.

Entendemos los CAIAS como una alternativa a la prisión que genera una verdadera inclusión en la sociedad, además de la restauración y reparación del daño causado. A través de la búsqueda de oportunidades, reconociendo errores, trabajando el espíritu y con el trabajo físico, día a día las personas pueden asumir la responsabilidad de su vida y de sus decisiones autónomas. Estos centros están pensados para aquellos individuos que no cometieron delitos de especial gravedad.

Es necesario contar con un equipo interdisciplinario que preste una atención integral para cubrir, en el sentido más amplio, con las necesidades de las personas hoy privadas de libertad. Para esto se necesita la adopción de medidas eficaces de acceso a educación de calidad, vivienda, salud y oportunidades de trabajo.

Por lo tanto, es importante involucrar al sector empresarial para que cumpla con el compromiso de responsabilidad social de ofrecer oportunidades de empleo a las personas en los CAIAS. Además, se deben generar convenios con el SENA y otras instituciones para ofrecer estudios técnicos que permitan la cualificación del trabajo de los exinfractores, en particular para las mujeres, quienes se ven mayormente afectadas por la discriminación y exclusión en una sociedad patriarcal y excluyente.

En otros países, la vinculación de las universidades ha sido de gran valor, por ejemplo, la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario de Argentina. Desde hace casi dos décadas, la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires realiza actividades en cárceles o instituciones asociadas a la problemática del encierro, el sistema penal, los derechos y la inclusión de las personas privadas de libertad ambulatoria o ya liberadas.

Tal como lo describe Parchuc<sup>32</sup>,

desde nuestra concepción, las prácticas e intervenciones universitarias en contextos de encierro no deberían limitarse a formar o capacitar a las personas privadas de libertad —garantizando su derecho a la educación superior—, sino también generar espacios que habiliten y pongan en juego distintos saberes, conocimientos y experiencias (sobre la cárcel, el sistema

32 Juan Pablo Parchuc, "La Universidad en la cárcel: Teoría, debates, acciones", *Redes de Extensión*, n.º 1 (2015): 18-36.

penal y la legalidad, pero también la educación, la investigación y las políticas institucionales) que den visibilidad, produzcan marcos de inteligibilidad y permitan denunciar los diversos problemas y necesidades que enfrentan las personas privadas de libertad y liberadas, escuchando y apoyando sus demandas, reponiendo el valor crítico de su palabra sobre el sentido común y las instituciones, involucrándose y participando de sus estrategias y modos de organización.

En este marco, un avance muy significativo en la Argentina lo constituye la Ley 26206 de Educación Nacional, que reconoció, por primera vez, a la educación en contextos de encierro como una de las modalidades del sistema educativo que garantiza el derecho a la educación a las personas privadas de libertad, en todos sus niveles y modalidades, sin ningún tipo de restricción ni discriminación. Posteriores iniciativas han permitido el reconocimiento pleno de los derechos de las personas privadas de libertad, promoviendo la participación de las escuelas y universidades, así como de las familias y organizaciones de la sociedad civil en el proceso educativo intramuros.

### **Algunas premisas básicas para la transición hacia la puesta en libertad**

En primer lugar es indispensable una mejoría en las condiciones generales de vida de la población carcelaria, tales como infraestructura, servicios básicos, salud, educación, como quiera que el ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad está inevitablemente asociado a un complejo cuadro de vulneración sistemática de múltiples derechos, interdependientes e interrelacionados, que deben abordarse de manera integral, para lograr una verdadera transformación que se traduzca en el respeto por su dignidad y responda a los fines de la privación de libertad.

En segundo término es fundamental, por las consecuencias irreversibles para la vida de las personas, brindar atención adecuada e integral en materia de salud física y mental a los hombres y las mujeres privados de libertad. Las condiciones de vida en prisión ofrecen condiciones insalubres, alimentación deficiente, restricciones de acceso a agua potable y para el aseo personal y de las instalaciones, cuyos efectos impactan de manera drástica la calidad de vida de las personas privadas de libertad. Asimismo, los impactos psicológicos derivados de la soledad, el abandono en muchos casos y la situación que deben enfrentar en el día a día en la prisión.

Finalmente, teniendo en cuenta los bajos niveles de escolaridad y la escasa y baja calidad de la oferta educativa y laboral en prisión, es fundamental priorizar la educación de calidad y las iniciativas laborales que permitan a las personas, una vez en libertad, contar con los conocimientos y las destrezas para sobrevivir dignamente al salir de prisión.

Para el acceso a los CAIAS debe haber un entrenamiento inicial intramural y, de manera progresiva, extramural, basado en el respeto de los derechos fundamentales, en condiciones de reclusión dignas y que propicien el acercamiento de las personas privadas de la libertad a las comunidades y a redes de apoyo.

