

Cátedra de Investigación Científica
del Centro de Investigación
en Política Criminal

N.º 12

Ángela Marcela Olarte Delgado
Marcela Gutiérrez Quevedo
Editoras

**Criminalización y
control: retos hacia
visiones restaurativas
e interculturales de
la justicia**

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Política Criminal

Criminalización y control : retos hacia visiones restaurativas e interculturales de la justicia / Angélica María Pardo López [y otros] ; Ángela Marcela Olarte Delgado, Marcela Gutiérrez Quevedo (Editoras). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Política Criminal. 2021.

394 páginas : ilustraciones, gráficos ; 21 cm. (Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal ; 12)

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 9789587907551 (impreso)

1. Prisiones -- Colombia 2. Detención preventiva -- Colombia 3. Procedimiento penal -- Colombia 4. Administración de justicia penal -- Colombia 5. Adolescentes -- Legislación -- Colombia I. Olarte Delgado, Ángela Marcela, editora II. Gutiérrez Quevedo, Marcela, editora III. Universidad Externado de Colombia IV. Título V. Serie

364.4 SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. diciembre de 2021

ISBN 978-958-790-755-1

- © 2021, ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO
Y MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO (EDS.)
© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (601) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Javier Correa Correa
Composición: Precolombi EU, David Reyes
Impresión y encuadernación: DGP Editores S.A.S.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

| | |
|----------------------------------|----|
| PRÓLOGO | 11 |
| <i>Marcela Gutiérrez Quevedo</i> | |

PRIMERA PARTE:
JUSTICIA PUNITIVISTA Y ESTADO DE COSAS
INCONSTITUCIONAL CARCELARIO

| | |
|--|----|
| EL DESEQUILIBRIO DE PODER CREADO POR LAS ACTIVIDADES DE INTELIGENCIA-VIGILANCIA (INTELVIg) | 17 |
| <i>Angélica María Pardo López</i> | |

| | |
|--|----|
| LA IMPERIOSA NECESIDAD DE REDUCIR LA POBLACIÓN PENITENCIARIA EN COLOMBIA. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LAS CÁRCELES Y PENITENCIARIAS DEL PAÍS | 47 |
| <i>José Manuel Díaz Soto</i> | |
| <i>Diego Alejandro Borbón Rodríguez</i> | |

| | |
|--|-----|
| DETENCIÓN PREVENTIVA Y ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LAS CÁRCELES. PRÁCTICA PROCESAL Y REALIDAD PENITENCIARIA | 85 |
| <i>Camilo Alberto Quintero Jiménez</i> | |
| <i>Ómar David Restrepo Naranjo</i> | |
| <i>Yesica Natalia Cruz Jiménez</i> | |
| <i>Juan Camilo Rodríguez Caro</i> | |
| MASCULINIDADES, VIOLENCIAS Y CÁRCEL: ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE EL PAPEL DEL SISTEMA CARCELARIO COLOMBIANO EN LA REPRODUCCIÓN DE MASCULINIDADES VIOLENTAS | 149 |
| <i>Luis Alberto Melo Porras</i> | |
| DOSIFICACIÓN PUNITIVA Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: CRIMINALIZACIÓN, IGUALDAD Y DEBIDO PROCESO | 187 |
| <i>José Fernando Eraso Sarasty</i> | |
| <i>Esteban Javier Palacios León</i> | |
| SEGUNDA PARTE: | |
| JUSTICIAS INTERCULTURALES Y RESTAURATIVAS | |
| LA INTERCULTURALIDAD DE LAS JUSTICIAS EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS DESDE LA COORDINACIÓN INTERJURISDICCIONAL | 219 |
| <i>Ángela Marcela Olarte Delgado</i> | |
| PRÁCTICAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA DE LA COMUNIDAD INDÍGENA WAYÚU EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA: POSIBILIDADES DE SU INCORPORACIÓN PARA SUPERAR EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL | 257 |
| <i>Camila Andrea Cifuentes Cante</i> | |

| | |
|---|-----|
| JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: APORTES A UNA POLÍTICA CRIMINAL PARA SUPERAR EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL CARCELARIO EN COLOMBIA | 287 |
| <i>Laura Ordóñez-Vargas</i> <i>Douglas Rodríguez Heredia</i> | |
| JUSTICIA RESTAURATIVA INTRAMUROS: EL CASO DE LA CÁRCEL DISTRITAL DE BOGOTÁ | 329 |
| <i>Norberto Hernández Jiménez</i> <i>Lorena Cecilia Vega Dueñas</i> | |
| PERCEPCIÓN Y POSIBILIDADES DE CONSTRUCCIÓN DE PAZ EN MUJERES PRIVADAS DE LA LIBERTAD PERTENECIENTES A LAS FARC-EP | 361 |
| <i>Giovanny Paredes Álvarez</i> <i>Paola Bustos Benítez</i> <i>Valentina Villamarín Mor</i> <i>Mónica Mendoza Molina</i> | |

PRÓLOGO

En esta ocasión, el libro que presentamos es el resultado de las investigaciones realizadas durante el 2020 promovidas por la Red de Investigadores del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia y presentadas en el Congreso internacional Retos en la superación del estado de cosas inconstitucional carcelario y críticas a la excesiva criminalización.

Esta publicación, que se gestó en medio de la pandemia actual, no solo exigió distintos retos a las y los investigadores que participan de este número, sino también nos impuso cuestionamientos sobre la garantía de las libertades que se han visto restringidas en esta época, así como las vulnerabilidades que se acentuaron en la población en general, en especial en las mujeres, en las comunidades indígenas, en las comunidades afro y en aquellas que están privadas de la libertad en Colombia. Este contexto ha permitido la expedición de medidas de urgencia que han significado en su mayoría el debilitamiento de instituciones democráticas y la pérdida de la independencia, el reforzamiento de políticas de estigmatización, un excesivo control social, políticas punitivas y populistas con un énfasis fuerte en la seguridad y con poca orientación hacia la protección y garantía de los derechos humanos.

Para esto, se ha dividido el libro en dos secciones. La primera parte evidencia las prácticas populistas que

promueven la excesiva criminalización y control social y llaman a la reflexión sobre aquellos aspectos estructurales que impiden superar ese estado continuo de violencias normalizadas en las cárceles colombianas que reconoció la Corte Constitucional hace más de veinte años. En la segunda parte planteamos de manera constructiva otras alternativas de justicias que proponen un diálogo entre las partes involucradas desde lo intercultural y lo restaurativo. Son iniciativas de justicia y de construcción de paz locales y se alejan de la criminalización y de las violencias institucionalizadas que se han acomodado en la política criminal. Estas propuestas con enfoque restaurador reconocen la diversidad que exalta el respeto hacia lo otro humano o no humano.

Esta primera parte, denominada Justicia punitivista y estado de cosas inconstitucional carcelario, contiene los siguientes capítulos:

- “El desequilibrio de poder creado por las actividades de inteligencia-vigilancia (Intelvig)”, el cual reflexiona sobre las actividades masivas de inteligencia y vigilancia que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y el desequilibrio de poder entre quien ostenta la posición de observador y de quien es observado.

- “La imperiosa necesidad de reducir la población penitenciaria en Colombia. Análisis crítico de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en las cárceles y penitenciarias del país” analiza la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en las cárceles y sus efectos frente al hacinamiento carcelario y analiza la experiencia del Estado de California, en Estados Unidos, frente al encarcelamiento masivo y las lecciones que se puedan aprender de dicha experiencia.

- “Detención preventiva y estado de cosas inconstitucional en las cárceles. Práctica procesal y realidad

penitenciaria". Esta investigación estudia cómo algunos aspectos de la regulación y la práctica procesal penal de la decisión sobre la detención preventiva en establecimiento carcelario pueden tener influencia en la utilización exagerada y abusiva de esta institución.

- "Masculinidades, violencias y cárcel: análisis crítico sobre el papel del sistema carcelario colombiano en la reproducción de masculinidades violentas" analiza la manera en que el sistema carcelario en Colombia promueve la formación de masculinidades violentas incompatibles con la resocialización y resalta la necesidad de implementar una política criminal con enfoque de género.

- "Dosificación punitiva y violencia intrafamiliar: criminalización, igualdad y debido proceso" recoge la discusión acerca del posible exceso de criminalización frente a la violencia intrafamiliar, lo que vincula un análisis de los principios de igualdad y debido proceso como elementos esenciales en la aplicación de las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico penal respecto a la individualización de la pena.

La segunda parte, denominada Justicias interculturales y restaurativas, narra "otras" formas de justicia como las justicias propias y la restaurativa que brindan elementos dignificantes para reconstruir la política criminal en Colombia. Esta parte está compuesta por los siguientes capítulos:

- "La interculturalidad de las justicias en Colombia: un análisis desde la coordinación interjurisdiccional" analiza el alcance de la interculturalidad de las políticas públicas sobre la coordinación interjurisdiccional entre la justicia ordinaria y la jurisdicción indígena en Colombia cuando hay conflictos en materia penal.

- "Prácticas de justicia restaurativa de la comunidad indígena wayúu en el sistema de responsabilidad penal

para adolescentes en Colombia: posibilidades de su incorporación para superar el estado de cosas inconstitucional” analiza la posibilidad de incorporar prácticas de justicia restaurativa propias de la comunidad wayúu al sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia.

- “Justicia restaurativa en la Jurisdicción Especial para la Paz: aportes a una política criminal para superar el estado de cosas inconstitucional carcelario en Colombia” analiza la implementación del componente restaurativo en la Jurisdicción Especial para la Paz (jep). Esto desde una mirada socio jurídica, particularmente desde el campo de la antropología jurídica y la etnografía.

- “Justicia restaurativa intramuros: el caso de la Cárcel Distrital de Bogotá” analiza la aplicación de la justicia restaurativa como parte del tratamiento penitenciario y carcelario en un contexto declarado por la Corte Constitucional colombiana como estado de cosas inconstitucional.

- “Percepción y posibilidades de construcción de paz en mujeres privadas de la libertad pertenecientes a las farc” abordó los diferentes significados que se otorgan a la paz en el texto del Acuerdo Final, la comprensión de los términos desmovilización, reintegración, reincorporación y normalización así la introducción del enfoque de género en el proceso de paz.

MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO

PRIMERA PARTE:
JUSTICIA PUNITIVISTA Y ESTADO DE COSAS
INCONSTITUCIONAL CARCELARIO

EL DESEQUILIBRIO DE PODER CREADO POR LAS ACTIVIDADES DE INTELIGENCIA- VIGILANCIA (INTELVIIG)

ANGÉLICA MARÍA PARDO LÓPEZ*

Resumen: *Intelvig* es un fenómeno contemporáneo compuesto por las actividades masivas de inteligencia y vigilancia a las que estamos sometidos gracias a las posibilidades con las que las nuevas tecnologías de la información dotan al *observador*. El ejercicio de *Intelvig* genera un desequilibrio de poder entre quien ostenta la posición de *observador* y quien es *observado*. Este escenario

* Docente investigadora del Centro de Investigación de Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la misma casa de estudios y Master en criminología de la Universidad de Nicosia (Chipre). Tiene experiencia profesional como abogada asesora en la Dirección de Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación. Actualmente coordina la línea de investigación sobre nuevas tecnologías y control social en el CIPC. Ha publicado artículos académicos sobre la aplicación del big data en la predicción del comportamiento criminal y el retroceso que dicha aplicación representa en materia de garantías penales; las cárceles agrícolas, la jurisdicción indígena, justicia restaurativa, el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, la corrupción en las cárceles y el abolicionismo penal. Adicionalmente, es directora y jefe de redacción de la *Revista Metroflor*, medio de comunicación ampliamente conocido en el sector agrícola colombiano. correo-e: angelica.pardo@uexternado.edu.co <https://orcid.org/0000-0002-5623-8582>

de completa dominancia se refleja en la nefasta disyuntiva a la que se enfrenta el *observado*: la autocensura o la conRAINTeligencia.

Palabras claves: Inteligencia; Vigilancia; Intelvig; Poder; Observador; Observado; Control; Libertad

POWER IMBALANCE CREATED BY THE SURVEILLANCE- INTELLIGENCE (SURVEILLIGENCE) ACTIVITIES

Abstract: *Surveillance* is a contemporary phenomenon composed by the massive activities of surveillance and intelligence to which we are subjected to due to the possibilities given to the *observer* by the new technologies of information. The exercise of *Surveillance* generates a power imbalance between the one that holds the *observer's* position and the one who is *observed*. The scenario of complete dominance is reflected in the ill-fated straight choice to which the *observed one* is confronted: self-censorship or counterintelligence.

Keywords: Intelligence; Surveillance; Surveillance; Power; Observer; Observed; Control; Freedom.

INTRODUCCIÓN

Es desconcertante ver cómo los autores utilizan los vocablos “inteligencia” y “vigilancia” de forma indiferente, a pesar de que hay disciplinas específicas que se ocupan de cada una de ellas y de que, en principio, poseen elementos claramente diferenciables. En efecto, cualquiera pensaría que es mucho más preocupante ser objetivo de inteligencia que estar siendo vigilado.

La incorporación de las nuevas tecnologías de la información a esas prácticas desdibuja sus límites y amplía su entidad hasta el punto de llegar a ser válido afirmar

que estamos siendo objeto de la actividad compuesta de inteligencia-vigilancia -*Intelvig*. Este trabajo se propone fundamentar la validez de dicha afirmación y sensibilizar a los lectores respecto de sus implicaciones.

Los objetivos de este capítulo son: plantear los elementos definitorios y diferenciadores de los conceptos de inteligencia y vigilancia; argumentar con base en dichos elementos que en realidad estamos en presencia de un fenómeno más complejo que se denomina *Intelvig* y que dicho fenómeno es posible gracias a la utilización de nuevas tecnologías para la recolección, almacenamiento y análisis de la información; por último, exponer cómo el ejercicio de *Intelvig* entraña un grave desequilibrio de poder en desmedro de quien es observado, desequilibrio que amenaza incluso con socavar las bases de la democracia.

Para la escritura de este capítulo se emplearon como métodos el análisis documental y la hermenéutica. La información se obtuvo a partir de fuentes secundarias (libros, informes, estudios académicos, artículos periódicos, documentales, *podcasts*, debates, cursos virtuales, entrevistas televisadas) y la normatividad pertinente.

1. ¿SER UN OBJETIVO DE INTELIGENCIA O SER VIGILADO?

1.1. Inteligencia

Aunque corrientemente se suele distinguir entre los conceptos de 'inteligencia' y 'vigilancia', lo cierto es que los límites entre estos conceptos son bastante ambiguos y difusos, en especial durante la época actual, en la que se han incorporado a estas prácticas las nuevas tecnologías de la información.

La ‘inteligencia’ se suele definir como la recolección, selección, análisis y diseminación¹ de información estratégica (Lerner, 2004). La oficina del Director Nacional de Inteligencia de los Estados Unidos (s.f.) la define como “la información reunida dentro o fuera del país que involucra amenazas para la nación, su gente o intereses, el desarrollo, proliferación o uso de armas de destrucción masiva o cualquier otro asunto relevante para la seguridad nacional”. En el mismo sentido, la ley de inteligencia colombiana (Ley 1621 de 2013) la define como “la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional”. Por otra parte, la práctica del espionaje², central en la actividad de inteligencia, consiste en la obtención clandestina de información sobre los planes, actividades, capacidades y recursos de un competidor o enemigo (Lerner, K. y Lerner, 2004). Usualmente, las actividades de inteligencia están relacionadas con las actividades militares.

En suma, lo que caracteriza la práctica de inteligencia es: 1) que se realiza por organismos estatales; 2) que se realiza sobre objetivos determinados que representan una amenaza; 3) que se dirige a recolectar información con fines estratégicos o de seguridad cuyos límites no están bien definidos, pero que, en todo caso, están orientados

1 Diseminación a actores interesados, verbigracia, el Estado o la dependencia responsable.

2 Nótese que las palabras “inteligencia”, “espionaje” y “vigilancia” muchas veces se utilizan indistintamente. Otra definición de espionaje es “la vigilancia encubierta que se hace de otro Estado con el propósito de recolectar información sobre sus comportamiento e intenciones” (McHUGH y RAMIREZ, 2018) [Trad. de la autora].

al mantenimiento del *status quo*; y 4) que se hace de forma encubierta, es decir, sin que la persona o entidad observada sepa que lo está siendo.

1.2. Vigilancia

La ‘vigilancia’ como concepto se remonta a los desarrollos del filósofo inglés Jeremías Bentham sobre la tecnología carcelaria del panóptico. El panóptico es un diseño arquitectónico que permite a quien vigila hacerlo sin ser visto (Bentham, 1787). Generalmente, se representa como una construcción circular en cuyo centro hay una torre o punto de observación elevado desde donde se puede ver todo lo que ocurre en las partes internas del edificio, que está conformado por cubículos o celdas transparentes donde habitan personas. Lo particular de este diseño es que establece una relación unilateral de visibilidad (Jenkins, 2012) de modo que las personas objeto de la vigilancia (los presos) no pueden saber si en determinado momento están siendo o no observados. Esta situación los lleva a adaptar sus comportamientos a las expectativas de quien los custodia, independientemente de si efectivamente está observando o no. En otras palabras, el control que se ejerce sobre las personas vigiladas pasa de ser externo e impuesto a ser interno y autoimpuesto (Menichelli, 2018).

Las características de la vigilancia se pueden resumir como sigue: 1) Está dirigida no a uno sino a una multiplicidad de individuos: es de la naturaleza de la vigilancia poderse ejercer a gran escala; 2) Funciona de manera unilateral, es decir, que quien vigila puede hacerlo sin ser visto; y 3) El fin de la vigilancia es el control. Por eso, las personas vigiladas deben saber que están siendo vigiladas, con lo que adecuarán su comportamiento a las expectativas de quien vigila o, en otras palabras, se ‘autocontrolarán’.

De las anteriores caracterizaciones resulta claro que la vigilancia y la inteligencia comparten un objetivo crítico y central, que es el control del sujeto observado o, en otras palabras, el mantenimiento del poder en cabeza del observador.

Es claro, así mismo, que hay tres puntos en los que divergen. El primero de ellos es que la inteligencia se hace por organismos estatales u oficiales, en tanto que en la vigilancia el sujeto que la ejecuta es indiferente³. El segundo punto de divergencia es que el sujeto o sujetos sobre los que recae la actividad de inteligencia es determinado y específico, en tanto que la vigilancia se ejerce a gran escala. El tercero es que la inteligencia se hace de modo que el sujeto observado no sepa que lo está siendo, en tanto que en la vigilancia es fundamental que el sujeto observado sepa que está siendo objeto de ella. Mientras que la práctica de la inteligencia hace al sujeto observado extremadamente vulnerable (al no tener conocimiento de que se siguen sus pasos), la vigilancia genera en él autocensura, o lo que se conoce como el ‘efecto paralizador’ o *‘chilling effect’* (Penney, 2016; Goold, 2010).