Desde una perspectiva individual es necesaria la vinculación de cada una de las personas privadas de libertad a procesos de formación a través del acceso a programas educativos y de capacitación que favorezcan oportunidades efectivas de vinculación al mercado laboral, con componentes que incluyan el conocimiento de la institucionalidad y los recursos existentes para la exigibilidad de derechos.

En segundo lugar se propone un enfoque comunitario, caracterizado por la necesidad de crear espacios de interacción entre las comunidades receptoras y las personas privadas de libertad que faciliten su adaptación a la vida social, mediante estrategias de convivencia, construcción de ciudadanía, reconciliación y reactivación socioeconómica de las comunidades.

El modelo de la Asociación para la Protección y Asistencia a los Condenados (APAC), originado en Brasil, podría ser útil como referente, con los ajustes requeridos para el contexto de las personas privadas de libertad<sup>33</sup>. Este modelo desarrolla una metodología que enfatiza los aspectos de educación y socialización como medio para facilitar la reinserción social, mediante alianzas entre la Asociación para la Protección y la sociedad civil<sup>34</sup>.

Otro modelo interesante lo ofrece la justicia restaurativa<sup>35</sup> como una manera distinta de responder al crimen, puesto que el enfoque que se hace no es tanto en cómo castigar al delincuente, sino más bien en cómo reparar el daño causado, sobre todo la reparación del daño moral. La novedad es que las personas mismas, los familiares y las comunidades cercanas —no solo las autoridades—, tanto de la víctima como del victimario, manejen una comunicación que propicie la reparación del daño causado. A través del diálogo, cara a cara las dos partes, se intentará producir transformaciones positivas en el actuar para así solucionar conflictos en las relaciones<sup>36</sup>.

33 Para más información véase Carlos Arturo Ruiz, "¿El método APAC como alternativa de resocialización de la persona condenada es eficaz? Estudio de caso: Complejo Penitenciario y Carcelario El Pedregal" (tesis de doctorado, Universidad Santo Tomas, 2016), 232 y ss.

34 [http://www.sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/ficha\\_experiencia\\_reinsercion\\_empleo.pdf](http://www.sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/ficha_experiencia_reinsercion_empleo.pdf)

35 Véanse, al respecto, Roberto Moreno, "El European Forum for Restorative Justice (EFRJ): Una experiencia europea para promover la justicia restaurativa y la mediación en Europa y mejorar servicios públicos en el ámbito de la administración de justicia en Euskad", *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 10 (2016): 49-64; Helfgott Madeline Lovell y Charles Jacqueline y Lawrence, "Narrative accounts from the citizens, victims, and offenders restoring justice program", *Contemporary Justice Review* 5, n.º 3 (2010): 261-272.

36 Gery Johnstone, "Restorative Justice in Prisons: Methods, Approaches and Effectiveness", European Committee On Crime Problems (CDPC), Council for Penological Co-operation (PC-PC) (Reino Unido: University of Hull, 2014), 3.

Cualquier cambio en el esquema tradicional de tratamiento penitenciario para la reincorporación a la sociedad requiere capacitar e involucrar al personal de vigilancia y custodia del Inpec en los programas intramurales para evitar barreras y obstáculos en su ejecución.

## **Construcción del proyecto de vida**

El trabajo en los CAIAS empezará con un análisis de la historia de vida del individuo que necesita prepararse para una vida digna, sin delinquir. La innovación de estos centros es un sensible sondeo de los conocimientos y las capacidades existentes de los integrantes para incluirlos en el proyecto y generar en los beneficiarios un sentimiento de utilidad y de reconocimiento, lo que, a su vez, generará la motivación necesaria para participar de manera activa en todo el proceso.

Entonces, en primer lugar, deberíamos, a través del diálogo, hacer una evaluación profunda no solo de sus antecedentes (no solo penales), sino también de su estado de salud, enfermedades, problemas psicológicos, violencia intrafamiliar, ambiente socioeconómico y sociodemográfico del cual proviene, tasa delincencial en su comunidad o barrio, tipo de delito y acceso a educación y trabajo, cultura, política, así como ocupación antes del ingreso a la cárcel. Y dependiendo de la procedencia, urbana o rural, y del proyecto de vida, o sueño, se empezará el trabajo. Esta identificación de los factores individuales permite trazar un programa de tratamiento en los CAIAS enfocado a las necesidades de cada individuo.

Con base en esta evaluación preliminar se debe generar un plan de tratamiento por medio de programas de creación de oportunidades económicas y laborales con el objetivo de prepararse para la vida productiva. En este ámbito los integrantes juegan un papel central, pues son ellos los que deben informar qué conocimientos y capacidades tienen o requieren, para que sea exitoso el proceso. El enfoque diferencial es necesario para la plena inclusión, por ejemplo, si se trata de un campesino que aspira volver al campo se le debe ofrecer un programa específico para que pueda trabajar y desarrollar su proyecto de vida dentro de las opciones que brinda el campo, como la agricultura. Mientras que, si se trata de un padre de familia de una zona urbana, la atención debe ser distinta. Teniendo en cuenta que un porcentaje alto de los integrantes trabajaban el campo antes de entrar a la prisión se debe brindar asesoría en proyectos agropecuarios de diversa índole, que vayan desde el trabajo directo hasta la industrialización del agro o la creación de cooperativas para gestionar a los pequeños productores. Esta situación va a contribuir, por un lado, a generar oportunidades de ingresos reales para una vida en libertad y, por otro lado, a fortalecer la confianza de los integrantes en las posibilidades de una vida por fuera de la ilegalidad. Frecuentemente, y esto es especialmente problemático en el caso de las mujeres, el tratamiento penitenciario

les ofrece trabajos estandarizados como manualidades, artesanías o carpintería, pensados más para una vida en las zonas urbanas, pero que, en el contexto rural, no generan trabajo ni ingresos.

Así mismo, la personalización del tratamiento permite identificar la capacidad de los individuos para contribuir en diferentes aspectos dentro de la vida en prisión y afuera de ella.

Una vez que sabemos cuál es el enfoque del tratamiento, se organiza a las personas en grupos por zona de procedencia, género, proyecto de vida, conocimiento previo, nivel de educación, para posteriormente iniciar las etapas de intervención.

Es muy importante que el individuo pueda estar desde el principio en contacto con su familia u otras redes de apoyo importantes. Este contacto es factor de motivación para empezar y acabar con el proceso, y para que la integración a la sociedad sea de larga duración.

### **Acompañamiento de familiares y redes sociales relevantes**

La mayoría de los integrantes tienen familiares provenientes de zonas rurales o urbanas apartadas, a varias horas de viaje de la prisión. Para muchos de ellos la calidad de sus relaciones familiares se ve negativamente afectada por la distancia. Se encuentran separados de su familia por la distancia física y la falta de recursos económicos para transportarse. Con el propósito de generar un sentido de continuidad en las relaciones familiares es necesario que la prisión no interrumpa la necesidad esencial que tienen las familias de reunirse; esto se puede lograr mediante la organización de actividades familiares de manera rutinaria durante el periodo en los CAIAS, por ejemplo, actividades de alfabetización en forma de grupos de discusión literarios y actividades de escritura autobiográfica. Por lo tanto, en los CAIAS se intentará mantener un contacto constante con los familiares de los integrantes. El acompañamiento a las familias resulta fundamental para aminsonar las cargas de la experiencia penitenciaria para los prisioneros y para construir un ambiente adecuado para su reingreso a la vida ordinaria.

Entonces, de manera paralela al trabajo con el individuo, se busca fortalecer su entorno social, su familia, involucrándola en el proceso de construcción del proyecto de vida. Para esto puede ser necesario atención psicológica, microcréditos para vivienda, guarderías e incluso opciones de trabajo o estudio. Solo si se trabaja con toda la familia es posible la reintegración a la sociedad, porque se está creando una red social de apoyo. Además, se genera la motivación de volver a una vida plena.

### **Espacio de reconciliación y contacto con la comunidad**

Para un tratamiento exitoso en los CAIAS es fundamental incluir espacios institucionales que propicien el acercamiento del individuo a la comunidad.

Estos espacios de interacción entre las comunidades receptoras y las personas en los CAIAS facilitarán su adaptación a la vida civil y social, mediante estrategias de convivencia, construcción de ciudadanía, reconciliación y reactivación socioeconómica de las comunidades. Este enfoque tiene el beneficio adicional de permitir, a corto, mediano y largo plazo, una integración más profunda con políticas de desarrollo, consolidación de paz y reparación a las víctimas.

## **Acompañamiento en la experiencia pospenitenciaria**

El acompañamiento de las personas que salen de prisión y de los CAIAS es fundamental, sobre todo en los primeros dos años, sabiendo que es la época más difícil y en la que existe más riesgo de reincidir. La propia población privada de la libertad dice que el verdadero reto empieza el día en que salen de prisión. Todo hay que organizarlo de nuevo, el contacto con la sociedad, entrevistas de trabajo —en las cuales preguntan cuál ha sido su actividad durante los últimos años—, deudas, vivienda, afiliación a salud, entre muchas otras cosas.