De las nuevas capacidades de recolección y análisis de datos que permiten las nuevas tecnologías de la información y la forma en que dichas capacidades se han ejercido recientemente se puede inferir que, en la actualidad, los conceptos de inteligencia y vigilancia se han fusionado, por lo que sería impreciso decir que estamos siendo objeto

3 De hecho, Foucault afirma que el panóptico es el modelo que le sirve a una multiplicidad de instituciones disciplinarias como las cárceles, los hospitales, las escuelas y los manicomios (FOUCAULT, 1975).

de solo alguna de las dos. Somos objeto de la actividad compuesta *Intelvig*, como se pasará a explicar a continuación. Cabe aclarar, antes de entrar en materia, que la decisión de hablar de “inteligencia-vigilancia” o *Intelvig* en lugar de utilizar una palabra que pudiera recoger los dos significados, como lo es, por ejemplo “monitoreo” tiene una razón. La razón es que la carga de las palabras “inteligencia-vigilancia” es más fuerte que la de la palabra “monitoreo”, por lo que sirve más a los fines de sensibilización que persigue este artículo.

2. INTELIGENCIA-VIGILANCIA ELECTRÓNICA

Aunque observar a la población es una práctica que siempre ha existido de una u otra forma, es la omnipresencia de la recolección de información a través de dispositivos electrónicos y su procesamiento lo que la ha convertido en una característica fundamental de las sociedades contemporáneas (Shields, 2018; Goold, 2010). Puesto que la capacidad de procesamiento computacional crece muy rápidamente -aproximadamente cada dos años se duplica- (Shields, 2018; Altintas, s. f), la cantidad de información que hasta hace algunos años era imposible de administrar hoy es fácilmente almacenada, procesada y analizada (Altintas, s. f; Pardo-López, 2021). Semejante evolución ha permitido incrementar notablemente la observación masiva sobre una variedad de actividades diarias (Shields, 2018).

Dispositivos y programas electrónicos como sensores, cámaras, brazaletes, GPS, tarjetas SIM, *cookies* instaladas en páginas y navegadores, drones, aplicaciones móviles, *software* de análisis de sentimientos, satélites, tecnología de identificación y medición biométrica, etc., registran todo tipo de informaciones, dentro de las cuales están las búsquedas *online*, comportamientos en redes sociales, datos

biométricos, preferencias⁴, placas de vehículos, compras, registro de geolocalización, listas de contactos, historial de llamadas, condiciones de salud, etc. Toda esta información es eficazmente almacenada, procesada y analizada, y de ella se extraen patrones de comportamiento y se asignan perfiles (Pardo-López A, 2021; Goold, 2010) con fines prestacionales -para el perfeccionamiento de los mismos dispositivos o aplicaciones-, comerciales -para saber qué estrategia comercial es más eficiente frente a cada potencial comprador- y de control -como es el caso del gobierno estadounidense en su estrategia de lucha contra el terrorismo; el del gobierno chino, en su objetivo de mantener la estabilidad social o el muchos otros gobiernos que, en general, justifican sus prácticas de *Intelvig* esgrimiendo fines de “seguridad pública” (Gilman, L., 2004).

Volviendo a las características inicialmente diferenciadoras de los conceptos de vigilancia e inteligencia encontramos lo siguiente:

En cuanto a *quién la ejerce*, está claro que, en el contexto de lo tecnológico, tanto agentes privados como públicos tienen la capacidad de recolectar y analizar vastas cantidades de información. Por lo tanto, no se puede hablar exclusivamente de inteligencia, pues no solo las entidades o agentes de naturaleza oficial ostentan el rol de observadores, ni utilizan exclusivamente sus propios medios para lograrlo.

En efecto, las empresas del sector privado usan regularmente los datos recolectados por los gobiernos para construir perfiles comerciales. Del mismo modo, autoridades públicas como los cuerpos de policía y el ejército adquieren información personal recolectada y almacenada

4 Preferencias de tipo comercial, político, sexual, literario, etc.

por bancos, aerolíneas, librerías, compañías de telecomunicaciones y proveedores del servicio de internet (Shields, 2018; Cox, 2020)⁵.

La información en manos de una compañía pasa fácilmente al dominio del Estado, como quedó demostrado con las revelaciones del exanalista de la NSA⁶, Edward Snowden⁷ (2019), quien expuso la relación que existe entre los organismos de inteligencia de Estados Unidos y grandes compañías tecnológicas como Facebook, Google, Yahoo y Microsoft alrededor del monitoreo de las comunicaciones. Esta situación se presenta, así mismo, en otras latitudes, como Rusia (Freedom of the net, 2018) y China (Strittmatter, 2019). En países como Egipto (Privacy International, 2014) y Colombia (Unidad Investigativa de El Tiempo, 2020a, b; Semana, 2020), para citar solo algunos ejemplos, autoridades públicas monitorean, recolectan y analizan -con fines de seguridad- la información que yace en plataformas de comunicación que pertenecen a compañías privadas.

En suma, desde el punto de vista del agente, la observación constituye, como se ha venido presentando en este capítulo, lo que denominamos una actividad de *Intelvig*.

En relación con *sobre quién se ejerce*, la recolección y análisis de información que permiten las nuevas tecnologías se puede hacer efectivamente tanto sobre un

- 5 A lo anterior se agrega que gran cantidad de usuarios del ciberespacio procuran voluntariamente masivas cantidades de datos personales a las compañías tecnológicas para poder disfrutar de sus servicios -con la aceptación de los "términos y condiciones"- (GOULD, 2010) o por una inclinación hedonista hacia la auto-exposición o el exhibicionismo (HARCOURT, 2015).
- 6 Agencia Nacional de Seguridad de los Estados Unidos -NSA, por sus siglas en inglés.
- 7 GREENWALD (2013a, 2013b, 2013c); GREENWALD y MACASKILL (2013a, 2013b); GREENWALD, MACASKILL y POITRAS (2013a, 2013b) y GREENWALD *et al.* (2013) son algunas de las referencias a artículos periodísticos que en su momento documentaron las filtraciones de Snowden en *The Guardian* y otros medios.

objetivo específico (inteligencia) como de manera masiva (vigilancia).

Por una parte, los medios tecnológicos se utilizan con fines directos de inteligencia sobre ciertos grupos o personas que representan una amenaza para el *status quo*. Los casos de la represión de la minoría uigur en China (Buckley, Mozur y Ramzy, 2019; Buckley y Mozur, 2019)⁸, de las protestas en Hong Kong (Bodeen, 2019; Hun, 2019)⁹, de multiplicidad de abogados, artistas y literatos chinos¹⁰

- 8 La población uigur está obligada a instalar en sus *smartphones* aplicaciones que monitorean sus llamadas y mensajes, de los que se borran los “contenidos sensibles”. Esta minoría es, así mismo, sometida permanentemente a la mirada de cámaras de vigilancia con sistemas de reconocimiento facial; para pasar de un punto a otro de la ciudad deben “chequearse” electrónicamente en múltiples puntos de acceso. La información de cualquier persona está integrada, de modo que de forma instantánea el observador tiene acceso a registros como educación, actividades, datos biométricos, lazos familiares, visitas a hoteles y cafés-internet. Las personas que se determinen como sospechosas o peligrosas por sus inclinaciones “fanáticas” o “separatistas” son enviadas a campos de reeducación (de concentración) que hoy en día son poblados por millones. BUCKLEY, MOZUR Y RAMZY (2019) documentan una disminución significativa del ejercicio religioso en la provincia china de Xinjiang, donde el Estado registra minuciosamente los datos de cada uno de los feligreses que ingresa a las mezquitas.
- 9 En Hong Kong los manifestantes se cubren con mascarillas, gafas y sombrillas para evitar ser captados por las cámaras de vigilancia con sistemas de reconocimiento facial. El derribo de postes inteligentes es uno de los componentes de las manifestaciones. Para evitar que sus movimientos sean rastreados, compran los tiquetes del metro con efectivo y para solo un trayecto.
- 10 Desde 2012, los mensajes que los intelectuales y críticos chinos (o de cualquiera que tenga un número significativo de seguidores) postean en redes sociales son sistemáticamente borrados. Los blogs y cuentas de personas incómodas para el régimen son bloqueados. La persecución, además, trasciende el mundo virtual, por lo que son comunes las campañas de desprestigio y los arrestos. La “Gran Muralla Digital China” –*Great Firewall*– bloquea cualquier tipo de información extranjera y la reemplaza por ‘educación patriótica’. La censura, la intimidación y la propaganda nunca descansan. Hay miles de personas empleadas en la depuración de la red. Su trabajo es, por ejemplo, hacer una selección diaria de palabras y temas que no pueden ser tocados en el mundo digital. Debido a ello, son

(Strittmatter, 2019), el acoso a periodistas como Laura Poitras y Glenn Greenwald en Estados Unidos (Poitras, 2014; Greenwald, 2014)¹¹ y el monitoreo de periodistas, políticos, ONG, sindicalistas, abogados, defensores de derechos humanos, etc. en Colombia (Revista Semana, 2020; Presunto Podcast, 2020; Redacción Política el Espectador, 2020)¹², son solo ejemplos de las vastas capacidades tecnológicas con las que se cuenta para seguir, en detalle, las actividades de quienes se consideran como un objetivo de interés.

Por otra parte, desde el año 2001 los desafortunados ataques en el *World Trade Center* motivaron la expansión de los poderes de vigilancia de Estados Unidos y otros países. En el país norteamericano se expidieron varias piezas legislativas como el *USA Patriot Act*, el *Intelligence Authorization Act for 2004* y la *Intelligence Reform and Terrorism Act*, normas a partir de las cuales se empezó hablar

vanas las búsquedas referentes a las manifestaciones de Tiannamen y las obras de George Orwell, por ejemplo.

- 11 Laura Poitras, quien ha documentado de manera crítica en sus producciones casos delicados como las revelaciones de Snowden y la ocupación de Iraq por los Estados Unidos, ha sido sometida sistemática e injustificadamente a requisas y decomisos de su material audiovisual cada vez que cruza la frontera de los Estados Unidos. Así mismo, Glenn Greenwald, abogado y periodista de notable trayectoria, y su familia han sido sometidos a intrusiones injustificadas después de que el periodista ayudara a Snowden a difundir la información sobre los archivos secretos de la NSA.
- 12 La Policía Nacional abrió en octubre de 2020 un proceso de licitación mediante el cual pretendía obtener un *software* de recolección de información y análisis de redes sociales, páginas web, foros de discusión, blogs, *deep* y *dark web* que le permitiera establecer quiénes son influenciadores, dónde se encuentran las personas que hacen determinadas publicaciones y qué cuentas posicionan temas importantes. El objetivo de este programa era el análisis de temas, discursos y tendencias; la evaluación de reacciones frente a una noticia o escándalo (análisis de sentimientos); y la generación de perfiles y alertas en caso de identificarse conductas consideradas como “sospechosas”.

de la era de la Conciencia Informática Total¹³–CIT (ACLUM, s.f.). La idea de CIT es la existencia de “un ojo que todo lo ve y que usaría poderosos computadores para buscar toda la información compilada sobre todo el mundo en todas partes con el objetivo de encontrar patrones que pudieran indicar actividad terrorista” (ACLUM, s.f.). Con respaldo en esas normas, la administración Bush autorizó en su momento el monitoreo masivo de correos electrónicos y llamadas sin orden judicial, por ejemplo.

Sin embargo, no fue sino hasta el año 2013, gracias a las filtraciones de Edward Snowden, que hubo noticia clara de la capacidad y escala de las actividades de vigilancia de países como Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y Canadá¹⁴, que en colaboración con gigantes informáticos recolectan cada correo electrónico, término de búsqueda, pieza de información almacenada, archivo enviado, vídeo, llamada telefónica, videollamada, lista de contactos, chat, foto, publicación etc., generado por los usuarios de esas plataformas (Pardo-López A., 2021), información que puede ser fácilmente accedida y analizada mediante programas especialmente diseñados para ello, como *XkeyScore* y *Prism* (Snowden, 2019).

Es importante notar que la vigilancia masiva (y pasiva) implica la recolección de todo tipo de información independientemente de su relevancia (Jagadish, s.f.). Así, la información de potencialmente cualquier persona puede quedar detalladamente registrada en los archivos del observador, aunque sobre ella no pese la menor sospecha en cuanto a, por ejemplo, temas de seguridad (Munk Debates, 2014). El peligro de esta posibilidad es lo que Snowden

13 Total Information Awareness (TIA).

14 Que conforman la alianza de “Los cinco ojos”.

(2019) llama “búsqueda retroactiva”, que significa que de convertirse alguien en una persona de interés, por el motivo que sea¹⁵, toda su información -conseguida a través de técnicas de vigilancia masiva con anterioridad- quedará fácilmente a disposición del observador. Ser un sujeto vigilado o ser un objetivo de inteligencia se define solamente en relación a qué tan interesante sea determinada persona en determinado momento, pero, materialmente, se trata de dos actividades equivalentes. En el momento en que alguien llega a ser un objetivo para quien quiera que esté en el poder, todo el trabajo de inteligencia (recolección, procesamiento y análisis de información) sobre esa persona ya estará hecho gracias a las previas actividades de vigilancia. En suma, lo más acertado es hablar de inteligencia-vigilancia, pues en realidad se trata de un compuesto inseparable.

Por último y en relación con la *consciencia del sujeto* acerca de su situación de *ser observado*, existe una actitud que pasa de la indiferencia (frente a la vigilancia) a la consciencia de vulnerabilidad (frente a la inteligencia) que, en últimas, y como lo hemos venido planteando, hacen parte de un mismo fenómeno.

Varios estudios (Penney, 2016; Rainie y Madden, 2015; FRD, 2013) confirmaron que cuando el mundo supo de las actividades de vigilancia masiva que los gobiernos¹⁶ ejercían sobre las comunicaciones, se produjo un notable efecto paralizador o de autocensura en el comportamiento virtual de los ciudadanos. En efecto, sitios ampliamente visitados, como Wikipedia, registraron una notable dis-

15 Por ejemplo, devenir en un ‘disidente’ o ‘detractor’ por un cambio de régimen.

16 En especial el estadounidense.

minución en la búsqueda de entradas sobre “bombas caseras”, “Al Qaeda”, “terrorismo” y similares (Penney, 2016). Un porcentaje importante de usuarios reportaron haber cambiado comportamientos en relación con la forma en que usan los motores de búsqueda, las redes sociales, sus teléfonos celulares, los mensajes de texto y las líneas fijas de telefonía (Rainie y Madden, 2015).

Esto quiere decir que los cibernautas se abstuvieron de leer o de enviar mensajes y expresar opiniones sobre temas que pensaban que los podrían hacer sospechosos ante los ojos de un Estado que todo lo ve. Stoycheff, quien condujo un estudio en 2016, concluyó que la consciencia de vigilancia estatal genera que las personas se abstengan de manifestar sus opiniones en medios digitales -dando ‘me gusta’, comentando o publicando *posts*- cuando consideran que su posición no es la mayoritaria.

Hoy, a casi 10 años de las revelaciones de Snowden y en un momento en que las esferas análoga y virtual han llegado a converger en multitud de puntos¹⁷, la actitud frente a la *Intelvig* se puede clasificar en dos momentos. La consciencia de la vigilancia parece ser algo común. Es totalmente concebible para una persona promedio que toda actividad virtual quede registrada. En efecto, de acuerdo con Rainie y Madden (2015), el 87% de la población estadounidense, por ejemplo, es consciente de que sus interacciones en línea pueden ser interceptadas por el gobierno.

Sin embargo, en un primer momento una actitud frecuente frente a esa hipótesis es de conformidad e indiferencia, pues “el que nada debe nada teme” o “no hay nada

17 Como por ejemplo en el transporte, las compras, los pagos, el trabajo, el estudio, el ejercicio físico, etc.

que esconder". Quienes así hablan no tienen temor de ser vigilados porque no piensan que puedan llegar a ser de interés o, en otras palabras, no piensan que pueden llegar a ser un objetivo de inteligencia.

En un segundo momento, se advierte una genuina sorpresa y un incipiente temor al aumentar el conocimiento sobre los potenciales peligros (Morrison, S., 2021; Privacy International, 2021) que envuelven tecnologías como, por ejemplo, el reconocimiento facial, el reconocimiento de voz, o lo fácilmente abusables que pueden ser los datos de salud, rendimiento físico, ubicación, costumbres deportivas, preferencias políticas o amorosas, etc. que son visibles y quedan registrados en las aplicaciones virtuales de uso más común. En efecto, Rainie y Madden (2015) documentaron en una encuesta que hicieron pocos meses después de las revelaciones de Snowden, que las personas que habían declarado haber escuchado 'mucho' sobre las prácticas de vigilancia del gobierno estaban significativamente más preocupadas por su privacidad que quienes declararon saber poco sobre ello. Esta encuesta también reveló que quienes estaban mejor enterados de las prácticas de vigilancia y contaban con un mayor nivel educativo estaban menos dispuestos a aceptar que dichas prácticas se ejercieran sobre ellos mismos o sobre otras personas dentro de las que se incluían ciudadanos y líderes estadounidenses y de otros países y personas sospechosas de terrorismo.

Estos hallazgos coinciden con un estudio del grupo Farkas Duffett Research -FDR (2013) dirigido a evaluar el impacto del conocimiento de las prácticas de vigilancia sobre los escritores, de quienes se puede inferir que tienen altos niveles educativos. Dicho estudio reveló que esta población está mucho más preocupada por la privacidad de sus actividades que el público en general. Por una parte, los escritores dan por sentado que están siendo vigilados y, por

otra, han generado comportamientos de autocensura en la investigación, contacto de fuentes, escritura y divulgación de temas sensibles como el Medio Oriente, la encarcelación masiva, las políticas antidrogas o la pornografía infantil. Un 28% de los escritores declaró haber limitado sus actividades en las redes sociales; el 24% dice evitar ciertos temas en sus llamadas telefónicas y en sus correos electrónicos; y el 16% afirma que evita escribir o hablar sobre ciertos temas de los que piensa que los puede hacer sospechosos de algo ante los ojos del gobierno. Algunos escritores incluso compararon la sensación de inseguridad que les causa la vigilancia gubernamental con aquella que sentían bajo regímenes no democráticos como el soviético, en el contexto del cual debían excluir ciertos temas de sus ocupaciones y tomar medidas extraordinarias para proteger a sus fuentes (FDR, 2013).