Este acompañamiento debería ser brindado por la trabajadora social o el psicólogo, con una periodicidad semanal durante los primeros tres meses, pasando luego a una periodicidad quincenal durante el resto del primer año y mensual durante el año siguiente. Este apoyo debería estar orientado a apoyar cuestiones de acceso a grupos de autoayuda, tratamiento psicológico, vivienda, trabajo, educación, microcréditos, entre otras. Es importante tener en cuenta que la mayoría de la población que logra volver a la libertad experimenta grandes miedos existenciales; además, la experiencia de no poder encargarse de nada durante su estadía en prisión los angustia y neutraliza en la toma de decisiones, con lo que puede resultar abrumadora la organización de la vida en libertad. Lo anterior puede solucionarse con un apoyo adecuado con el que los pospenados puedan aprender a tomar de nuevo las riendas de su vida y a decidir sobre asuntos que los competen como individuos.

## **Prevención de la reincidencia a través de cambios estructurales y alternativas**

Es necesario ofrecer alternativas reales e integrales para la vida después de la prisión y de los CAIAS. La experiencia pospenitenciaria depende mayoritariamente de la capacidad de ofrecer alternativas sólidas. Esto se conecta con la formación y los programas implementados dentro de la prisión y los CAIAS, pero también con la disposición de garantías para retornar a la vida ordinaria que permitan la construcción del proyecto de vida en condiciones dignas. En esta materia es necesario pensar que la atención en los CAIAS no termina con el cumplimiento del tiempo aproximado,

sino que es un proceso que se extiende más allá, hasta que pueda darse un mínimo de solidez y continuidad a los proyectos emprendidos durante la estancia en estos espacios.

Es fundamental una buena interconexión entre las redes sociales e instituciones. Se requieren convenios entre los CAIAS y las universidades para generar rutas alternativas de aprendizaje y prevenir la reincidencia.

Estudiar, incluso más que el trabajo, permite que te acerques a un cierto ambiente y te alejes de malas tentaciones [...]. Los estudios nos proporcionan nuevas herramientas para juzgar nuestra vida cotidiana. La experiencia del centro universitario en prisión cambia radicalmente a los estudiantes encarcelados, [...]. Llegan a adoptar una postura crítica cuando piensan en su pasado. En su caso, la reincidencia es muy rara. (Courrier International, 18 de noviembre, 2008)

El Gobierno debería asegurar a través de leyes y acciones específicas que el retorno a la vida sea pacífico, con propuestas claras y acuerdos entre la comunidad y los expresos.

## Consideraciones finales

Teniendo en cuenta el carácter traumatizante, alterador del estado emocional y dañino que causa el encierro en la prisión, más la vulneración de los derechos de la población privada de la libertad, esta solo se debería utilizar como último recurso, cuando todo lo demás haya fracasado. El tratamiento y la atención de los infractores de la ley debería estar enfocado en la conciliación, mediación y reparación de la víctima. Además, se deberían tener en cuenta poblaciones vulnerables como mujeres, indígenas, entre otras. Lo que evitaría la estigmatización y marginalización de miles de personas en situación de vulnerabilidad en Colombia es un cambio estructural, basándose en la inclusión social, equidad y en el cumplimiento de los derechos humanos. Brindar condiciones más justas de vida sería la mejor prevención frente a la delincuencia y la miseria.

Consideramos los centros de atención integral abiertos y semiabiertos (CAIAS) como un paso importante para generar la inclusión, a través de una atención integral, que les permita a las personas vinculadas ver el mundo de manera distinta, trabajar su proyecto de vida, conectadas con la familia, redes sociales de apoyo importantes y con la comunidad. Esta conexión con la comunidad es esencial para lograr que la reintegración sea de larga duración. Iniciativas civiles de quienes estuvieron en prisión, familiares y profesionales juegan un rol importante en el acompañamiento en este proceso.

## Referencias

- Carranza, Elías (coord.). *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*. San José: Siglo XXI Editores, 2009.
- Coyle, Andrew. “La prisión del futuro: Cómo reducir el daño que produce a los reclusos y a la sociedad”. En *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, coordinado por Elías Carranza, 127-136. San José: Ilanud, 2009.
- Crétenot, Marie. *De prácticas nacionales a directrices europeas: Interesantes iniciativas en la gestión penitenciaria*. Roma: European Prison Observatory, 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi *vs.* Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 150.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de junio del 2005, párr. 118.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Raxcacó Reyes *vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre del 2005, párr. 95.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre del 2006, párr. 315.
- Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-388 del 2013, 28 de junio del 2013. M. P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. Sentencia T-762 del 2015, 16 de diciembre del 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional. Sentencia T-213 del 2011, 27 de marzo del 2011. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-718 de 1999, 28 de septiembre de 1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-429 del 2010, 28 de mayo del 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Cortina, Adela. *Ciudadanos del mundo: Hacia una teoría de la ciudadanía*. España: Alianza Editorial, 2009.
- De León, Isaac y Eduardo Salcedo. *El crimen como oficio: Ensayos sobre economía del crimen en Colombia*. Bogotá: Ediciones de la U, 2007.
- Independent Commission on New York City Criminal Justice and Incarceration Reform (2019). Stopping Paroles’s Revolving Door. Opportunities for reforming community supervision in New York.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec). Boletín Estadístico.
- Johnstone, Gery. “Restorative Justice in Prisons: Methods, Approaches and Effectiveness”. European Committee on Crime Problems (CDPC). Council for Penological Co-operation (PC-PC), 3. Reino Unido: University of Hull, 2014.
- Dulce-Romero, Laura. “Las sanciones propias de la JEP: cuando el castigo no es la cárcel”. *El Espectador*, 29 de diciembre del 2020. <https://www.elespectador.com/>

colombia2020/justicia/jep/las-sanciones-propias-de-la-jep-cuando-el-castigo-no-es-la-carcel-articulo-902817

Ley 65 de 1993. Código Penitenciario y Carcelario. *Diario Oficial* n.º 40.999.

Madeline Lovell, Jacqueline Helfgott y Charles Lawrence. "Narrative accounts from the citizens, victims, and offenders restoring justice program". *Contemporary Justice Review* 5, n.º 3 (2010): 261-272.

Marcuello-Servós, Chaime y Jesús García-Martínez. "La cárcel como espacio de desocialización ciudadana: ¿Fracaso del sistema penitenciario español?". *Portularia* 11, n.º 1 (2011).

Moreno, Roberto. "El European Forum for Restorative Justice (EFRJ): Una experiencia europea para promover la justicia restaurativa y la mediación en Europa y mejorar servicios públicos en el ámbito de la administración de justicia en Euskad". *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 10 (2016): 49-64.

Muñoz, Francisco. "La resocialización del delincuente: Análisis y crítica de un mito". *Doctrina penal: Teoría y práctica de las ciencias penales* 2, n.º 5 (1979).

Parchuc, Juan Pablo. "La universidad en la cárcel: Teoría, debates, acciones". *Redes de Extensión*, n.º 1 (2015): 18-36.

Ruiz, Carlos Arturo. "¿El Método APAC como alternativa de resocialización de la persona condenada es eficaz? Estudio de caso: Complejo Penitenciario y Carcelario El Pedregal". Tesis de doctorado, Universidad Santo Tomas, 2016.

Silveira, Héctor. "Barcelona y el fomento de la convivencia". En *Emergencias urbanas*, coordinado por Iñaki Rivera y Roberto Bergalli. Barcelona: Anthropos, 2006.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. "La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo". En *Discutir la cárcel, pensar la sociedad: Contra el sentido común punitivo*, compilado por Gianella Bardazzano, Aníbal Corti, Nicolás Duffau y Nicolás Trajtenberg. Montevideo: Trilce, 2015.

## Sobre los autores

**Diana Patricia Arias Holguín.** Abogada de la Universidad de Antioquia. Doctora en Derecho y Economía de la Universidad de Cádiz, y especialista en Derecho Penal y también en Teorías, Métodos y Técnicas de la Investigación Social, ambas de la Universidad de Antioquia. Profesora titular de la Universidad de Antioquia, institución a la que se vinculó en el año 2003. Coordinó la comisión que creó el doctorado en Derecho de la Universidad de Antioquia y es integrante del Grupo Derecho y Sociedad de esta misma universidad. Es autora del libro *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales* y de varias publicaciones académicas en el campo del derecho constitucional, del derecho penal y de la política criminal.

Correo: [diana.arias@udea.edu.co](mailto:diana.arias@udea.edu.co)

**Libardo José Ariza.** Abogado de la Universidad de los Andes, especialista y magíster en Sociología Jurídica del Instituto Internacional de Filosofía Jurídica de Oñati. Doctor en Derecho de la Universidad de Deusto. Se ha desempeñado como profesor en diversas universidades del país. Actualmente es profesor de la Universidad de los Andes. Sus líneas de investigación se centran en la sociología del derecho, la sociología del castigo y las prisiones. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran los artículos “Locked in the Home: A Critique of House Arrest as an Alternative to Imprisonment for Women Sentenced for Drug-Related Crimes” (2021), en *The Prison Journal*; “Whipping and jailing: The Kapuria jail, indigenous self-government and the hybridization of punishment in Colombia” (2021), en *Incarceration*; y “El cuerpo de los condenados: Cárcel y violencia en América Latina” (2020), en *Estudios Sociales*.