De modo pues, que un mayor conocimiento es lo que marca el paso de la indiferencia frente a la vigilancia masiva que se sabe omnipresente a la consciencia de vulnerabilidad frente a lo sofisticado de las formas de recolección, análisis y uso de los datos, cuya granularidad y precisión son características básicas del concepto de “inteligencia”.

3. EL DESEQUILIBRIO DE PODER

Evidenciadas las falsas diferencias entre los conceptos de inteligencia y vigilancia en el contexto de las nuevas tecnologías de la información, forzoso es pasar al núcleo común de ellas, es decir, el control.

Como se anticipaba al principio de este capítulo, tanto la inteligencia como la vigilancia tienen el objetivo de controlar al sujeto observado: la primera por considerarlo una amenaza para el *status quo*, por lo que pretende neutralizarlo; y la segunda para disciplinarlo, para hacer que

su comportamiento se adecúe a lo que de él se espera (que estudie, si es un estudiante; que se tome las medicinas, si es un paciente; que se comporte y no trate de escaparse, si es un preso, etc.) (Strittmatter, 2019).

Puesto que la *Intelvig* está basada en la recolección, análisis y uso de información masiva, pero a la vez granular, concreta y personalizada, ser objeto de ella implica una grave merma en el derecho a la privacidad y, con ello, de todas las libertades civiles. No es posible el goce de derechos civiles básicos como la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad intelectual y la libertad de cultos si no hay privacidad. La privacidad le pone límites al poder del Estado al dejar claro que hay ciertos lugares donde no puede ir, ciertas cosas que no puede saber (Goold, 2010) y ciertos ámbitos sobre los que no tiene control.

A mayor control, menor libertad. Por eso ser objeto de *Intelvig* es una situación que debe ser resistida, no porque exista algo que esconder sino porque ser objeto de ella indica el aumento del poder del Estado y la disminución del poder del individuo. Más vigilancia trae inevitablemente un gobierno más intrusivo y una menor libertad política (Goold, 2010).

De modo pues que frente a las actividades de *Intelvig* la ciudadanía se encuentra ante la siguiente disyuntiva: por una parte, evitar llamar la atención del observador mediante comportamientos de autocensura, como ya se explicó con suficientes ejemplos en el apartado anterior; y por otra, proteger sus comunicaciones a través de medios técnicos, lo que, en este contexto, equivale a desplegar actividades de *contrainteligencia*.

Anderson y Koilpillai (2018) definen *contrainteligencia* como “las actividades diseñadas para impedir las actividades de inteligencia de entidades foráneas”. Los responsables de las actividades de *contrainteligencia* son

usualmente organizaciones tan poderosas como la CIA¹⁸ y el FBI¹⁹. En otras palabras, son las mismas organizaciones que practican la inteligencia las que se encargan de neutralizar la inteligencia que hacen otras organizaciones. En ese sentido, se ubican en un mismo plano entidades como la estadounidense CIA y la soviética KGB²⁰ en la época de la guerra fría; la NSA y organizaciones terroristas de gran envergadura como Al Qaeda; y compañías como Apple y Huawei, en el plano corporativo.

Por la naturaleza misma de la actividad de contrainteligencia, ejercerla sobrepasa las posibilidades del ciudadano común, pues se trata de una actividad que es capaz de hacer una entidad poderosa, como una corporación o un Estado, pero de la cual no es capaz una persona corriente. Aun teniendo profundos conocimientos de informática y criptografía es imposible resistir ser observado y que la información de uno se registre, almacene, analice, use, perfile e, inclusive, manipule²¹. Snowden (2019) afirma que lo máximo que se puede llegar a hacer es retrasar el momento en que toda información de uno estará en poder del observador. Véliz (2020), por su parte, sugiere variadas formas de entorpecer las actividades del observador como el reporte de datos falsos, la configuración de los dispositivos y aplicaciones de modo que se garantice una mayor privacidad, utilizar tecnología análoga cada vez que sea posible y tener un grado aceptable de forma-

18 Central Intelligence Agency.

19 Federal Bureau of Intelligence.

20 Komitet Gosudarstvennoy Bezopasnosti (Comité para la Seguridad del Estado).

21 Sobre la efectividad de salvaguardas legales como el GDPR Act, las leyes de protección de datos y, últimamente, la aplicación de las leyes antimonopolio se hablará de forma detenida en un próximo capítulo.

ción informática, entre otras. Sin embargo, reconoce que ninguna medida que se pueda tomar es infalible y que ni siquiera personas expertas en privacidad lo pueden hacer perfectamente.

Un defensor de derechos humanos, periodista, sindicalista, disidente o cualquier ciudadano común no está en la capacidad de neutralizar la *Intelvig* que sobre él ejercen gigantes tecnológicos como Facebook, Google o cualquier Estado. Por ejemplo, Rainie y Madden (2015) reportaron que para el 54% de las personas es ‘difícil’ o ‘muy difícil’ encontrar herramientas o estrategias que les ayuden a tener comunicaciones más privadas. Reportaron así mismo, que una buena proporción de la población ni siquiera sabe que existen herramientas que pueden ayudar a que sus comunicaciones sean más privadas. Así mismo, el grupo FDR (2013) reportó que solo el 13% de los escritores entrevistados tomaron alguna medida para esconder o eliminar su rastro digital, mientras que una proporción mucho mayor de ellos optó por la autocensura.

La *Intelvig* entraña, por lo tanto, una situación insalvable de desequilibrio de poder donde el observador ostenta una posición de absoluta dominancia y el observado una posición de absoluta vulnerabilidad contra la cual luchar le es poco menos que imposible.

El desequilibrio de poder que se genera se compone por varios de los problemas descritos por Solove (2006) en su ensayo sobre la “taxonomía de la privacidad”. En primer lugar, está el problema de la exclusión, que consiste en que los sujetos de los que se recolecta analizan y usan la información están excluidos de ese proceso, de forma tal que no pueden saber qué información se tiene de ellos, qué tan exacta es ni para qué se usa. Tampoco pueden acceder a ella y mucho menos corregirla, de modo que se

configura, en palabras de Solove, una especie de violación al debido proceso (2007).

En segundo lugar, está el problema de la agregación o integración de la información, que es el reto y objetivo último de la tecnología del *big data*. Se presenta al hacer converger una multitud de datos que, considerados separadamente pueden resultar irrelevantes, pero que de forma agregada pueden revelar información personal altamente detallada y sensible sobre una persona (Solove, 2007) y lo que podría hacer. De la integración de información de tipo demográfico²², de preferencias²³, de correspondencia²⁴, ubicación²⁵, compras, y de uso de dispositivos²⁶, por ejemplo, se pueden inferir un sinnúmero de características de la persona a quien pertenece esa información, características que ella puede no querer revelar.

Por último, está el problema del uso secundario (Solove, 2007). Como se explicaba al principio del capítulo, los datos pueden haber sido recolectados con fines de funcionalidad, comerciales o de seguridad, entre otros. No obstante, puesto que en la mayoría de los casos no es claro hasta cuándo quedará almacenada esa información ni qué límites existen respecto de su manejo, el potencial de usos no consentidos que a ella se le puede dar en el futuro es ilimitado, haciendo que sea muy difícil para la ciudadanía evaluar los peligros que ello pueda entrañar (Solove, 2007).

22 Edad, sexo, nacionalidad, etc.

23 Preferencias políticas, literarias, musicales, sexuales, etc.

24 Lista de contactos, destinatarios de sus mensajes y frecuencia de los mismos, por ejemplo.

25 Qué lugares frecuenta y cuánto se demora en ellos, por ejemplo.

26 Comunicaciones a través de computador o celular. Tipos de dispositivos y marcas. Aplicaciones instaladas, etc.

Así pues que la práctica de *Intelvig* da lugar a que: 1) el observador tenga una vasta cantidad de información sobre el observado sin que este último tenga acceso a ella ni pueda corregirla en caso de ser equivocada o inexacta; 2) el observador pueda inferir, sin el consentimiento del observado, características de su personalidad o de su identidad altamente detalladas y precisas; y 3) el observador (o quien tenga a su disposición la información y las capacidades para analizarla) pueda hacer usos totalmente imprevistos e insospechados de los datos recopilados.

En suma, la práctica de *Intelvig* crea una infraestructura que permite a quien está en la posición dominante ejercer el poder de manera desmesurada frente al individuo, que está desprovisto de mecanismos efectivos para hacerle frente. Aunque la *Intelvig* no genere un daño inmediato en quien es observado/analizado, sí crea un escenario donde las posibilidades de generar un daño son ilimitadas. En palabras de Snowden, se está estableciendo poco a poco una “arquitectura de la opresión” (Vice, 2020), un sofisticado sistema de intrusión y control que amenaza incluso con socavar las bases del estado democrático y el significado de la libertad.

CONCLUSIONES

En la época contemporánea no es posible afirmar que estamos siendo vigilados o que somos objeto de actividades de inteligencia, pues la incorporación de las nuevas tecnologías de la información a estas prácticas implica que en realidad se trata de un compuesto difuso, inseparable y masivo que en este capítulo se ha denominado “inteligencia-vigilancia” o *Intelvig*. Ante esta situación, la ciudadanía se enfrenta a una disyuntiva que devela el desequilibrio de poder en que se encuentran observador y

observado: la autocensura y la conRAINTeligencia. Por una parte, la autocensura significa la pérdida de prerrogativas democráticas como el ejercicio de la libre expresión, libre asociación, libre lectura, libre formación de opinión y libertad de cultos; por otra, la conRAINTeligencia está fuera de las posibilidades tecnológicas del ciudadano común. Este desequilibrio de poder permite a quien está en la posición dominante controlar de forma absoluta a quien se encuentra sometido, pues se encuentra desprovisto de mecanismos efectivos para hacerle frente. En ese sentido, la *Intelvig* es un componente esencial de lo que algunos autores han llamado la “arquitectura de la opresión”.

REFERENCIAS

Libros

- BENTHAN, J. (1787). *The Panopticon writings*. Ed. Verso, 1995. London
- FOUCAULT, M. (1975). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- GREENWALD, G. (2014). *No place to hide: Edward Snowden, the NSA and the surveillance state*. London: Ed. Penguin Books.
- HARCOURT, B. (2015). *Exposed: Desire and Disobedience in the Digital Age*. Estados Unidos: Harvard University Press.
- SNOWDEN, E (2019). *Permanent record*. Londres: MacMillan.
- STRITTMATTER, K. (2019). *We have been harmonised: Life in China's surveillance state*. Londres: Street Publishing
- VÉLIZ, C. (2020). *Privacy is Power: Why and how you should take back control of your data*. Estados Unidos: Bantam Press.

Artículos académicos

- ANDERSON, R. y KOILPILLAI, A. (2018). *Counterintelligence* en ARRIGO, B, (Ed.), *The SAGE Encyclopedia of surveillance, security, and privacy*. Estados Unidos: SAGE Publications, Inc.
- FDR Group (2013). *Chilling effects: NSA Surveillance drives US writers to self-censor*. NY: Pen American Center.
- GILMAN, L. (2004). *Internet Surveillance* en LERNER, K. y LERNER, B. (Eds), *The Encyclopedia of Espionage, Intelligence, and Security Vol 2*. Estados Unidos: Gale.
- GOOLD, B. (2010) *How Much Surveillance is Too Much? Some Thoughts on Surveillance, Democracy, and the Political Value of Privacy*. DW Schartum, ed, *Overvåkning i en rettsstat – Surveillance in a Constitutional Government* (pp. 38-48).
- JENKINS, R. (2012), *Identity, surveillance, and modernity*, en *Routledge Handbook of Surveillance Studies*. Ed. Edited by Ball, Haggerty y Lyon. Nueva York, Estados Unidos: Routledge.
- LERNER, A. (2004). *Espionage and Intelligence, Early Historical Foundations* en LERNER, K. y LERNER, B. (Eds), *The Encyclopedia of Espionage, Intelligence, and Security Vol 1*. Estados Unidos: Gale.
- LERNER, K. y LERNER, B. (Eds). (2004). *Espionage* en LERNER, K. y LERNER, B. (Eds), *The Encyclopedia of Espionage, Intelligence, and Security Vol 1*. Estados Unidos: Gale.
- McHUGH, K. y RAMIREZ, K. (2018). *Espionage* en ARRIGO, B, (Ed.), *The SAGE Encyclopedia of surveillance, security, and privacy*. Estados Unidos: SAGE Publications, Inc.
- MENICHELLI, F. (2018). *Surveillance, Theories of* en ARRIGO, B, (Ed.), *The SAGE Encyclopedia of surveillance, security, and privacy*. Estados Unidos: SAGE Publications, Inc.

- PARDO-LÓPEZ, A. (2021). "Predicción del comportamiento criminal a partir del análisis de "big data": regreso al peligrosismo penal". En: HENAO y PINZÓN-CAMARGO (eds.). *Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad*. Tomo I. *¿Cuarta revolución industrial?: contribuciones tecnosociales para la transformación social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- PENNEY, J. W. (2016). *Chilling effects: Online surveillance and wikipedia use*. Berkeley Law Review.
- RAINIE, L. y MADDEN, M. (2015). *Americans' privacy strategies post-Snowden*. Pew Research Center, Internet Science and Tech. Disponible en: <http://www.pewinternet.org/2015/03/16/americans-privacy-strategies-post-snowden/>
- SHIELDS, P. (2018). "Electronic surveillance". En ARRIGO, B, (Ed.). *The SAGE Encyclopedia of surveillance, security, and privacy*. Estados Unidos: SAGE Publications, Inc.
- SOLOVE, D. (2006). *A Taxonomy of Privacy*. University of Pennsylvania Law Review, 154(3), 477-564. doi:10.2307/40041279
- SOLOVE, D. (2007) "I've Got Nothing to Hide" and Other Misunderstandings of Privacy, 44 San Diego L. Rev. 745.
- STOYCHEFF, E. (2016). *Under Surveillance: Examining Facebook's Spiral of Silence Effects in the Wake of NSA Internet Monitoring*. Journalism & Mass Communication Quarterly, 93(2), 296-311. DOI: 10.1177/1077699016630255

Cursos virtuales

- ALTINTAS, I. (s. f.). *Introduction to big data*. Universidad de San Diego, California [Curso virtual] Disponible en: https://www.coursera.org/learn/big-data-introduction?utm_medium=email&utm_source=marketing&utm_campaign=4BZoUBXwEemScaPKX0THWA#reviews

JAGADISH, H. (s.f.) *Data Science Ethics*. Universidad de Michigan: Coursera. Disponible en: <https://www.coursera.org/learn/data-science-ethics>

Informes

ACLUM. (s.f). Surveillance in the age of total information awareness. Estados Unidos: The American Civil Liberties Union of Massachusetts. Disponible en: <https://privacysos.org/explore/reports/surveillance-in-the-age-of-total-information-awareness/part-iii-targets-of-the-surveillance-system/targets-of-the-surveillance-system-muslims/>

Freedom of the net (2018). *The rise of digital authoritarianism*. Washington: Freedom House.

Privacy international (2014). *Egyptian Government Wants Surveillance System to Monitor "Destructive Ideas" On Social Networks*. Disponible en: <https://privacyinternational.org/blog/1252/egyptian-government-wants-surveillance-system-monitor-destructive-ideas-social-network>

Privacy International (28 de enero de 2021). *The companies in control of our secret identities*. Privacy International. Disponible en: <https://privacyinternational.org/long-read/4398/companies-control-our-secret-identities>

Artículos periodísticos

BODEEN, C. (13 de junio 2019). *Hong Kong protesters wary of Chinese surveillance technology*. ABC news. Disponible en: <https://abcnews.go.com/International/wireStory/hong-kong-protesters-wary-chinese-surveillance-technology-63686451>

BUCKLEY, C. y MOZUR, P. (22 de Mayo de 2019) *How China Uses High-Tech Surveillance to Subdue Minorities*. The

New York Times. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2019/05/22/world/asia/china-surveillance-xinjiang.html?smid=fb-nytimes&smtyp=cur&fbclid=IwAR2lnsM-8HWaeLVNE8dHyijqxjhFV4AHuGJhU6sbKq47NGu-2bKxen1RdSp8>

BUCKLEY, C.; MOZUR, P. y RAMZY, A. (4 de abril de 2019) *How China turned a city into a prison*. The New York Times. Disponible en: <https://www.nytimes.com/interactive/2019/04/04/world/asia/xinjiang-china-surveillance-prison.html>

COX, J. (16 de noviembre de 2020). *How the u.s. Military Buys Location Data from Ordinary Apps*. Vice. Disponible en: <https://www.vice.com/en/article/jgqm5x/us-military-location-data-xmode-locate-x>

GREENWALD, G. (15 de julio de 2013c). *The crux of the NSA story in one phrase: "collect it all"*. The Guardian, Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/jul/15/crux-nsa-collect-it-all>

GREENWALD, G. (31 de julio de 2013b). *XKeyscore: NSA tool collects nearly everything a user does on the internet*. The Guardian, Disponible en: https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data#=_

GREENWALD, G. (6 de junio de 2013a). *NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily*. The Guardian, Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order>

GREENWALD, G. y MACASKILL E. (8 de junio de 2013b). *Boundless Informant: the NSA's secret tool to track global surveillance data*. The Guardian, Disponible en: <https://www.theguardian.com>

com/world/2013/jun/08/nsa-boundless-informant-global-datamining

GREENWALD, G. y MACASKILL E. (6 de junio de 2013a). *NSA Prism program taps in to user data of Apple, Google and others*. The Guardian, Disponible en: [https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data#_=_](https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data#_=)

GREENWALD, G.; MACASKILL E. y POITRAS L. (9 de junio de 2013a). *Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations*. The Guardian, Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>

GREENWALD, G.; MACASKILL E.; POITRAS L.; ACKERMAN S. y RUSHE, D. (11 de julio de 2013), *Microsoft handed the NSA access to encrypted messages*. The Guardian. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/11/microsoft-nsa-collaboration-user-data>

GREENWALD, G.; MACASKILL E. y POITRAS L. (8 de julio de 2013b). *Edward Snowden: US surveillance “not something I’m willing to live under”*. The Guardian. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/08/edward-snowden-surveillance-excess-interview>

HU. C. (13 de septiembre 2019). *What Hong Kong’s masked protesters fear*. CNN. Disponible en: <https://edition.cnn.com/2019/09/09/asia/smart-lamp-hong-kong-hnk-intl/index.html>

MORRISON, S. (2021). *Why you should care about data privacy even if you have “nothing to hide”*. Vox. Disponible en: <https://www.vox.com/recode/22250897/facebook-data-privacy-collection-algorithms-extremism>

Redacción Política (27 de agosto 2020). *La lista de influenciadores a los que la Presidencia les pone el ojo*. El Espectador. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/>

politica/la-lista-de-influenciadores-a-los-que-la-presidencia-les-pone-el-ojo/

Revista Semana (1 de mayo de 2020). *Las carpetas secretas*. *Revista Semana*. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/espionaje-del-ejercito-nacional-las-carpetas-secretas-investigacion-semana/667616/>

Unidad Investigativa *El Tiempo* (10 de agosto 2020a). ¿Qué hay detrás de rastreo en redes que alista la Policía? *El Tiempo*. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/unidad-investigativa/que-hay-detras-de-rastreo-en-redes-que-alista-la-policia-527628>

Unidad Investigativa (10 de agosto 2020b). ¿Qué busca la Policía rastreando perfiles en redes? *El Tiempo*. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/unidad-investigativa/que-busca-la-policia-rastreando-perfiles-en-redes-527880>

Documentales

POITRAS, L. (2014). *Citizenfour*. Documentary film. United States: Praxis Film Production

Podcasts

Presunto podcast (2020). *¿Por qué nos vigilan? P.64*. [Audio en podcast]. Trejos, S. (Productor). Disponible en: <https://soundcloud.com/presunto-podcast/64-editorial-porquenosvigilan>

Debates

Munk Debates (2 de mayo de 2014). *State Surveillance Debate*. [Audio en podcast]. Disponible en: <https://munkdebates.com/debates/state-surveillance>

Entrevistas televisadas

Vice (2020). Edward Snowden [Episodio de programa de televisión]. En *Shelter in Place with Shane Smith*. Nueva York, Estados Unidos: Vice.