Correo: [lj.ariza20@uniandes.edu.co](mailto:lj.ariza20@uniandes.edu.co)

**Marcela Briceño-Donn.** Abogada de la Universidad Javeriana, máster de la Universitat Oberta de Catalunya en Derecho Internacional Humanitario y Justicia Penal Internacional. Ha realizado cursos sobre Investigación y Persecución de Crímenes Internacionales (Leiden) y Derechos Humanos de la Niñez (Ginebra). Fue becaria Rómulo Gallegos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente especialista en la Secretaría Ejecutiva. Ha sido directora de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en la Cancillería, funcionaria en OACNUDH, consultora en ONU Mujeres, Unicef, BID, ICTJ, Coalico, Defensoría del Pueblo, Alto Comisionado para la Paz y en la Procuraduría, en temas de litigio internacional, docencia, niñez, conflicto armado, justicia transicional, personas privadas de libertad, desaparición forzada y tortura.  
Correo: mbdonn@gmail.com

**Salim Chalela Naffah.** Doctor en Educación por la Universidad de Barcelona (España) y máster en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana. Estudió Relaciones Internacionales en la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Ha sido vicerrector de Investigaciones de la Universidad Autónoma Latinoamericana, profesor invitado en diferentes universidades a nivel de pregrado y posgrado. Actualmente es jefe de Fomento y Fortalecimiento de la Investigación e Innovación de la Universidad del Rosario.  
Correo: salim.chalela@urosario.edu.co

**María Camila Correa Flórez.** Profesora principal de carrera del Área de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, coordinadora del Observatorio de la JEP (ObservaJEP) y miembro adherente de la Red ALAS. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, máster en Derecho de la Unión Europea por la Universidad Autónoma de Madrid y máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla (España). Abogada de la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado como coordinadora del Programa de Constitución y Democracia, profesora de cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y como profesional especializada de la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz. Autora del libro *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: La muerte del tirano de casa*, y de diferentes publicaciones en materia de causas de ausencias de responsabilidad, violencia sexual y violencia contra las mujeres.  
Correo: mariaca.correa@urosario.edu.co

**Susana Escobar Vélez.** Abogada de la Universidad EAFIT, especialista en Derecho Penal de esta misma universidad y doctora en Derecho por la Universidad de León (España). Desde el 2015 está vinculada como profesora de Derecho Penal de la Universidad EAFIT. Es miembro del grupo de investigación Justicia y Conflicto de esta misma universidad, y del grupo

de investigación en Derecho Penal de la Universidad de León (España). Desde el 2020 se desempeña también como conjuer de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín. Es autora del libro *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, y de varias publicaciones académicas en el campo del derecho penal y la política criminal.

Correo: sescoba5@eafit.edu.co

**Norberto Hernández Jiménez.** Abogado, especialista y magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre, especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, máster en Criminología y Ejecución Penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) y doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Es profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, tutor del Semillero de Investigación en Derecho Penitenciario de la misma universidad y conjuer de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia. Autor del libro *El derecho penal de la cárcel: Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*.

Correo: Norbertohernandezj@javeriana.edu.co

**Manuel Iturralde.** Abogado de la Universidad de los Andes, con maestría y doctorado en Derecho del London School of Economics. Se ha desempeñado como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes desde 1998. Actualmente es profesor asociado y director del Grupo de Prisiones, una clínica jurídica cuyo fin es abogar por la defensa de los derechos de la población privada de la libertad y la reforma de la política criminal. Sus intereses investigativos y académicos se centran en la criminología, la sociología del castigo, la sociología jurídica y el derecho penal. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran el libro *Cárcel, derecho y sociedad: Aproximaciones al mundo penitenciario en Colombia* (coeditor) (2021) y los artículos “Las prisiones y las transformaciones del campo del control del crimen en Colombia” (coautor), en *Cárcel, derecho y sociedad* (2021); “The Ghost of the Massacre Still Tells His Tale: Death and Social Order in Colombian Prisons” (coautor), en *Carceral Communities in Latin America Troubling Prison Worlds in the 21st Century* (2021); y “Whipping and jailing: The Kapuria jail, indigenous self-government and the hybridization of punishment in Colombia” (coautor) (2021), en *Inarceration*.

Correo: miturral@uniandes.edu.co

**Maria Mauersberger.** Trabajadora social de la Universidad Nacional de Colombia y máster en Trabajo Social con énfasis en Familia y Redes Sociales. Pedagoga y trabajadora social de la Universidad de Ciencias Aplicadas de Erfurt (Alemania), y Diploma Superior en Género y Justicia de la