Otros

Office of the Director of National Intelligence (s.f.). *What is intelligence?* Nueva York, Estados Unidos: US Office of the Director of National Intelligence. Disponible en: <https://www.dni.gov/index.php/what-we-do/what-is-intelligence>

Normatividad

Congreso de la República de Colombia (17 de abril de 2013). Ley Estatutaria [1621 de 2013].

**LA IMPERIOSA NECESIDAD DE REDUCIR LA
POBLACIÓN PENITENCIARIA EN COLOMBIA.
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECLARATORIA DEL
ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LAS
CÁRCELES Y PENITENCIARIAS DEL PAÍS**

JOSÉ MANUEL DÍAZ SOTO*
DIEGO ALEJANDRO BORBÓN RODRÍGUEZ**

Resumen: El presente artículo de investigación pretende, en primer lugar, analizar la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en las cárceles y penitenciarias del país, tanto desde su fundamentación como de sus resultados. Agotado este análisis, y tras demostrar que el estado de cosas inconstitucionales no se ha traducido en la garantía efectiva de los derechos de las personas privadas de su libertad, se señalan las razones por las que es posible inferir que Colombia atraviesa una inadvertida problemática de

* Docente Investigador del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Abogado y magíster en Derecho Penal y Criminología. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5679-8432> Correo-e: josem.diaz@uexternado.edu.co

** Monitor del Centro de Investigación en Política Criminal. Estudiante de Derecho, Psicología y Filosofía. Diplomado en Teoría del Delito; Derecho Probatorio; Neurociencia Médica. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2115-2105> Correo-e: diego.borbon01@est.uexternado.edu.co

hacinamiento extremo que supera, por mucho, las cifras oficiales. En esa misma dirección, se expone que es dicha problemática la que explica la escasa efectividad de las medidas adoptadas con ocasión del estado de cosas inconstitucionales. Seguidamente, se analiza la experiencia del Estado de California, en Estados Unidos, frente al encarcelamiento masivo, de donde esperamos extraer enseñanzas que sean útiles para afrontar la realidad colombiana.

Palabras clave: Estado de cosas inconstitucionales; Encarcelamiento masivo; Hacinamiento carcelario; Excarcelación; Derechos fundamentales.

THE URGENT NEED TO REDUCE THE PRISON
POPULATION IN COLOMBIA. CRITICAL ANALYSIS
OF THE DECLARATION OF THE UNCONSTITUTIONAL
STATE OF AFFAIRS IN THE COUNTRY'S PRISONS
AND PENITENTIARIES

Abstract: This research article aims to analyze the declaration of the unconstitutional state of affairs in the prisons and penitentiaries of Colombia, both from its foundation and its results. Once this analysis has been exhausted, and after demonstrating that the unconstitutional state of affairs has not translated into the effective guarantee of the rights of prisoners, it is indicated that Colombia is going through an inadvertent problem of extreme prison overcrowding that exceeds, by far, the official statistics. In the same direction, it is stated that this problem explains the lack of effectiveness of the measures adopted on the declaration of the unconstitutional state of affairs. Next, the experience of the State of California, in the United States, in the face of mass incarceration is analyzed, from which we hope to extract lessons that are useful to face the Colombian reality.

Keywords: Unconstitutional state of affairs; Mass incarceration; Prison Overcrowding; Prison release; Fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

La declaratoria de un estado de cosas inconstitucional constituye la mejor prueba del compromiso de la judicatura con una concepción material de la Constitución. Esto implica que la garantía de los derechos fundamentales no se satisface con su mera consagración en el texto superior ni con la simple declaratoria de su vulneración. En palabras más sencillas, declarar un estado de cosas inconstitucional es tomarse en serio la Constitución.

En efecto, cuando la Corte Constitucional declara un estado de cosas inconstitucional reconoce que, en la realidad de las cosas, no están dadas las condiciones mínimas estructurales para materializar un derecho fundamental. En especial, los derechos humanos básicos de primera generación, por lo que el juez no puede limitarse a declarar la violación del derecho y a ofrecer un amparo constitucional individual. Por el contrario, si asume realmente su rol como garante de la Constitución, debe adentrarse en ámbitos de competencia reservados, en condiciones de normalidad, a otros poderes públicos, con miras a procurar el sustrato material del derecho vulnerado.

En Colombia nadie puede válidamente sostener que la Corte Constitucional ha hecho oídos sordos del clamor de los cientos de miles de hombres y mujeres privados de la libertad en las cárceles y penitenciarias del país. Muy por el contrario, el tribunal constitucional es, y ha sido, la más significativa caja de resonancia de las voces de los reclusos y de quienes comparten su sufrimiento. No de otra forma puede interpretarse que la Corte haya declarado, en dos

ocasiones, el estado de cosas inconstitucional en nuestras cárceles y penitenciarias, así como adoptado, cuando menos desde la Sentencia T-762/2015, medidas tendientes a la racionalización del ejercicio del poder punitivo, cuyo uso desmedido es identificado, correctamente, como la causa eficiente de la crisis carcelaria.

Sin embargo, y pese a la indudable trascendencia de la labor de la Corte Constitucional en búsqueda de la efectiva implementación de condiciones dignas de reclusión, lo cierto es que existe suficiente evidencia para sostener que las condiciones de reclusión en el país distan poco de las imperantes en el año 1998, cuando la Corte declaró, por primera vez, el estado de cosas inconstitucional (en adelante ECI) en las cárceles y penitenciarias. De la misma manera, las órdenes adoptadas por la Corte en Sentencia T-762/15 muestran un escaso grado de cumplimiento, razón por la cual la realidad penitenciaria es hoy, en indicadores claves como hacinamiento, atención en salud o desarrollo de programas de resocialización, peor que hace 22 años.

La tesis que se sostendrá en esta disertación es que el estado de cosas inconstitucional es, en efecto, la herramienta idónea para superar la prolongada y masiva vulneración de los derechos humanos en las cárceles y penitenciarias de Colombia. Es decir, reconocemos, y valoramos, la labor de la Corte Constitucional como ente coordinador de un esfuerzo interinstitucional necesario para garantizar a los privados de la libertad unas condiciones mínimas de vida digna en reclusión. Sin embargo, consideramos que la Corte Constitucional ha infravalorado, posiblemente por la inexactitud de la información oficial, la gravedad de la problemática penitenciaria, lo que la ha conducido a adoptar medidas que, aunque bien intencionadas, son de imposible aplicación en contextos de extrema sobrepoblación carcelaria.

En otras palabras, creemos que la Corte Constitucional ha adoptado medidas que, en abstracto, son idóneas para garantizar la vida digna en reclusión, pero que, enfrentadas al encarcelamiento masivo, pierden su aptitud como mecanismos efectivos de protección de los derechos de la población privada de la libertad. Así, por ejemplo, en un establecimiento penitenciario como el de la ciudad de Riohacha, donde los reclusos tienen, y han tenido durante más de un lustro, poco más de 60 cm² para dormir (Defensoría del Pueblo, 2014), resulta imposible aplicar medidas tendientes a la efectiva separación entre sindicados y condenados. Lo mismo se podría decir sobre la impartición de programas de formación profesional que brinden a los internos un proyecto de vida digna tras finalizar sus penas. Órdenes que, valga destacarlo, tampoco han sido seriamente asumidas por las autoridades públicas vinculadas por la Corte.

Ante esta realidad, consideramos que debe dirigirse la vista a la experiencia de otros Estados que han debido afrontar la problemática del encarcelamiento masivo y el costo que supone para los derechos de los privados de la libertad y para la sociedad en su conjunto. En especial, en esta investigación se analizará la experiencia del Estado de California, en los Estados Unidos de América, en donde la judicatura ha trasegado un camino muy similar al hasta ahora recorrido por nuestra Corte Constitucional. El sistema de justicia federal ha llegado a la conclusión, como esperamos pronto lo advierta nuestro tribunal constitucional, que la única forma de garantizar la vida e integridad de los reclusos en contextos de extrema sobrepoblación penitenciaria es reduciendo significativamente el número de personas privadas de la libertad.

Transcurrida una década de incumplimiento a las órdenes judiciales y progresivo deterioro de las condiciones

de reclusión, los jueces federales, finalmente, adoptaron la decisión que se echa de menos en las providencias de nuestra Corte Constitucional, esto es, ordenaron que la población penitenciaria se redujera en un término perentorio, incluso si ello suponía, como en efecto lo hizo, acudir a excarcelaciones masivas, pero razonadas. Esta decisión, la reducción de la población penitenciaria, fue finalmente avalada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del Caso Brown vs. Plata, que Jonathan Simon identifica como la primera “afirmación en sentido fuerte [en la jurisprudencia de la Corte] de la dignidad como un valor constitucional con particular relevancia en el ámbito de la Constitución” (Simon, 2019, p. 154).

En ese sentido, la experiencia californiana no es solo útil para valorar la idoneidad de las medidas que la judicatura puede adoptar con miras a garantizar derechos en contextos de encarcelamiento masivo. Además, resulta imposible no advertir semejanzas entre el discurso que motivó el encarcelamiento masivo en California a comienzos de la década de los años 80 y aquel que ha imperado en el debate político criminal colombiano, cuando menos, desde principios de los años 2000. En efecto, como lo anota Simon, la sobrepoblación penitenciaria es fruto de una falsa narrativa sobre el delito y el delincuente, que muestra a quien ha entrado en conflicto con la ley penal como una mera fuente de peligro con quien es imposible entablar un diálogo constructivo y, por ende, no queda más opción que separarlo de la sociedad el mayor tiempo posible (Simon, 2019). Estas ideas, entre nosotros, han servido de sustento para la adopción de leyes que han tenido directa incidencia en el aumento de la población penitenciaria, como la Ley 1453, Ley de Seguridad Ciudadana, o la consagración de la prisión perpetua.

El presente artículo de investigación pretende, en primer lugar, analizar la declaratoria del estado de cosas

inconstitucional en las cárceles y penitenciarias del país, tanto desde su fundamentación como de sus resultados. Agotado este análisis, y tras demostrar que el ECI no se ha traducido en la garantía efectiva de los derechos de la población privada de la libertad (en adelante PPL), señalaremos las razones por las que consideramos que Colombia atraviesa una inadvertida problemática de hacinamiento extremo que supera, por mucho, las cifras oficiales, así como que es dicha problemática la que explica la ausencia de efectividad de las medidas adoptadas con ocasión del ECI. Seguidamente, nos detendremos en el análisis de la experiencia del Estado de California frente al encarcelamiento masivo, de donde esperamos extraer enseñanzas que sean útiles para afrontar la realidad colombiana.

La metodología empleada corresponde a un análisis documental de fuentes primarias y secundarias, desde bibliografía jurídica, documentos públicos, informes técnicos, peticiones de información, datos obtenidos mediante litigio estratégico, entre otras. En esa misma dirección, se realiza estudio de caso y experiencia comparada para aplicar un método analítico y hermenéutico sobre los discursos jurídicos en torno al sostenimiento de las condiciones infrahumanas en la prisión.

1. EL ECI Y LA GARANTÍA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LA PPL

En nuestro entender, la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional y, más importante, las órdenes impartidas para su superación constituyen la más clara muestra de una democracia sustancial atada a la noción de Estado Social de Derecho. Si bien estos conceptos son ampliamente desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina, para los propósitos de este trabajo quisiéramos detenernos en las

definiciones dadas por Luigi Ferrajoli en su obra cumbre: “Derecho y razón: teoría del garantismo penal”.

Para el maestro italiano, democracia formal es el imperio de la mayoría, esto es, un contexto político en el que el principio de mayoría se erige como el principal criterio de legitimidad frente al qué y al cómo de la acción del Estado, de modo que nada escapa al poder de la mayoría. Esta forma de concebir la democracia “ignora el nexo conceptual que liga la democracia política y todos los derechos que operan como límites o vínculos de contenido a la voluntad de las mayorías” (Ferrajoli, 2011, p. 29). Por el contrario, en la democracia sustancial se advierte un ámbito de lo decidible, esto es, de lo que es objeto de injerencia estatal, que está por fuera del poder de la mayoría, así como obligaciones estatales cuya efectiva ejecución tampoco puede ser rehusada por la mayoría; ambas restricciones al poder decisorio de las mayorías son la base de las distintas generaciones de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 1995).

Por otra parte, Ferrajoli entiende el Estado de derecho liberal como aquel en el que la sujeción del Estado al orden jurídico se traduce en prohibiciones, en deberes negativos de no hacer, suficientes en teoría, para la garantía de los derechos del individuo. Por el contrario, el Estado Social de Derecho está vinculado por deberes de hacer, es decir, el Estado está llamado, frente a sus ciudadanos, a cumplir obligaciones que requieren prestaciones positivas en garantía de los derechos sociales tales como el derecho a la subsistencia, alimentación, trabajo, salud, vivienda, entre otros (Ferrajoli, 1995).

La declaratoria del ECI es la más evidente muestra de un Estado Social de Derecho y de una democracia sustancial en los términos antes expuestos. En efecto, al declarar el ECI, en especial a favor de quienes han infringido la ley penal, la Corte Constitucional reconoce, en primer lugar,

que la decisión de la mayoría, representada en el legislativo y en las autoridades públicas instituidos para hacer cumplir el orden jurídico penal, no puede traducirse en el menoscabo de derechos inalienables vinculados a la noción de dignidad humana. En palabras más sencillas, al declarar el ECI en las cárceles y penitenciarias del país se reconoce a los reclusos como miembros de la comunidad política y titulares de derechos que se desprenden de su mera condición humana, de modo que ninguna decisión de las autoridades públicas, por justificada que sea, puede comportar su afectación.

Al respecto, no debe perderse de vista que, conforme lo ha decantado la H. Corte Constitucional, las personas privadas de la libertad, sea en condición de condenados o de sindicados, son sujetos de una relación especial de sujeción frente al Estado, de modo que las autoridades públicas son garantes de la materialización de derechos de los internos que, en otras condiciones, solo tendrían el deber de respetar. De acuerdo con la Corte Constitucional, “las personas privadas de la libertad están en una relación de especial sujeción: sus derechos deben ser asegurados de manera reforzada” (Corte Constitucional, Sentencia T-143 de 2017). En efecto, en vista de la limitación de algunos derechos que comporta la imposición de la pena privativa de la libertad o de la detención preventiva, el Estado adquiere la correlativa obligación de garantizar a los privados de la libertad el acceso a bienes y servicios que, en condiciones normales, los ciudadanos deben procurarse por su cuenta.

A partir de lo expuesto, es dable afirmar que el ECI es la respuesta del juez constitucional a violaciones masivas de derechos en una democracia sustancial y en el marco de un Estado Social de Derecho. En efecto, tomarse en serio los derechos de las minorías y el carácter prestacional del Estado supone reconocer que el poder judicial,

como garante de la Constitución, está legitimado para intervenir sobre las causas estructurales de la afectación masiva y prolongada de derechos fundamentales. Lo anterior incluso cuando los beneficiarios de tales medidas sean personas a quienes la mayoría pretende sustraer del ámbito de protección constitucional.

Lo señalado es también advertido por autores que se han ocupado del papel de los jueces en el nuevo constitucionalismo colombiano, quienes, tras resaltar el efectivo control del poder, el carácter participativo, el pluralismo y el carácter contencioso como características del constitucionalismo patrio contemporáneo (Huertas *et al.*, 2019), categóricamente afirman:

Estos cambios han traído consigo la superación de las formas tradicionales de concepción del derecho constitucional, por la que el juez dejó de ser un aplicador pasivo del derecho para convertirse en un verdadero defensor del orden constitucional y, por lo tanto, del Estado social y democrático de derecho (p. 32).

En todo caso, debe destacarse que la Corte Constitucional no ha ignorado la compleja relación que se trenza entre el principio de separación de poderes y la declaratoria del ECI como instrumento de garantía de derechos fundamentales. Al respecto, conviene subrayar que la Corte ha dado un cauteloso uso a esta figura y ha condicionado su declaratoria a supuestos excepcionalísimos, que dan cuenta de escenarios en los que la intervención judicial es indispensable para que el reconocimiento constitucional de un derecho no pase a ser letra muerta.

No hace falta más que leer la jurisprudencia constitucional para advertir que la problemática penitenciaria en Colombia reúne todos los requisitos que ameritan la declaratoria de un ECI, tales como la vulneración masiva

de derechos, prolongada por omisiones de autoridades estatales, la no expedición de políticas públicas integrales, la existencia de un problema estructural que requiere coordinación y presupuesto. En efecto, en lo que hace a la constatación de la vulneración generalizada y persistente de derechos fundamentales, desde su más primigenia jurisprudencia la Corte Constitucional se ha ocupado de casos en los que las autoridades penitenciarias y, en general, el conjunto de la institucionalidad ha vulnerado derechos humanos básicos de personas privadas de la libertad. Tal violación de derechos fundamentales, como se advierte en las sentencias T-388/2013 y T-762/2015, se evidencia en centros de reclusión a todo lo largo y ancho del territorio nacional, y se ha prolongado, cuando menos, desde la primera mitad de la década de los 90, como lo pone de presente la sentencia T-153/1998.

En conclusión, tanto desde el punto de vista de la teoría del Estado y de la democracia, como desde la valoración de las características de la problemática penitenciaria nacional y del escaso interés en su superación por las autoridades públicas, la declaratoria del ECI por la Corte Constitucional está justificada. Dejando esto en claro, procederemos al estudio del actual ECI en el sistema penitenciario nacional, su evolución y al análisis de las medidas adoptadas a su amparo, ya no desde el punto de vista de su legitimidad, sino de su eficacia.

2. EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LAS CÁRCELES Y PENITENCIARIAS DEL PAÍS Y VALORACIÓN GLOBAL DE SU EFICACIA

Como es bien sabido, el estado de cosas inconstitucional en las cárceles y penitenciarias del país fue originalmente

declarado por la Corte Constitucional en el año 1998 a través de la sentencia T-153 de ese año, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. Lo primero que debe destacarse de esta providencia es que supera una inaudita inacción judicial en la procura de los derechos de la PPL de dos de los principales centros de reclusión del país, las cárceles La Modelo y Bellavista de Bogotá y Medellín, respectivamente. En efecto, al conceder el amparo la Corte Constitucional rechazó, expresamente, posiciones formalistas asumidas por los jueces de instancia, entre ellos la Corte Suprema de Justicia, que, pese a reconocer la violación manifiesta de los derechos fundamentales de los reclusos, consideraban que “el juez de tutela no puede convertirse en un ordenador o ejecutor del presupuesto, pues ello significaría la invasión de competencias atribuidas a las autoridades administrativas respectivas y un cogobierno de la rama judicial” (Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998).

Múltiples y gravísimas eran las situaciones que motivaron el ejercicio de las numerosas acciones de tutela finalmente conocidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-153/98. Entre ellas cabría destacar los altísimos niveles de hacinamiento (en celdas diseñadas para 4 personas se recluía hasta a 27 internos), la sobrecarga de las redes sanitarias, la ausencia de suficiente personal asistencial, de custodia y vigilancia (la Cárcel Modelo, p.ej., solo contaba con los servicios de una trabajadora social, un psicólogo y 320 guardias para la atención y custodia de más de 5.000 internos), falta de tratamiento penitenciario, etc.

Esto motivó que se declarara el estado de cosas inconstitucional en todos los centros de reclusión del país, al constatarse que las problemáticas anotadas no eran exclusivas de las dos cárceles señaladas. De la misma manera, ordenó se dispusiera, entre otras determinaciones,

que se elaborara y ejecutara un “plan de construcción y refacción carcelaria tendiente a garantizar a los reclusos condiciones de vida digna en los penales” (Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998), para lo cual se asignó a la Defensoría del Pueblo y Procuraduría General de la Nación la labor de supervisar su ejecución.

Nótese como la Corte Constitucional, pese a constatar la grave vulneración de los derechos fundamentales de miles de privados de la libertad, se abstuvo de adoptar medidas que garantizaran de forma inmediata condiciones dignas de reclusión a los accionantes y a las demás personas llamadas a beneficiarse de los efectos inter pares de la providencia. Dichas medidas podrían haber sido, por ejemplo, disponer la prisión domiciliaria de los reclusos que estuvieran más avanzados en el tratamiento penitenciario y que evidenciaran menor peligrosidad. En su lugar, la Corte vinculó la vida digna en reclusión a la infraestructura penitenciaria, de modo que, en criterio del tribunal constitucional, la única forma de superar el ECI radicaba en la construcción de mayores y mejores cupos carcelarios. En otras palabras, la problemática penitenciaria fue concebida como un problema de suficientes y adecuadas cárceles, por lo que se ordenó, como se indicó, un ambicioso plan de construcción carcelario, como medida tendiente a garantizar los derechos de la PPL, pese a que los accionantes en poco o nada se beneficiarían de tal medida.

Infortunadamente, la Corte Constitucional no abordó las distintas dimensiones de la problemática penitenciaria que constató como supuesto fáctico del ECI. En especial, al vincular la vida digna en reclusión con un plan de construcción de cárceles, se redujo la prisión a un escenario de contención de individuos peligrosos y se negó, o cuando menos se ignoró, que la cárcel debe ser, ante todo, un

conjunto de servicios llamados tanto a la garantía de la seguridad ciudadana como a la reinserción de quien ha entrado en conflicto con la ley penal. En otras palabras, una reclusión libre de hacinamiento, si bien es supuesto de una vida digna, no es la única garantía debida a los hombres y mujeres privados de la libertad.

Adicionalmente, resulta increíble que la Corte no haya advertido el inescindible vínculo entre una política criminal excesivamente punitivista, como la que caracterizó la década del noventa, y el aumento de la población privada de la libertad; como sí lo hizo, 15 años después, en Sentencia T-388/2013.

Esta indebida asociación entre infraestructura carcelaria y vida digna en reclusión condujo a que, pese a la construcción masiva de establecimientos penitenciarios y carcelarios, las condiciones de reclusión en poco o nada cambiaran respecto de las documentadas por la Corte en Sentencia T-153/1998.

En efecto, los datos oficiales del INPEC sobre capacidad y población penitenciaria demuestran que, desde el año 1998 hasta junio de 2019, la capacidad del sistema penitenciario creció en un 143%, pasando de 33.090 cupos en el año 1998 a 80.236 en junio de 2019. Sin embargo, la población privada de la libertad creció, en el mismo período, en un 243%, pasando de 49.816 a 122.004 personas reclusas (CEJ, 2020a). Situación que conlleva concluir que los esfuerzos del Gobierno Nacional para tener una oferta institucional adecuada resultaron insuficientes o, lo que es lo mismo, que las medidas adoptadas por la Corte Constitucional para superar el estado de cosas inconstitucional carecían de idoneidad.

El innegable hecho de que las condiciones de encarcelamiento en Colombia, pese a lo ordenado por la Corte en Sentencia T-153/1998, continuaron distando, por mucho, de

los estándares mínimos de una vida digna en reclusión. Este hecho condujo a que la Corte Constitucional profiriera la Sentencia T-388 de 2013, con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa, en la que declaró, de nuevo, el estado de cosas inconstitucional en las cárceles y penitenciarias del país.

La sentencia empieza por señalar que, pese a la vulneración continuada de los derechos de la PPL desde, cuando menos, el año 1998, la problemática que debía abordar la Corte obedecía a causas distintas a las que motivaron la declaratoria del ECI en la Sentencia T-153/1998. Es decir, nos hallábamos, en criterio de la Corte, ante una nueva crisis penitenciaria, originada en causas igualmente novedosas, que ameritaba la declaratoria de un nuevo ECI.

El argumento de la Corte Constitucional difícilmente puede aceptarse, pues si bien es cierto que en el año 1998 la Corte ignoró algunas causas de la problemática penitenciaria que fueron, finalmente, abordadas en Sentencia T-388/2013, no lo es menos que tales causas ya estaban presentes cuando se profirió la Sentencia T-153/1998. Cosa distinta es que la Corte hubiera optado por un modelo de expansión de la infraestructura penitenciaria en lugar de abogar por la racionalización del ejercicio del poder punitivo del Estado. Más importante, desde la perspectiva de la garantía efectiva de los derechos de la PPL la crisis abordada por la Corte en el año 2013 era exactamente la misma que fue objeto de la Sentencia T-153/1998, es decir, para un recluso de La Modelo poco o nada había cambiado desde el año 1998 como para sostener que la problemática que motivó la declaratoria del ECI en el año 2013 era distinta que la que condujo a igual medida en el año 1998.

Con independencia de esta condición, debe reconocerse que en Sentencia T-388/2013 la Corte asumió una postura más acertada frente a la crisis del sistema penitenciario,

al advertir que la problemática obedece a la ausencia de una auténtica política pública en materia carcelaria que aborde las distintas fases del proceso de criminalización. La referida sentencia, un documento de más de 600 folios, comprende más temáticas de las que es posible siquiera mencionar en este reducido espacio. Entre los aspectos más destacables se encuentra la referencia al uso excesivo de la prisión preventiva como causa eficiente del hacinamiento carcelario; la obligación de establecer una auténtica política pública, recogida en un instrumento, con objetivos precisos y vinculados a términos perentorios, que regule el ejercicio del poder punitivo; la adopción de medidas de aplicación inmediata en procura de los derechos de la PPL y de órdenes complejas de aplicación progresiva; y el empoderamiento de las agencias del Ministerio Público como autoridades llamadas a supervisar el cumplimiento de la sentencia.

Debe reconocerse que el fundamento criminológico de la Sentencia T-388/2013 es intachable y refleja una postura realmente progresista frente al ejercicio del poder punitivo. En efecto, la Corte Constitucional declaró que se ha hecho un uso excesivo de la pena, y en general del derecho penal, para afrontar problemáticas que serían mejor abordadas mediante otros instrumentos de intervención social, que este proceso obedece a un auténtico “populismo punitivo”, asociado a una función simbólica del derecho penal, y que el exagerado recurso a la pena de prisión desdibuja la noción misma de delincuente.

Infortunadamente, de nuevo la Corte se abstuvo de vincular un muy acertado diagnóstico de la crisis penitenciaria a medidas efectivas para garantizar los derechos de la PPL. Lo anterior puede advertirse con toda claridad al valorar la llamada “regla de equilibrio y equilibrio decreciente”. Para la Corte, los reclusos no son titulares del

derecho subjetivo a ser excarcelados en el supuesto que no se les garanticen condiciones mínimas de reclusión, simplemente, tienen derecho a que el Estado materialice de forma inmediata tales condiciones, para lo cual la Corte ordenó que los centros de reclusión que registraran niveles graves de sobreocupación se abstuvieran de recibir nuevos reclusos hasta tanto se redujera o desapareciera el hacinamiento carcelario; a esta determinación se le dio el nombre de “regla de equilibrio o equilibrio decreciente”.

Como puede anticiparse, esta medida resultó absolutamente inidónea para garantizar los derechos fundamentales de la mayor parte de la PPL, por la muy potísima razón que, al no reducirse el ingreso de nuevos internos ni admitirse la excarcelación de los ya recludos, el hacinamiento se trasladó a otros establecimientos penitenciarios y carcelarios o a los centros de detención transitoria; de ello da cuenta, entre otras decisiones, la Sentencia T-151/2016 que, precisamente, se ocupa de las muy precarias condiciones de reclusión de los detenidos en las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación y en las estaciones de policía. Tanto es esto cierto, que la propia Corte Constitucional, en Sentencia T-762/2015, revocó la orden de dar aplicación a la regla de equilibrio y equilibrio decreciente.

Adicionalmente, el hecho que la sentencia solo hubiera sido notificada a las autoridades accionadas a partir de 2015 condujo a que buena parte de las órdenes proferidas por la Corte se tornaran de imposible ejecución, en especial, el tiempo transcurrido entre los fallos de tutela seleccionados y la notificación de la Sentencia T-388/2013 condujo a que lo dispuesto por la Corte no vinculara a actores claves del sistema penitenciario como la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios o al Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad.

En vista del escaso avance que la Sentencia T-388/2013 supuso para la garantía efectiva de los derechos de la PPL, la Corte profirió la Sentencia T-762 de 2015, con ponencia de la H. Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en la que, de modo aún más enfático, se declaró que la principal causa del estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas la constituyen serios desfases en los procesos de criminalización primario y secundario. Esto es, tanto en el momento en que el legislador decide criminalizar conductas como durante su judicialización, en especial el uso irracional y desproporcionado de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Tras advertir que las condiciones de reclusión no habían variado sustancialmente de las comprobadas en las sentencias T-153/1998 y T-388/2013, la Corte ratificó el estado de cosas inconstitucional declarado en el año 2013 y adoptó nuevas medidas tendientes a su superación, siendo la más trascendente el hecho de haber asumido directamente, mediante una sala de seguimiento, la verificación del cumplimiento de sus órdenes.

Cabe destacar que en la Sentencia T-762/2015 la Corte emprendió la nada despreciable tarea de fijar los estándares de una política criminal respetuosa de los mandatos constitucionales y encaminada a la pronta superación del ECI. Infortunadamente, la Corte se muestra tímida a la hora de señalar cuál sería la consecuencia de una ley que desatienda tales estándares.

De igual modo, la Corte Constitucional, en la referida sentencia T-762 de 2015, estableció, provisionalmente, los estándares técnicos vinculados a una vida digna en reclusión, deteniéndose en aspectos puntuales como el área mínima de una celda o el número mínimo de batería sanitarias conforme al número de reclusos. Esta reflexión es de la mayor utilidad, pues permite evaluar, a partir

de indicadores objetivos, si el Estado se encuentra o no garantizando los derechos de la PPL.

En especial, la Corte ordenó que se evaluara la capacidad real de los centros de reclusión conforme a los estándares anotados, al advertir, como ya lo había hecho en Sentencia T-388/2013, graves falencias en la información oficial que da cuenta de las condiciones de reclusión.

La Sentencia T-762/2015 ha estado seguida de una serie de autos de seguimiento en los que la Corte Constitucional ha reiterado y ampliado las órdenes tendientes a amparar los derechos de la PPL (Corte Constitucional, Auto 121 de 2018). De la misma manera, ha requerido información a las autoridades accionadas, y a otras entes públicos y privados, acerca de la efectiva superación de las problemáticas constitutivas del ECI en las cárceles del país (Corte Constitucional, Auto 613 de 2018).

Infortunadamente, pese a la proactividad de la Corte en búsqueda a la superación de la crisis penitenciaria, lo cierto es que existe suficiente evidencia para sostener que las condiciones de reclusión en el país distan poco de las imperantes en el año 1998, cuando la Corte declaró, por primera vez, el ECI en las cárceles y penitenciarias del país. En especial, las órdenes adoptadas por la Corte en Sentencia T-762/15 muestran un escaso grado de cumplimiento, razón por la cual la realidad penitenciaria es hoy, en indicadores claves como hacinamiento, atención en salud o desarrollo de programas de resocialización, peor que hace 22 años. Así lo revelan diversas fuentes como los ocho informes de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil de la Sentencia T-388, el más reciente de noviembre de 2020 (css, 2020), de la Defensoría del Pueblo (2019) y los propios informes de cumplimiento de la Presidencia de la República (2020).

En nuestro concepto, la escasa trascendencia del ECI en términos de garantía efectiva de los derechos de la PPL obedece a una infravaloración de la dimensión cuantitativa de la crisis penitenciaria y, en especial, de la problemática del hacinamiento penitenciario. En palabras más sencillas, consideramos que la ineficacia de las decisiones adoptadas por la Corte se debe al hecho de que se trata de medidas de administración del sistema penitenciario que resultan, sencillamente, de imposible ejecución cuando los niveles de sobreocupación del sistema penitenciario alcanzan niveles tan altos como los registrados en Colombia.

Así, por ejemplo, cuando en una cárcel se alcanzan y persisten niveles de hacinamiento superiores al 300%, resulta sencillamente imposible adoptar medidas como garantizar a todos los reclusos una litera o la implementación de programas de capacitación y trabajo penitenciario, por la sencilla razón de que no hay espacio suficiente para implementar este tipo de órdenes. En estas condiciones, la única manera de garantizar efectivamente los derechos de la PPL es disponiendo medidas extraordinarias, aunque razonadas, de excarcelación, que permitan reducir la población penitenciaria a números manejables.

3. LA REAL DIMENSIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DEL HACINAMIENTO CARCELARIO EN COLOMBIA

En este apartado nos proponemos señalar las razones por las que consideramos que Colombia atraviesa una inadvertida problemática de hacinamiento extremo que supera, por mucho, las cifras oficiales. En esa misma dirección, tenemos suficientes razones para plantear que es dicha problemática la que explica la falta de efectividad de las medidas adoptadas con ocasión del ECI; en condiciones extremas de hacinamiento ninguna medida puede

garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad.

Desde el año 2012, el comportamiento estadístico del hacinamiento carcelario se ha estabilizado en unas cifras que oscilan entre el 45% y el 55% de sobrepoblación penitenciaria (CEJ, 2020b). Sin embargo, desde la llegada del Covid-19 a Colombia, la tasa de hacinamiento pasó de ser 51,49%, el 31 de marzo de 2020, a 20,54%, para enero de 2021 (INPEC, 2020a). Esta histórica reducción del hacinamiento carcelario ha sido celebrada profundamente por las entidades del Estado, quienes atribuyen dicha victoria a las medidas implementadas para la reducción de la población penitenciaria en circunstancias de pandemia. Sin embargo, las cifras oficiales que indican dicha tendencia a la baja son engañosas.

El comportamiento real del hacinamiento carcelario dista de ser el indicado por las cifras oficiales, pues oculta la población reclusa de manera irregular en los Centros de Detención Transitoria (en adelante CDT) como las Unidades de Reacción Inmediata (en adelante URI) o Estaciones de Policía. La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-151 de 2016, fue clara en establecer que estas locaciones “no son lugares destinados a la reclusión de personas procesadas o en ejecución de una sentencia”. En ese sentido, todo imputado o condenado que se encontrara en aquellos lugares debía ser inmediatamente trasladado para observar las exigencias legales y constitucionales. Más aun, ante la ausencia de instalaciones adecuadas, la Corte Constitucional estableció que la reclusión por más de 36 horas en un CDT constituiría una posible vulneración al derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (Corte Constitucional, Sentencia T-151 de 2016).

A pesar de la clara jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, el 12 de marzo de 2020, en razón a la llegada

del Covid-19 a Colombia, el INPEC adoptó un anexo a la Resolución 004 de 2020 que establece, en su parte resolutive, la restricción del ingreso a los Establecimientos de Reclusión del INPEC de aquellas personas que se encuentren en URI o Estaciones de Policía (INPEC, 2020b). Esta orden se expidió con la intención de impedir la expansión de la pandemia en los centros de reclusión a cargo del Instituto, sin embargo, generó, como se mostrará, un efecto catastrófico en términos de la garantía efectiva de los derechos de los privados de la libertad, efecto prolongado por la inclusión de la mentada orden en el Decreto Legislativo 546 de 2020. En efecto, el artículo 27 del señalado Decreto Legislativo confirmó la suspensión del traslado de personas privadas de su libertad en estaciones de policía o URI, en contravía de lo establecido por la jurisprudencia constitucional.