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Argentina). Actualmente es directora de la Fundación Mujeres en Paz Colombia, que adelanta proyectos de protección de los derechos humanos de mujeres víctimas del conflicto armado y otras violencias. Entre sus publicaciones más relevantes se encuentran “Colombian Women between the Pandemic, Armed Conflict and Poverty”, en *The Coronavirus Crisis and Challenges to Social Development* (2021); “Das Dilemma der Mutter hinter Gittern: Kriminelle und schlechte Mutter, eine doppelte Schuld”, en *Family Structures in Change: Challenges of Transitional Phenomena*; y “Locked in the Home: A Critique of House Arrest as an Alternative to Imprisonment for Women Sentenced for Drug-Related Crimes”, en *The Prison Journal* (2021). Se puede seguir en [www.mujierepaz.org](http://www.mujierepaz.org)

**Julián Andrés Muñoz Tejada.** Abogado, especialista en Derecho Penal, magíster en Ciencia Política y doctor en Ciencias Sociales. Sus líneas de investigación son la política criminal y los estudios críticos de seguridad. Es profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Dentro de sus publicaciones se destacan los libros *Saber y poder en la política criminal de la seguridad democrática, 2002-2006* (2015) y el manual *Introducción al derecho penal* (2020). Este último en coautoría con el profesor Julio González. Entre los artículos que ha publicado se encuentran “Usos políticos del concepto de seguridad humana: Securitización de la violación de derechos humanos y del subdesarrollo en el escenario internacional”, en *Territorios* (2018), y “Expertos y política criminal”, en *Política Criminal* (2017). Correo: [julian.muñozt@udea.edu.co](mailto:julian.muñozt@udea.edu.co)

**Leyder Humberto Perdomo Ramírez.** Abogado y especialista en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, y magíster en Ciencia Política del Instituto de Estudios Políticos de la misma universidad. Suscrito a la línea Democracia y Ciudadanía del grupo de investigación Gobierno y Asuntos Públicos, de la misma facultad. Se ha desempeñado como investigador en temas de conflicto armado y castigo, profesor y defensor de los derechos humanos, con participación reciente en los informes públicos “Solo preguntaron por mi nombre” y “Lo absurdo sobre lo obvio: Criminalización histórica al reclamo y defensa de los derechos humanos en Antioquia”, sobre los usos del sistema penal en contra de líderes sociales y comunidades estigmatizadas; así como en los informes entregados a la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, aún sin publicar, titulados “La violencia política y el conflicto armado en la Universidad de Antioquia 1958-2016: Aportes a la memoria y esclarecimiento de sus impactos y relaciones” y “Sobre una empresa de dolor y fracaso: Agresión del paramilitarismo contra la democracia estudiantil en los años 90”. Correo: [leyder.perdomo@udea.edu.co](mailto:leyder.perdomo@udea.edu.co)

**Yesid Reyes Alvarado.** Abogado, especialista en Derecho Penal, especialista en Criminología y magíster en Ciencias Penales Criminológicas y Criminalísticas de la Universidad Externado de Colombia, doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y becario de la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Bonn. Ha sido conjuer de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, ministro de Justicia y del Derecho, litigante, columnista de *El Espectador*, docente en las universidades Los Andes, Santo Tomás y Autónoma de Madrid, así como director del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Entre sus múltiples publicaciones se encuentran los libros *La prueba indiciaria* (1984), *La prueba testimonial* (1988), *El concurso de delitos* (1990), *La imputación objetiva* (1994) y *El delito de tentativa* (2016), así como los artículos “La teoría del dominio del hecho: El fin de un ciclo” (2021); “Aspectos controversiales de la legítima defensa: A manera de estudio preliminar” (2021); “Kommunikative Handlung und Wirklichkeit” (2021); “El aborto y el derecho a una vida digna de la madre y del ‘nasciturus’” (2021); “Der Mythos des Erfolges” (2020); “El derecho penal como límite al poder punitivo del Estado” (2020); “El concepto social-comunicativo de acción” (2019); “Prohibiciones de prueba en los sistemas de tendencia inquisitiva y adversarial” (2019); “Víctimas, fin y necesidad de la pena en el derecho penal y en la llamada justicia transicional” (2017); “El concepto de imputación objetiva” (2002); “Relación causal e imputación objetiva en los delitos de omisión” (2011). Correo: yesid.reyes@uexternado.edu.co

**Julio Andrés Sampedro Arrubla.** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana y doctor en Derecho de las universidades Externado de Colombia, Rosario y Javeriana. Ha sido decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, consultor de organismos internacionales como el Banco Mundial y la Organización de Naciones Unidas (ONU), así como del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, defensor del Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, miembro de la Comisión Constitucional Redactora de la reforma penal y conjuer de la Corte Suprema de Justicia. Es magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (Colombia) y profesor universitario. Autor del libro *La re-humanización del sistema penal: Una propuesta desde las víctimas y la justicia restaurativa*. Correo: sampedro@javeriana.edu.co