Para comprobar los efectos de dicha suspensión en la garantía efectiva de los derechos de la PPL en CDT, enviamos periódicamente una serie de peticiones dirigidas a la Dirección de Seguridad Ciudadana de la Policía Nacional y al INPEC. Los resultados eran de esperarse. La población privada de su libertad en URI o estaciones de policía pasó de ser de 9.361 personas, el 12 de marzo de 2020, a 12.003 personas el 12 de junio del mismo año, luego a 16.909, el 12 de septiembre, hasta llegar a 19.360 el 10 de noviembre de 2020 (Policía Nacional, 2020a y b). En porcentajes, el hacinamiento en centros de detención transitoria del orden nacional pasó de 49,2% en marzo de 2020 a 169,4% en noviembre de la misma anualidad.

Lo anterior implica que, contraria a la cifra oficial de 21,56% de hacinamiento a noviembre de 2020, el hacinamiento carcelario a nivel nacional era realmente del 45,6%, teniendo en cuenta la población reclusa irregularmente en los CDT. La población privada de su libertad no era de 98,078 personas como se presentaba, sino de 117.438 reclusos. En

otras palabras, el porcentaje de hacinamiento durante la pandemia era casi el mismo porcentaje oficial antes de la llegada del Covid-19 a Colombia. La diferencia radica en que, en los centros de detención transitoria, se encontraban, a noviembre de 2020, 19.360 personas privadas de su libertad de manera irregular, sometidas a condiciones inhumanas, crueles y degradantes de reclusión, bajo un hacinamiento que superaba el 160%.

Si esto no fuera lo suficientemente preocupante, en Bogotá el hacinamiento general de las 25 unidades dispuestas por la Policía Nacional, al 12 de septiembre de 2020, para la reclusión de sindicatos y condenados era de 183,37%. De dichas unidades resalta la Estación de Policía de Engativá, cuyo hacinamiento, al 3 de septiembre de 2020, era del 566,67% por albergar a 170 personas en un espacio cuya capacidad estimada era de tan solo 30 (Policía Nacional, 2020c).

Mientras las cifras oficiales pretendían señalar la histórica reducción del hacinamiento, la realidad para muchas personas privadas de su libertad era absolutamente contraria. Incluso, teniendo en cuenta que antes de la pandemia habían más de 9.000 personas en CDT, el hacinamiento real antes de la pandemia también era significativamente mayor al que las cifras pretendían mostrar.

Infortunadamente, por la inacción del Estado de tomarse en serio el problema del hacinamiento, la pandemia ha cobrado la vida de 117 personas privadas de su libertad, que han fallecido por Covid-19 a noviembre de 2020 (INPEC, 2020c). Por otra parte, el número de establecimientos de reclusión del orden nacional (ERON) que han presentado alertas por Covid-19, desde que se registró el primer caso de contagio en el establecimiento penitenciario de Villavicencio en el mes de abril y hasta el 9 de noviembre de 2020, ha sido de 113 de 134 ERON en funcionamiento (INPEC,

2020c). Todas las regionales del INPEC han presentado casos activos del nuevo coronavirus.

El hacinamiento, en ese sentido, no solo mantiene a la población privada de su libertad en una permanente vulneración de sus derechos fundamentales y su dignidad humana; también pone en riesgo la vida de aquellos que se encuentran reclusos en las cárceles y penitenciarías del país. Peor aun, el hacinamiento carcelario está subvalorado al presentarse cifras engañosas que no toman en cuenta la reclusión irregular en centros de detención transitoria. Sin embargo, este no es el único problema al momento de valorarse la real cifra de sobrepoblación penitenciaria. Veamos:

La Corte Constitucional, mediante Sentencia T-762 de 2015, advirtió dos problemas principales que impiden conocer el número real de cupos penitenciarios que garantizan condiciones de vida digna en reclusión. La alta corporación alertó sobre la inexistencia de un sistema de información serio, confiable y público que permita conocer la capacidad real de los ERON, así como que no se cuenta con un estándar de habitabilidad mínimo que debe ser garantizado en estos centros de reclusión. En esa misma Sentencia, la Corte Constitucional adoptó estándares internacionales mínimos de vida digna en reclusión, al pronunciarse sobre la cantidad de baños a los que los reclusos deben tener acceso, las condiciones de alimentación o el espacio a cielo abierto para otras actividades, entre otros. Sobre los estándares adoptados, resalta la claridad que expone la Corte en materia del área mínima con que deben contar las celdas para considerarse como espacios dignos. Las celdas colectivas, dependiendo del tiempo que la persona debe estar en la celda o en actividades en zonas comunes, deberían disponer de un espacio de, por lo

menos, 3,4 a 5,4 metros cuadrados por persona y las celdas individuales, un mínimo de 5,4 a 7,4 metros cuadrados.

La Corte Constitucional también fue clara al señalar que solo se debían considerar como cupos carcelarios aquellos que cumplan con las condiciones mínimas de subsistencia digna y humana. En ese sentido, la Corte profirió la orden general número 20 en la que dispuso:

[...] al INPEC, a la USPEC y al Ministerio de Justicia y del Derecho, por intermedio de sus representantes legales o quienes hagan sus veces, que en el término de quince (15) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, rehagan las bases de datos y estadísticas respecto de la capacidad real de los establecimientos de reclusión en el país, teniendo en cuenta que solo puede contar cupos que cumplan con las condiciones mínimas de subsistencia digna y humana propuestas en la presente providencia y validadas, transformadas o identificadas por el Comité Interdisciplinario. Lo anterior, con el objetivo de establecer cuál es el nivel real de hacinamiento si se tiene en cuenta el referido estándar (Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015).

A la fecha, las entidades accionadas se han limitado a señalar que diseñaron un plan de seis fases para cumplir la orden y que se encuentran apenas ejecutando la segunda etapa, que implica la identificación de los parámetros técnicos que permitan consolidar condiciones de reclusión dignas, tanto para las personas condenadas como para las sindicadas (USPEC, 2020). En pocas palabras, en cinco años el avance en el cumplimiento de la orden referenciada ha sido casi nulo. Por ello, es posible afirmar que, actualmente, no se cuenta con cifras confiables y serias sobre los cupos carcelarios que cumplen los estándares de vida digna en reclusión; ergo, se desconoce la real capacidad de los centros de reclusión y, por tanto, la real dimensión de la sobreocupación penitenciaria.

En todo caso, si se toma como referencia los estándares adoptados por la Honorable Corte Constitucional, es posible avizorar la gravedad del hacinamiento en Colombia, oculta tras las cifras oficiales. Al analizar la capacidad oficial reportada, y contrastarla con las medidas reales de las celdas obtenidas vía petición de información, pudimos constatar los déficits de diseño de estas celdas:

A manera de ejemplo, en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cauca, las celdas colectivas cuentan con extensiones irregulares que oscilan desde los 4,8 hasta los 37,84 metros cuadrados, en los que se llega a ubicar hasta 42 camas por celda (INPEC, 2021). Por otra parte, en el Establecimiento Andes, en Antioquia, ninguna de las celdas colectivas de los cuatro patios cumple los estándares mínimos en metros cuadrados, al ser de dimensiones de 3.10x2 metros cuadrados o menos (INPEC, 2020f).

Por último, queremos poner de presente el problema de la metodología empleada para calcular el hacinamiento carcelario. La operación aritmética utilizada implica realizar una simple regla de tres teniendo en cuenta la capacidad oficial reportada y el nivel de sobrepoblación en los ERON. Sin embargo, dicha metodología oculta la realidad detrás del complejo fenómeno de hacinamiento carcelario.

En efecto, esta metodología oculta que, para febrero de 2020, antes de la pandemia, 8 de cada 12 personas se encontraban reclusas en establecimientos que presentaban niveles de hacinamiento muy superiores al promedio. Mientras el INPEC (2020g) reportaba que las 120.000 personas privadas de su libertad se encontraban bajo un hacinamiento global del 53,7% de hacinamiento carcelario, 78.906 personas lo estaban en 82 establecimientos con hacinamiento superior a ese promedio. De esa población, 27.052 personas están privadas de su libertad en 30 establecimientos carcelarios con más del 100% de hacinamiento

y otros miles se encontraban en cárceles y penitenciarías con niveles superiores al 200% e incluso 300%, como lo era en las cárceles de Riohacha, Santa Marta y Andes.

Además, esta defectuosa metodología valora los cupos disponibles como porcentajes negativos de hacinamiento, es decir, si en un centro de reclusión hay 30 cupos disponibles, este dato se valora como un hacinamiento negativo del 30%, que se resta al hacinamiento real del, por ejemplo, 300% de la cárcel de Bellavista, lo que arroja un hacinamiento ponderado del 270%; lo errado de esta metodología de medición salta a la vista.

El hacinamiento, además, es un fenómeno que varía significativamente por regiones en Colombia. En octubre de 2020, durante la pandemia, se reportaba una histórica baja tasa de hacinamiento general del 21,7%. Sin embargo, de las seis Regionales del INPEC, la Regional Noroeste presentaba un hacinamiento de más del doble, al llegar a un 48,5%, mientras que, en la Regional Viejo Caldas del INPEC, los establecimientos contaban tan solo 1,9% de hacinamiento (INPEC, 2020e).

Como puede advertirse, calcular el hacinamiento en términos globales y valorando porcentajes negativos logra presentar un hacinamiento oficial del 20% en pandemia, mientras que, al mismo tiempo, cinco establecimientos de reclusión registran tasas de hacinamiento diez veces más alta al superar el umbral del 200%. Más significativo aun, se puede presentar una tasa tan baja de hacinamiento porque se mantiene a casi 20.000 personas privadas de su libertad en condiciones irregulares de manera deliberada. Finalmente, se puede presentar una tasa tan baja de sobreocupación porque se viene incumpliendo, hace más de un lustro, la orden de la Honorable Corte Constitucional de rehacer las bases de datos y conocer la real capacidad de las cárceles y penitenciarías. Por todo lo anterior es

posible concluir que Colombia atraviesa una verdadera crisis humana que pasa inadvertida gracias a las engañosas cifras oficiales.

4. LA EXPERIENCIA COMPARADA FRENTE A CONTEXTOS DE ENCARCELAMIENTO MASIVO

Demostrado que los índices de sobreocupación penitenciaria en Colombia son sustancialmente superiores a los que reportan las cifras oficiales, conviene detenerse en el análisis de cómo ha sido abordada en otras latitudes la problemática del encarcelamiento masivo y la consecuente violación generalizada de derechos fundamentales que comporta. Para tal propósito, hemos optado por centrar nuestro estudio en la experiencia del Estado de California, en los Estados Unidos, por tres razones: primero, porque está documentado que la extrema sobrepoblación penitenciaria en California, y en otros Estados de la unión americana, obedece a un cambio del discurso frente al ejercicio del poder punitivo muy similar al que puede advertirse en Colombia; segundo, porque la solución de la problemática vino de la mano, como se ha pretendido en nuestro país, de una estrategia de litigio estratégico que buscaba el amparo judicial de los derechos fundamentales de la PPL ante la desidia o la incapacidad de las autoridades penitenciarias; y, tercero, porque la experiencia californiana demuestra la escasa eficacia de órdenes de “administración penitenciaria” que no atacan de raíz la sobreocupación carcelaria, así como la legitimidad y validez de medidas extraordinarias de excarcelación como las que nuestra Corte Constitucional se ha sustraído de adoptar.

En lo que hace a la indisoluble relación entre el discurso punitivo y el hacimiento carcelario extremo, Simon (2019) destaca que desde mediados de la década del 70 inició en

los EE.UU. un progresivo rechazo a la idea de resocialización o reinserción como fin de la pena. En su lugar, se empezó a concebir al delincuente como un sujeto peligroso, con escasa capacidad de cambio, por lo que la única finalidad válida de la pena sería asegurar al conjunto de la sociedad de quienes, en esencia, no serían distintos a cualquier otra fuente de riesgo, cual si se tratara de animales salvajes. Se trata del cambio del paradigma de la resocialización al de la incapacitación, en el que la cárcel, como antes se indicó, deja de ser un conjunto de servicios dirigidos a la reinserción social, para ser concebida como una mera barrera de contención frente a individuos esencialmente peligrosos que deben ser incapacitados y mantenerse encerrados (Simon, 2019).

Como puede advertirse, la incapacitación, como fin velado de la pena, no solo conduce a la sobrepoblación penitenciaria, sino que, simultáneamente, es el principal óbice para la adopción de medidas tendientes a la garantía efectiva de los derechos de la PPL. En efecto, si los internos no son más que una fuente de peligro, resulta difícil, cuando no imposible, justificar ante la opinión pública la inversión en programas de resocialización o medidas punitivas alternativas al internamiento penitenciario.

En este contexto, solo los jueces pueden garantizar los derechos de la PPL. Precisamente, la experiencia californiana puede resumirse en una serie de decisiones judiciales en las que, al igual que en las sentencias de nuestra Corte Constitucional, se reconoció la gravedad de la problemática y el severo atentado para la dignidad humana que supone la pena de prisión en escenarios de encarcelamiento masivo, tras lo cual los jueces adoptaron decisiones bien intencionadas, pero ineficaces, que pretendían garantizar derechos de la PPL sin reducir el número de reclusos. Sin embargo, los jueces norteamericanos,

finalmente, reconocieron que la única forma de lograr tal propósito garantista era disminuir la población reclusa a través de medidas de excarcelamiento, que, valga anticiparlo, fueron convalidadas por la propia Corte Suprema de los Estados Unidos.

La primera decisión que conviene destacar en este trasegar hacia la superación del encarcelamiento masivo en California es *Madrid vs. Gómez*, adoptada por la Corte -federal- del Distrito Norte de California en 1995. En esta providencia, la District Court for the Northern District of California (1995) describe en detalle las condiciones de reclusión en las prisiones de máxima seguridad del Estado de California, en especial, en las Unidades de Alojamiento de Seguridad -UAS-, locaciones similares a las Unidades de Tratamiento Especial -UTE- de nuestros centros de reclusión. Si bien el juez a cargo del caso, Thelton Henderson, no consideró contrario a la octava enmienda de la constitución norteamericana, que prohíbe las penas crueles, un modelo penitenciario dissociado del fin resocializador de la pena, sí declaró que, para determinados reclusos, condiciones de reclusión vinculadas con un propósito incapacitante suponían una violación de la dignidad humana y quebrantaban el mentado precepto constitucional.

En especial, la reclusión en solitario, la ausencia de tratamiento penitenciario y de un seguimiento individual y permanente de las condiciones de reclusión, constituían un trato cruel para quienes padecían de trastornos mentales. Para esta población, las condiciones de reclusión que imperaban en las cárceles de máxima seguridad californianas eran, en palabras de la Corte, “el equivalente mental de poner a un asmático en un lugar con poco aire para respirar” (District Court for the Northern District of California, 1995).

El fallo analizado, como lo pone de presente Simon, reconoció que la falta de atención en salud adecuada para los reclusos con padecimientos mentales no era una problemática aislada, sino que obedecía a la adopción de un modelo penitenciario en el que se renunció a un seguimiento continuo e individual de las condiciones de los reclusos con miras a ofrecerles alternativas de cambio.

Casi simultáneamente a *Madrid vs. Gómez*, la Corte -federal- del Distrito Oriental de California profirió el fallo del caso *Coleman vs. Wilson*, en el que se ratifica que, para un considerable sector de la PPL, las condiciones de reclusión en las cárceles de máxima seguridad del Estado constituían penas crueles. Con mayor alcance que en *Madrid vs. Gómez*, los jueces federales sostuvieron que las herramientas ideadas para garantizar la seguridad en los centros de detención de máxima seguridad, en especial, el aislamiento en solitario, estaban convirtiendo las cárceles californianas en “instituciones para acumular e intensificar problemas de salud mental, verdaderas máquinas de locura” (Simon, 2019, p. 92).

Ocho años después de las sentencias reseñadas, en 2003, la Corte -federal- de Apelaciones del Noveno Distrito falló una acción colectiva promovida por 10 reclusos que alegaban haber sido sometidos a penas crueles en razón a que las autoridades penitenciarias omitieron prestarles atención médica adecuada. La demanda reseñaba casos dramáticos, en los que reclusos perdieron la movilidad de sus miembros o la funcionalidad de sus órganos tras no haber sido tratados oportunamente. En el fallo, conocido como *Plata vs. Davis*, la Corte ratificó el precedente de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Estelle vs. Gamble* (1976), en el sentido que la negación de servicios médicos a la PPL constituía una forma de penas crueles. Además, la Corte advirtió que las autoridades penitenciarias carecían

de la capacidad o de la disposición para garantizar la adecuada atención en salud a los presos del Estado, por lo que confió a un síndico la administración del sistema penitenciario en lo que hace a la garantía de los servicios sanitarios; de esta forma el Estado de California fue privado, en buena medida, de la administración de un componente esencial de su propio sistema carcelario (Simon, 2019). Como lo anota Simon, “el caso Plata reveló la gran desconexión entre el encarcelamiento masivo y la ética de la prestación de cuidados. Bajo el encarcelamiento masivo, los funcionarios y gerentes de prisiones han llegado a considerar la atención médica como algo ajeno que subvierte la incapacitación total” (Simon, 2019, p. 115).

Pese a lo acertado y contundente de los diagnósticos de la judicatura, para el año 2009 la situación de los reclusos de las cárceles californianas había mejorado poco. Ante esta realidad, un tribunal *ad hoc* integrado por tres jueces federales profirió el fallo conocido como *Coleman-Plata vs. Schwarzenegger*, en el que, por primera vez, se adoptan medidas tendientes a reducir el número de reclusos más que a administrar una situación de emergencia que se había revelado ingobernable. En palabras de Simon (2019):

Coleman-Plata mostró que la superpoblación no era una excepción temporal en el gobierno de las prisiones, sino un método de gobernar las cárceles sometiéndolas a un estado de emergencia perpetuo. La superpoblación era crónica; había permanecido durante más de 20 años. Era, por lo demás, extrema, ya que iba de un 200% a un 300% de la capacidad oficial en algunas prisiones. La resolución *Coleman-Plata* fue el primer paso para declarar inconstitucionales los mecanismos de gobierno para mantener el control en cárceles enormemente hacinadas (p. 128).

Con miras a reducir la población penitenciaria, el tribunal instó al gobierno estatal a adoptar medidas punitivas alternativas como otorgar beneficios a los reclusos que completaran programas de resocialización; evaluar el riesgo real de los reincidentes antes de disponer su encarcelamiento y ampliar el régimen de sanciones comunitarias alternativas. En todo caso, y esto es lo particularmente relevante, el tribunal dispuso que en el término de 2 años el Estado debía reducir su población carcelaria en aproximadamente 40.000 reclusos o encontrar, en el mismo término, otra forma para alcanzar una ocupación del 137%.

Las medidas de excarcelación adoptadas en cumplimiento del fallo *Coleman-Plata vs. Schwarzenegger* fueron convalidadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo *Brown vs. Plata* de 2011. Pese a ser aprobada por una apretada mayoría (5-4), la sentencia declaró que la problemática de las cárceles californianas va más allá de los daños sufridos por algunos presos en concreto, tratándose, más bien, de la constatación de un modelo penitenciario que carece de la capacidad para brindar a los reclusos las condiciones mínimas necesarias para salvaguardar su dignidad humana. Tal como lo anota Simon (2019):

Brown nos recuerda que las condiciones de encarcelamiento pueden ser equivalentes a la tortura; no se trata solo de actos concretos de sufrimiento médico o psicológico extremo -muchos de los cuales son documentados por el tribunal-, sino también de la exposición constante de miles de presos al riesgo real de sufrir una situación que el magistrado Kennedy describió como “enfermedad prolongada y daño innecesario”, si no se atienden sus condiciones crónicas o necesitan tratamiento urgente para un problema grave. Esta rutina, es decir, la tortura acumulativa que se da en prisiones de encarcelamiento masivo es lo que Brown situó en el ámbito de la prohibición de la octava enmienda. De

esta forma, *Brown* sienta las bases para cuestionar muchos aspectos de las prisiones y de la política penal (p. 161).

De esta brevísima reseña de la jurisprudencia norteamericana encaminada a la superación de los efectos del encarcelamiento masivo, quisiéramos destacar que transcurrieron más de 16 años desde que se profirió el fallo *Madrid vs. Gómez* hasta que la Corte Suprema convalidó, en *Brown vs. Plata*, la adopción de medidas de excarcelación extraordinarias. El juez constitucional, como es obvio, se mostró cauto a la hora de adentrarse en el ámbito de las autoridades penitenciarias en procura de garantizar los derechos de la PPL, valiéndose, inicialmente, de órdenes llamadas a influir en el gobierno de la cárcel, sin adentrarse en el proceso de criminalización. Sin embargo, como se declaró en *Coleman-Plata vs. Schwarzenegger*, cuando la sobrepoblación penitenciaria alcanza niveles extremos, como del 200 o 300% de hacinamiento, las cárceles se tornan ingobernables y los derechos de la PPL, materialmente, no pueden ser garantizados. En este contexto, se hace necesario que los jueces fuercen a las autoridades a reducir el hacinamiento, lo que, en la práctica, solo puede alcanzarse a través de medidas de excarcelación.

5. CONCLUSIÓN

La declaratoria del estado de cosas inconstitucional en las cárceles y penitenciarías de Colombia es la mejor muestra del compromiso de la Corte Constitucional con los derechos de la PPL y, en general, del esfuerzo del tribunal constitucional por materializar las garantías fundamentales previstas en la norma superior. Sin embargo, las órdenes de la Corte, al amparo del ECI, no se han traducido en la garantía efectiva de los derechos de la PPL que, en

indicadores claves, continúan sometidos a condiciones de reclusión que bien podrían catalogarse como tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En nuestra opinión, la ineficacia de las órdenes de la Corte obedece al hecho de que el tribunal constitucional no ha valorado en su real dimensión la problemática del hacinamiento carcelario que registra niveles muy superiores a los que reportan las cifras oficiales. La reclusión irregular en los Centros de Detención Transitoria, el problema metodológico y el desconocimiento de los estándares mínimos de vida en reclusión conducen a que la cifra oficial de hacinamiento esté subvalorando la sobreocupación real.

En ese sentido, en contextos de extrema sobrepoblación penitenciaria, el juez constitucional, como lo hicieron los jueces norteamericanos, está legitimado para adoptar medidas de excarcelación extraordinaria. Por ello, consideramos que la trayectoria del Estado de California en Estados Unidos es una experiencia referente que puede y debe adoptarse en Colombia para garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad, mediante la implementación de excarcelaciones masivas, pero razonables.

REFERENCIAS

Corporación Excelencia en la Justicia [CEJ] (2020a). Indicadores de justicia: cupos carcelarios y hacinamiento en Colombia. Consultado 3 de enero de 2021. Disponible en: <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/>

Corporación Excelencia en la Justicia [CEJ] (2020b). Indicadores de justicia: Hacinamiento carcelario en Colombia. Consultado 3 de enero de 2021. Disponible en: <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/criminalidad/hacinamiento-carcelario-en-colombia/>

- Corte Constitucional (1998). Sentencia T-153 de 1998. M.P: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia.
- Corte Constitucional (2013). Sentencia T-388 de 2013. M.P: María Victoria Calle Correa. Colombia.
- Corte Constitucional (2015). Sentencia T-762 de 2015. M.S: Gloria Stella Ortiz Delgado. Colombia.
- Corte Constitucional (2015). Sentencia T-151 de 2016. M.P: Alberto Rojas Ríos. Colombia.
- Corte Constitucional (2017). Sentencia T-143 de 2017. M.P: María Victoria Calle Correa. Colombia.
- Corte Constitucional (2018). Auto 121 de 2018. M.S: Gloria Stella Ortiz Delgado. Colombia.
- Corte Constitucional (2018). Auto 613 de 2018. M.S: Gloria Stella Ortiz Delgado. Colombia.
- css. Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013 (2020). VIII Informe de Seguimiento al estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria. Colombia.
- Defensoría del Pueblo (2014). Crisis humanitaria en La Guajira: Acción integral de la Defensoría del Pueblo en el departamento. Bogotá, Colombia.
- Defensoría del Pueblo (2019). Sexto Informe de la Defensoría del Pueblo sobre el estado de cosas inconstitucional ECI en materia penitenciaria y carcelaria. Colombia.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta, S.A.,

- FERRAJOLI, L. (2011). *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- HUERTAS, O. et al. (2019). *Análisis del estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia: propuestas para el Estado social de derecho*. Bogotá, Colombia: UPTC y Universidad Nacional de Colombia.
- INPEC (2020a). Tableros Estadísticos: población intramural. Consultado 3 de enero 2021, recuperado de: <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos>
- INPEC (2020b). Anexo a la Directiva 004 de 2020. Colombia
- INPEC (2020c). Petición de Información. Radicado 2020ERO118912.
- INPEC (2020d). Petición de Información. Radicado 2020EE0065809.
- INPEC (2020e). Informe estadístico No. 10. Octubre de 2020. Recuperado de <https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas/informes-y-boletines>
- INPEC (2020f). Petición de información. Radicado 2020EE0127640.
- INPEC (2020g). Informe estadístico No. 2. Febrero de 2020. Recuperado de <https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas/informes-y-boletines>
- INPEC (2021). Petición de información. Radicado 2021EE0007822.
- Ministerio de Justicia (2020). Petición de Información. Radicado MJD-EXT20-0014080.
- Policía Nacional (2020a). Petición de Información. Radicado 689536-20200523.
- Policía Nacional (2020b). Petición de Información. Radicado 10314-220201013.

Policía Nacional (2020c). Respuesta acción de tutela 03 de septiembre de 2020 MEBOG. Acción de tutela No. 2020-0120. Accionante: Diego Borbón Rodríguez. Accionado: Policía Metropolitana de Bogotá–INPEC. Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá

Presidencia de la República (2020). Octavo informe semestral de seguimiento al estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario. Colombia.

SIMON, J. (2019). *Juicio al encarcelamiento masivo*. Buenos Aires: Argentina: Ediciones Didot.

Supreme Court of the United States (1976). *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97. Estados Unidos.

U.S. District Court for the Northern District of California (1995). *Madrid v. Gómez*, 889 F. Supp. 1146 (N.D. Cal. 1995). Estados Unidos.

USPEC (2020). Petición de Información. Radicado QRN-404-86366.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LAS CÁRCELES. PRÁCTICA PROCESAL Y REALIDAD PENITENCIARIA

CAMILO ALBERTO QUINTERO JIMÉNEZ*
ÓMAR DAVID RESTREPO NARANJO**
YESICA NATALIA CRUZ JIMÉNEZ***
JUAN CAMILO RODRÍGUEZ CARO****

Resumen: Este trabajo se aproxima al problema de la detención preventiva y su relación con el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas desde dos

-
- * Doctor en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor asistente de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, cotutor del Semillero de Investigación en Justicia Penal Nodier Agudelo Betancur. Correo-e: cquintero@jdc.edu.co
- ** Abogado egresado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, con estudios de Maestría en Derecho Penal de la Corporación Universidad Libre, docente titular del área de Derecho Penal y Derecho Constitucional de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, cotutor del Semillero de Investigación en Justicia Penal Nodier Agudelo Betancur. Correo-e: odrestrepo@jdc.edu.co
- *** Estudiante de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, miembro del Semillero de Investigación en Justicia Penal Nodier Agudelo Betancur. Correo-e: yncruz@jdc.edu.co
- **** Estudiante de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, miembro del Semillero de Investigación en Justicia Penal Nodier Agudelo Betancur. Correo-e: jcamilorodriguez@jdc.edu.co

perspectivas. En la primera parte se estudia cómo algunos aspectos de la regulación y la práctica procesal penal de la decisión sobre la detención preventiva en establecimiento carcelario pueden tener influencia en la utilización exagerada y abusiva de esta institución. En concreto, se revisan: 1) el diseño del estándar de prueba que regula la posibilidad de imposición de la medida de aseguramiento, y 2) la utilización de criterios relacionados con la gravedad y modalidad de la conducta como mecanismo para acreditar la necesidad de imponer una medida de aseguramiento para proteger a la comunidad del peligro que representaría el procesado. En la segunda parte, por su lado, se estudia por qué la regulación y el efectivo tratamiento de las personas detenidas preventivamente no respetan el criterio de tratamiento diferenciado jurídicamente establecido, teniendo en cuenta aspectos como: 1) las cifras entregadas por parte del INPEC respecto del hacinamiento carcelario y el número de personas que se encuentra sindicadas, y 2) el excesivo punitivismo y peligrosismo que ha permeado de manera importante la justicia penal y su incidencia en la política criminal colombiana.

Palabras clave: Detención preventiva; Medida de aseguramiento; Estado de cosas inconstitucional; Estándar de prueba; Principio de necesidad; Tratamiento diferenciado.

PRE-TRIAL DETENTION AND
THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS
IN COLOMBIAN PRISONS. PROCEDURAL PRACTICE
AND PRISONS' SYSTEM REALITY

Abstract: This paper approaches from two perspectives the problem of pre-trial detention and its relationship to the unconstitutional state of affairs in Colombian prisons. The first part examines how some aspects of pre-trial

detention, in the regulation and the procedural practice, may have an influence on the exaggerated and abusive use of this institution. Specifically, the following topics are reviewed: 1) the design of the standard of proof that regulates the possibility of pre-trial detention; and 2) the use of criteria related to the severity and modality of the conduct, as a mechanism to support the need to impose a pre-trial detention measure to protect the community from the danger posed by the defendant. On the other hand, the second part studies why the regulation and the effective treatment of the people held in custody in the pre-trial phase does not respect the legally established criterion of differentiated treatment, taking into account aspects such as: 1) the statistics provided by INPEC regarding prison overcrowding and the number defendants in pre-trial detention; and, 2) the excessive punitivism that has significantly permeated criminal justice, and its impact on Colombian criminal policy.

Keywords: Pretrial Detention; Procedures for Securing Attendance at Criminal Actions and Proceedings; Unconstitutional state of affairs; Standard of Proof; Necessity Principle; Differentiated Treatment

INTRODUCCIÓN

Desde la Sentencia T-153 de 1998 de la Corte Constitucional, que declaró por primera vez el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas, se identificó al abuso de la detención preventiva como uno de los factores relevantes en la generación de esta situación de hecho que afecta de manera generalizada los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Derivado de lo anterior, en la mencionada sentencia, la Corte frente al tema de la detención preventiva resaltó la necesidad de desarrollar

algunos aspectos puntuales para, desde la práctica de la detención preventiva, ayudar a la superación del estado de cosas inconstitucional:

1. La detención preventiva se debe aplicar exclusivamente como medida extrema, y en cada proceso penal es importante reflexionar acerca de si la persona condenada requiere para su resocialización el tratamiento penitenciario o si sus mismas características permiten proceder con otro tipo de sanciones.

2. Las personas detenidas preventivamente no deben recibir el mismo tratamiento penitenciario de las personas condenadas y deben ser sometidas a un tratamiento adecuado a su condición.

En el presente, después de 22 años, el estado de cosas inconstitucional en las cárceles continúa, con la grave y sistemática afectación a los derechos fundamentales de las personas reclusas que esto representa¹, y el abuso de la detención preventiva sigue siendo un factor relevante para los altos índices de hacinamiento que existen en las cárceles colombianas². Así, la detención preventiva sigue siendo una herramienta de amplio uso, y las personas detenidas preventivamente en establecimientos carcelarios siguen teniendo condiciones de reclusión que atentan contra sus derechos fundamentales y que no tienen en cuenta que

-
- 1 La Corte Constitucional a lo largo de estas décadas viene reiterando y profundizando su análisis del estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas. Dentro de los pronunciamientos más relevantes están las providencias: T-153 de 1998, T- 388 de 2013, T- 762 de 2015, A-110 de 2019, Auto de 24 de marzo de 2020 y Auto de 7 de mayo de 2020.
 - 2 En el informe estadístico de la población reclusa de enero de 2019 el INPEC informó que de 118.769 personas que se encuentran en detención intramural en Colombia, 39.515 (33,3%) se encuentran detenidos en calidad de sindicados (INPEC, 2019).

en su caso no ha sido vencida la presunción de inocencia (CIDH, 2013, pp. 3-4).

En este artículo se exploran algunas circunstancias que se considera que tienen influencia en la actual situación de hecho.

En la primera parte se hará una breve descripción de cómo la Corte Constitucional ha establecido la relación entre el estado de cosas inconstitucional en las cárceles y la detención preventiva.

En la segunda parte se estudia cómo algunos aspectos de la regulación y la práctica procesal penal de la decisión sobre la detención preventiva en establecimiento carcelario pueden tener influencia en la utilización exagerada y abusiva de esta institución. En concreto, se revisarán: 1) el diseño del estándar de prueba que regula la posibilidad de imposición de la medida de aseguramiento; y, 2) la utilización de criterios relacionados con la gravedad y modalidad de la conducta como mecanismo para acreditar la necesidad de imponer una medida de aseguramiento para proteger a la comunidad del peligro que representaría el procesado. En relación con cada uno de estos puntos se concluye con algunas aproximaciones a alternativas que puedan aportar a mejorar la racionalidad de la toma de decisión con respecto a la imposición de la medida de aseguramiento, y por tanto a limitar el uso abusivo y voluntarista de la figura de la detención preventiva, para reafirmar así su carácter excepcional.

En la tercera parte, de otro lado, se estudia por qué la regulación y el efectivo tratamiento de las personas detenidas preventivamente no respeta el criterio de tratamiento diferenciado jurídicamente establecido, teniendo en cuenta aspectos como: 1) las cifras entregadas por parte del INPEC respecto del hacinamiento carcelario y el número de personas que se encuentra sindicadas; y, 2) el excesivo

punitivismo y peligrosismo que ha permeado de manera importante la justicia penal, y su incidencia en la política criminal colombiana.

Así, la aproximación de este artículo se concentrará en las fases de criminalización secundaria y terciaria de nuestro objeto de estudio, y será en ellas en las que se enfocarán los aportes, sin perder de vista que siguiendo lo planteado por la Corte Constitucional en la sentencia T-762 de 2015: “cualquier consideración estratégica sobre alguna(s) de las fases de la política criminal, implica necesariamente la consideración de sus nexos con las demás, al ser inescindibles entre sí”.

Por ello se tiene claro que con el abordaje propuesto no se pretende de ninguna manera agotar el estudio de la problemática que genera la detención preventiva en cuanto al estado de cosas inconstitucional en las cárceles. Es claro que existen factores sistemáticos relacionados con este asunto como la expansión de las conductas sancionables penalmente, los aumentos periódicos de penas, y la congestión de los despachos de la fiscalía y los jueces penales, que no se abordan aquí a profundidad, y que solo pueden enfrentarse con planteamientos estructurales de política criminal. Sin embargo, se considera que los aportes que se realizan dentro de los límites de este capítulo pueden contribuir al esfuerzo sistemático que nos convoca en este libro.

En cuanto al planteamiento expreso del diseño metodológico de la investigación, debe precisarse que se utiliza un enfoque cualitativo, mayoritariamente documental, que se adiciona con el uso de una herramienta de investigación de campo. Se parte, a su vez, de una preconcepción teórica integrativa sobre el derecho. Esta preconcepción asume la multidimensionalidad del fenómeno jurídico (hecho,

valor y norma) y la correlación permanente entre estas dimensiones (Reale, 2016).

Por lo anterior, en el artículo se mezclan diferentes herramientas: 1) algunas que podrían considerarse dogmáticas, como la interpretación jurídica y el análisis jurisprudencial, que permiten hacer ejercicios descriptivos y analíticos sobre el derecho vigente; 2) otras como la hermenéutica y el análisis conceptual sobre textos teóricos y filosóficos, orientadas a extraer referentes para reflexiones críticas, evaluativas y propositivas; y, 3) herramientas socio-jurídicas, como la consulta de fuentes estadísticas y el uso de entrevistas semiestructuradas, que sirven para realizar una aproximación a la forma en que funciona la práctica jurídica en el ámbito y para tener una perspectiva sobre la realidad penitenciaria nacional. La intención, en todo caso, es realizar una aproximación compleja al objeto de estudio que permita una buena comprensión de los problemas que se abordan, y facilitar que las reflexiones que se realicen representen verdaderos aportes al estado del arte.

Por último, en cuanto a la justificación expresa del uso de entrevistas como fuente de información práctica, estas se han utilizado como herramientas para obtener una perspectiva del funcionamiento práctico de las instituciones objeto de estudio, a la cual no se puede acceder a partir de fuentes teóricas. No se pretende de ninguna manera presuponer la objetividad de lo planteado por los entrevistados ni justificar su uso por corresponder con una muestra estadística, pero sí que sirvan como una fuente de información primaria valiosa sobre la práctica, abierta a contrastación por parte de la comunidad jurídica. Sea este el espacio para agradecer la disposición y generosidad de todos los entrevistados, y para reconocer que sus

contribuciones a este texto con seguridad van más allá de lo que literalmente se pueda plasmar adelante³.

2. DETENCIÓN PREVENTIVA Y ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

Dentro de los distintos elementos generadores del estado de cosas inconstitucional en las cárceles, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha identificado de manera reiterada que la detención preventiva se erige como un factor importante, pues la aplicación excesiva y desproporcionada de esta figura influye directamente en el crecimiento de la población carcelaria y en los distintos flagelos derivados de esta.