**Juan Oberto Sotomayor Acosta.** Abogado de la Universidad de Medellín y doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Se ha desempeñado como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia

y otras universidades del país. Actualmente es profesor e investigador de la Universidad EAFIT. Sus intereses investigativos y académicos se centran en la política criminal y el derecho penal. Entre sus publicaciones más relevantes se encuentran “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”, en *Política Criminal*; “Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1.º del Código Penal colombiano”, en *Revista de derecho* (en coautoría con Fernando León Tamayo Arboleda); “El dolo eventual como forma autónoma de realización subjetiva del tipo”, en *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*; “Fundamento constitucional del principio de lesividad: Consecuencias para el legislador y el juez”, en *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario* (en coautoría con Daniel Gómez Gómez). Correo: jsotoma@eafit.edu.co

**Yenifer Yiseth Suárez Díaz.** Abogada, magíster en Derecho con profundización en Sociología y Política Criminal y doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Sus principales líneas de investigación son el derecho penal internacional y la perspectiva criminológica del crimen organizado, en específico los delitos internacionales y transnacionales. En el ámbito laboral se ha desempeñado como docente universitaria y funcionaria judicial. Correo: yenifer0709@gmail.com

**Beatriz Eugenia Suárez López.** Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá, abogada y especialista en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y máster en Derecho Penal por la Universidad de Alcalá. Es docente e investigadora de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Correo: beatriz.suarezl@utadeo.edu.co

**Fernando León Tamayo Arboleda.** Abogado de la Universidad de Antioquia, especialista y magíster en Derecho Penal de la Universidad EAFIT. Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado como profesor en diversas universidades del país. Actualmente es profesor de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Sus líneas de investigación se centran en la criminología, la sociología del derecho, la sociología del castigo y el derecho penal. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran el libro *Del Estado al parque: El gobierno del crimen en las ciudades contemporáneas* (2020), y los artículos “Locked in the Home: A Critique of House Arrest as an Alternative to Imprisonment for Women Sentenced for Drug-Related Crimes” (2021), en *The Prison Journal*; “The travels of a set of numbers:

The Multiple Networks Enabled by the Colombian ‘Estrato’ System” (2020), en *Social and Legal Studies*; y “El cuerpo de los condenados: Cárcel y violencia en América Latina” (2020), en *Estudios Sociales*.

Correo: fernandoleontamayo@hotmail.com

**Mario Andrés Torres.** Investigador doctoral del Programa de Derechos Humanos en Contexto de la Universidad de Ghent (Bélgica). Abogado y magíster en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes. Ha sido asesor jurídico del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes y profesor de cátedra del Departamento de Relaciones Internacionales de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

Correo: ma.torres1444@uniandes.edu.co

**Juan Pablo Uribe Barrera.** Doctor en Derecho por la Universidad de León, abogado de la Universidad de Antioquia y especialista y magíster en Derecho Penal de la Universidad EAFIT. Director del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes y profesor de cátedra de las universidades Jorge Tadeo Lozano y Santo Tomás (sede Tunja).

Correo: j.uribeb@uniandes.edu.co

**David Enrique Valencia.** Abogado de la Universidad de Antioquia, doctorando de Sociología Jurídica de la Universidad del País Vasco. Profesor vinculado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, donde dicta cursos de Criminología y Sociología Jurídica. Sus intereses de investigación giran en torno a la historia de los derechos humanos, la justicia transicional y la teoría crítica del castigo. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran “Entre víctimas y ciudadanos: Identidades en transición y nuevos procesos de subjetivación y sujeción en los casos de Colombia y España” (2022) (en coautoría con Marina Montoto Ugarte); y “Ciudadanías al borde: Aparato humanitario y desviaciones paródicas”, en *Reparaciones en el Oriente Antioqueño* (2022). Actualmente realiza una investigación doctoral sobre sujetos de reparación colectiva.

Correo: David.valencia@udea.edu.co

**Geovana Andrea Vallejo.** Doctora en Derecho por la Universidad de León (España), especialista en Derecho Penal de la Universidad EAFIT y abogada de la Institución Universitaria de Envigado. Ha sido docente investigadora de tiempo completo de la maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito de la Universidad Autónoma Latinoamericana (Unaula-Medellín). Es integrante de los grupos de investigación Proceso Penal y Delito de la Unaula y Derecho Penal de la Universidad de León. Actualmente es abogada asesora de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia. Es autora del libro *Problemas de la responsabilidad penal de*

*los especialistas en psiquiatría, cirugía estética, ortopedia y traumatología, así como de artículos y capítulos de libro en el contexto de la responsabilidad médico-sanitaria y la política criminal.*

Correo: [ganvaji@hotmail.com](mailto:ganvaji@hotmail.com)



*Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen*  
se terminó de imprimir  
en el mes de noviembre del 2022  
en Bogotá, D. C., Colombia