De acuerdo con el alto tribunal, la problemática mencionada se ve alimentada por la laxitud en los criterios para determinar dicha restricción a la libertad, así como la cada vez más creciente limitación y prohibición en la concesión de subrogados penales. Además, el aumento de la población privada de la libertad y el hacinamiento carcelario impiden la distinción entre condenados y sindicados, lo cual va en contra de la normativa nacional e internacional respecto del principio de libertad y presunción de inocencia.

3 Para la parte relativa a la regulación y práctica procesal fueron entrevistados los doctores Luis Antonio Bayona Hernández, Oswaldo Botía Bustos y Simón Eduardo Martínez Escandón, todos abogados penalistas con más de 10 años de experiencia y que han desempeñado distintos roles en el sistema penal. Además, se entrevistó a un Fiscal Seccional de la ciudad de Tunja, quien solicitó que su nombre se mantuviera en reserva. Por su lado, para la parte relativa al tratamiento penitenciario fueron entrevistados un dragoneante y una psicóloga del INPEC, quienes también pidieron que sus nombres se mantuvieran reservados.

Se hace entonces evidente la relación entre el estado de cosas inconstitucional, el hacinamiento carcelario, la detención preventiva y la violación al principio de separación o distinción, argumento transversal en los distintos pronunciamientos de la Corte.

En tal sentido, la sentencia T-153 de 1998 indica:

Entre las causas del hacinamiento se señala también el incremento del número de personas detenidas preventivamente, hecho que se explica parcialmente por la prohibición expresa de la ley de conceder la libertad provisional para un amplio espectro de delitos, y el bajo uso de los subrogados penales. La Defensoría resalta al respecto que en el país “se presenta un abuso en la adopción de la medida de detención preventiva, y una mínima o nula aplicación de los subrogados penales: la condena de ejecución condicional y la libertad condicional”. Para la Defensoría, la poca aplicación de los subrogados penales obedece en parte, “a la formación profesional de sus aplicadores, a la concepción que ellos tengan sobre la función de la privación de la libertad, a los conceptos obsoletos que todavía manejan sobre la peligrosidad penal y la reincidencia y a los criterios que adoptan sobre la determinación de la personalidad del recluso para fallar sobre la concreción de un determinado subrogado”.

Del mismo modo, respecto de la distinción y separación de condenados y sindicados agrega:

(...) con respecto a la separación de los detenidos y los condenados, el literal a) del numeral 2 del artículo 10 expresa que “los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas”. La obligación de la administración penitenciaria de mantener apartados los sindicados de los condenados se establece en forma similar en el numeral 4

del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte Constitucional, Sentencia T-153/98, 1998).

Además de lo recién mentado, la Corte de manera tajante señala que

La detención preventiva, que debería ser una excepción por el respeto a la libertad, ha pasado a ser una medida de más fácil adopción. En términos generales, el uso de la detención preventiva de personas sindicadas debe darse solo cuando sea estrictamente necesario, cuando exista la necesidad de tutelar derechos constitucionales de imperioso cumplimiento, como proteger la vida de otras personas, o evitar una inminente fuga. Sin embargo, teniendo en cuenta el estado de cosas en el que se encuentra el sistema penitenciario y carcelario, el uso masivo e indiscriminado de la detención preventiva es aún más cuestionable. La situación de las prisiones, en especial, el hecho de que los sindicados y los condenados se encuentren mezclados implica que la detención preventiva se convierte en una suerte de condena anticipada cruel, inhumana y degradante, que bajo el orden jurídico vigente sería inconstitucional e ilegal impartir mediante sentencia a una persona (Corte Constitucional, Sentencia T-388/13, 2013).

Por otra parte, en sentencia T-762 de 2015, el alto tribunal constitucional ratifica la importancia de aplicar excepcionalmente la detención preventiva, esto en aras de garantizar la preponderancia el derecho a la libertad, empero, encuentra que nuestra realidad jurídica presenta obstáculos a la garantía de tal principio, a saber:

- (i) el aumento normativo de la rigurosidad en la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, que disminuyen la discrecionalidad del funcionario judicial; o,
- (ii) la facilidad argumentativa con la que los fiscales solicitan la medida y los jueces la adoptan, debido a presiones

sociales o mediáticas (Corte Constitucional, Sentencia T-762/15, 2015).

Los citados pronunciamientos develan claramente la relación entre el estado de cosas inconstitucional y el uso de la detención preventiva debido a la incidencia de esta figura en el exponencial crecimiento de la población carcelaria y el consecuente hacinamiento presentado en los distintos penales del país, lo que tiene como resultado último la sistemática violación de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

Establecida esta necesaria relación inicial, en adelante este trabajo se concentrará en algunos aspectos de la práctica procesal que se consideran tienen influencia en el estado de cosas actual y en posibles alternativas a la regulación. Posteriormente se hará referencia a las circunstancias de la privación de libertad en establecimiento carcelario de las personas cobijadas con detención preventiva.

3. REGULACIÓN Y PRÁCTICA PROCESAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA

3.1. Estándar de prueba

El Código de Procedimiento Penal colombiano integra un sistema progresivo de estándares de prueba como criterios para establecer los grados de conocimiento que se deben alcanzar para tomar legalmente ciertas decisiones. Así, se contempla el estándar de motivos razonablemente fundados para los allanamientos y otras diligencias de investigación (Art. 220, CPP), el estándar de probabilidad de verdad para la procedencia de emitir acusación (Art. 336, CPP), el estándar de conocimiento más allá de duda razonable para condenar una vez agotado el juicio oral

(Art. 372, CPP), e incluso el estándar de “un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad” establecido jurisprudencialmente para el control de la aceptación de cargos por el juez de conocimiento (CSJ, SP5660-2018). Para el caso de la procedencia de la imposición de la medida de aseguramiento, el estándar se plantea literalmente en los siguientes términos: “(...) cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta investigada” (Art. 308, CPP)⁴.

Sin embargo, es llamativo que en el marco de la prolífica jurisprudencia de la Corte Constitucional (CC) y la Corte Suprema de Justicia (CSJ) relativa a la imposición de medida de aseguramiento son escasísimos los desarrollos que se han podido ubicar relacionados con cómo se debe entender en este contexto el estándar de inferencia razonable. Así, en la gran mayoría de los casos solamente se menciona la obligación de cumplir con el estándar referido para que sea procedente la imposición de medida de aseguramiento, siempre y cuando la misma esté justificada a partir de una de las finalidades legalmente establecidas, sin ninguna explicación o referencia ulterior. Parece inferirse a partir de ello que las Cortes consideran que el término inferencia razonable expresa con claridad y precisión el grado de conocimiento que se debe alcanzar para proceder a la imposición de una medida de ASEGURAMIENTO.

Como excepción a esta tendencia general, la CSJ en sentencia con referencia SP 10994-2017 ensayó una definición

4 El estándar de prueba de inferencia razonable también se utiliza como criterio de procedencia de la formulación de imputación (Art. 287, CPP).

del estándar de inferencia razonable en los siguientes términos:

no es otra cosa que la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serias, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado. (...)

Dicha intelección obtenida de los elementos materiales probatorios, evidencia física o medios de información legalmente obtenidos presentados en audiencia, le permiten al juez deducir, luego de una ponderación lógica sobre la seriedad y jerarquía de las diferentes hipótesis, en grado de probabilidad que el imputado i) es autor o partícipe del delito y ii) no comparecerá al proceso o constituye un peligro para la comunidad o puede obstruir el ejercicio de la justicia.

Aquí se considera que tanto la general ausencia de definición del estándar como la definición previamente citada son problemáticas. A continuación se expresarán las razones.

Para empezar, vale resaltar que, siguiendo a Ferrajoli (2011, pp. 46-47), se considera que uno de los valores fundamentales que debe guiar el diseño institucional del proceso penal es que este tenga una orientación cognoscitiva, es decir, que esté orientado a la averiguación de si los hechos objeto del proceso ocurrieron o no efectivamente en la realidad. Esto porque se considera que es una garantía fundamental para el procesado el hecho de que la legitimidad de las decisiones que se tomen en el ámbito penal dependa de que estas estén justificadas

por una aproximación suficiente al conocimiento de lo efectivamente acaecido, pues esto reduce de manera muy importante el espacio para que el poder punitivo se ejerza principalmente a partir de la decisión voluntarista de los operadores jurídicos.

El estándar de prueba cumple un rol fundamental para que la toma de decisiones en el proceso pueda considerarse orientada cognoscitivamente, pues permite que estas sean intersubjetiva y racionalmente controlables. Esto, en la medida en que el estándar de prueba constituye el criterio para evaluar si el grado de soporte probatorio que tienen unos hechos determinados es suficiente para darlos por probados en un momento procesal dado, es decir, es el criterio de evaluación para saber cuándo se puede considerar jurídicamente que los hechos presentados corresponden con lo acontecido efectivamente en la realidad.

Además, se ha planteado que definir un estándar de prueba más o menos exigente para la procedibilidad de una decisión determinada es una decisión política que debe tomarse en función del riesgo de error aceptable en las circunstancias. Por ejemplo, históricamente el estándar de prueba para imponer una condena penal ha sido más exigente que el requerido para imponer una condena civil, porque se considera que en el ámbito penal un error judicial al condenar es moral y políticamente más grave que una falsa condena en el ámbito civil, implicando esto, como contracara, que en el ámbito penal se toleran más potenciales falsas absoluciones que en el contexto civil (Ferrer, 2007, pp. 139-144).

Ferrer, en el marco de una teoría racional del razonamiento probatorio, ha planteado que para que un estándar de prueba sea adecuado para cumplir con su función procesal debe cumplir, como requisito metodológico, con establecer de la manera más precisa posible un umbral que

defina cuándo los hechos pueden considerarse suficientemente corroborados y cuándo no (Ferrer, 2018, p. 405-406); lo que implica, a su vez, que la formulación del estándar se realice teniendo en cuenta criterios cualitativos (Ferrer, 2007, p. 21-125), y deba referirse a los grados de soporte objetivo que dan las pruebas a los enunciados fácticos y no a niveles de convicción subjetiva (Ferrer, 2002, p. 80-88). En últimas, el valor de un estándar de prueba, formulado de acuerdo con los requerimientos planteados por Ferrer, estaría en que hace posible una discusión procesal intersubjetiva sobre si se deben declarar o no probados los hechos en un escenario concreto, a partir de un referente con un alto grado de precisión y tendencialmente objetivo, y por tanto se reducirían los márgenes de arbitrariedad y voluntarismo al momento de la toma de decisión en el proceso.

La evaluación del estándar de inferencia razonable a la luz de los criterios previamente esbozados revela varias falencias significativas.

El problema fundamental es que el término inferencia razonable tiene un grado de indeterminación muy alto⁵ que permite muy diversas interpretaciones, y por ello, individualmente considerado, no representa un umbral que precise en qué eventos se pueden dar por probados en el escenario procesal los hechos del caso, y por tanto no brinda información suficiente como para hacer posible una verdadera discusión intersubjetiva racional frente al punto.

5 Siguiendo a Ferrajoli (2011, pp. 119-120), se entiende aquí que un término es indeterminado si su intensión no permite determinar su extensión con relativa certidumbre, es decir, si existen objetos que no están excluidos ni incluidos claramente en su extensión. Siendo la extensión o denotación el conjunto de los objetos a los que el signo se aplica o se refiere y la intensión el conjunto de las propiedades evocadas por el signo y poseídas por los objetos concretos que entran en su extensión.

Así, a partir del término inferencia razonable, en sí mismo, no es posible entender si el legislador está partiendo de una concepción persuasiva de la prueba, y por tanto el estándar reconduce a la convicción subjetiva que las pruebas puedan generar en el juez (Nieva, 2010, p. 70-78; Ferrajoli, 2011, pp. 136-141; Accatino, 2019, p. 91), o si reconduce de alguna manera al grado de soporte objetivo que las pruebas dan a los hechos imputados, que exige una argumentación específica en ese nivel, por lo que la convicción del juzgador no es el criterio definitivo de corrección de la decisión.

Además, la noción de razonabilidad tampoco tiene un significado obvio y por el contrario es bastante compleja desde el punto de vista filosófico. A nivel teórico, algunos autores reconducen lo razonable a lo admisible por parte de un auditorio determinado, otros lo reconducen a buscar un equilibrio entre exigencias contrapuestas, y otros utilizan aproximaciones que podrían denominarse mixtas (Atienza, 1987).

En adición, la definición jurisprudencial antes citada poco aporta a la claridad sobre el asunto, porque básicamente reconduce el contenido de la inferencia razonable a la idea de “probabilidad que existe en términos lógicos o razonables”, y esto, por una parte es tautológico, porque trata de definir la inferencia razonable usando el mismo concepto de razonabilidad, y en segundo lugar, remite a la idea de probabilidad, que ya se usa en la legislación colombiana para definir otro estándar de prueba que se supone implica una exigencia probatoria mayor (Art. 336, CPP). De cualquier forma, el uso de la noción de probabilidad a modo de estándar de prueba ha sido criticado porque precisamente es a partir del estándar que se formule que se busca determinar el grado de probabilidad que se considera suficiente para dar unos hechos por probados

en una instancia procesal determinada (Ferrer, 2007, pp. 120-152), y por lo tanto la remisión a la noción de probabilidad no aporta ninguna información específica que sirva de referencia a la toma de decisión, y por tanto no disminuye la vaguedad del estándar sino que la amplía (Ferrer, 2018, pp. 403-404).

El problema de la indeterminación del estándar de inferencia razonable se evidencia con las distintas apreciaciones que tienen de él los operadores judiciales entrevistados para este artículo. Así, por ejemplo, algunos de los entrevistados consideran que el estándar remite a un grado de convencimiento (Botía, comunicación personal, 6 de julio de 2020) o de valoración subjetiva (Fiscal Seccional, comunicación personal, 9 de julio de 2020), propio de una concepción persuasiva de la prueba, mientras otros consideran que remite a un método de contrastación objetiva, propio de una concepción racionalista (Martínez, comunicación personal, 8 de julio de 2020). De otro lado, en cuanto al contenido del estándar todos los entrevistados remiten a que lo que se exige es una inferencia sustentada en prueba, complementando en ocasiones su apreciación remitiéndose a nociones como indicios (Fiscal Seccional, comunicación personal, 9 de julio de 2020) o la posibilidad de comisión del delito (Bayona, comunicación personal, 2 de julio de 2020). Incluso, uno de los entrevistados menciona que él observa en la práctica que, en ocasiones, la argumentación de las medidas no privativas de la libertad se vuelve más una carga argumentativa que una carga probatoria (Fiscal Seccional, comunicación personal, 9 de julio de 2020). Se considera apenas normal que se encuentren contradicciones entre las respuestas de los entrevistados y remisiones generales a conceptos vagos, cuando ni en la ley ni en la jurisprudencia hay una posición clara en cuanto al contenido del estándar de inferencia razonable,

lo que propicia que en la práctica jurídica la discusión se desenvuelva en ese mismo nivel.

En todo caso, no debe obviarse que la definición de un estándar de prueba objetivo y preciso es uno de los problemas más complejos a los que se enfrenta la teoría probatoria contemporánea⁶, y por lo tanto aquí no se puede ofrecer una propuesta definitiva en relación con el contenido que debería asignársele al estándar de inferencia razonable. Sin embargo, sí se presentará a continuación una aproximación a ciertos elementos que podrían ser útiles para la construcción de un estándar de prueba apropiado para el momento procesal de la imposición de la medida de aseguramiento en Colombia, a modo de hipótesis para estimular la discusión en la comunidad académica.

La epistemóloga Susan Haack (2014), en el contexto de su reflexión sobre los estándares de prueba en el derecho, ha planteado que lo que hace que una prueba sea mejor o peor con respecto a una afirmación es: qué tanto apoyo da la evidencia a la afirmación; qué tan comprehensiva es la evidencia en relación con el contenido de la afirmación; y qué tan seguras son las razones, con independencia de la razón que se pretende probar⁷. Tomando como punto de partida este planteamiento, considero que un buen estándar de prueba debe poder medir de manera analítica, por ser cosas diferentes: 1) qué tan comprehensivas son las pruebas presentadas con respecto a los hechos que se

6 Elementos importantes de ese debate pueden encontrarse en FERRER (2018), CUMIZ y DEI VECCHI (2019) y ACCATINO (2019).

7 La formulación exacta de Haack de los criterios arriba mencionados es la siguiente: *“What makes evidence with respect to a claim better or worse is: (i) how supportive the evidence is; (ii) how secure the reasons are, independent of the claim at issue; and (iii) how comprehensive the evidence is, i.e., how much of the relevant evidence it includes.”* (HAACK, 2014, p. 60).

pretenden probar (suficiencia probatoria); 2) qué tanto soportan las pruebas presentadas la efectiva ocurrencia de los hechos (fuerza o peso probatorio); y, 3) qué tanto se pueden integrar los hechos probados en una concepción explicativa coherente (integración explicativa).

Para empezar por la suficiencia probatoria, este criterio ya ha sido tenido en cuenta para la formulación de estándares reales, por ejemplo, en el contexto del derecho procesal penal de los Estados Unidos. Allí, en el proceso penal para delitos de rango *felony* en el Estado de Nueva York, uno de los requisitos para emitir *indictment*⁸ es que se necesita valorar si hay prueba, que, si se acepta como verdadera, establece cada uno de los elementos del delito y la comisión de este por parte del procesado, es decir, establece la suficiencia legal de la prueba⁹. El punto clave a resaltar de la suficiencia probatoria es que a partir de ella no se valora el peso o la fuerza probatoria de cada elemento de prueba, sino que se verifica que se hayan aportado pruebas para demostrar cada hecho relevante del caso, sin entrar a cuestionar la credibilidad de cada una. Podría considerarse, entonces, que a partir de la suficiencia probatoria se realiza una verificación más formal que material de la base probatoria del caso.

Para concretar los requerimientos de la suficiencia probatoria en un criterio aplicable para la decisión sobre la medida de aseguramiento podría plantearse una fórmula en los siguientes términos: “se requerirá que la fiscalía presente elementos de prueba que permitan acreditar que hay hechos que encuadran en cada uno de los elementos

8 El *indictment* es el acto equivalente a la acusación en el procedimiento colombiano.

9 La definición normativa de *legal sufficiency* en el procedimiento penal de Nueva York, puede encontrarse en: *Criminal Procedure Law* §100.40.

de los delitos en virtud de los que se va a solicitar medida de aseguramiento y que sostienen la autoría o participación del procesado; y que presente, además, elementos de prueba que permitan construir una inferencia relativa a la necesidad de imponer la medida de aseguramiento para cumplir con alguna de las finalidades legales”.

En cuanto al peso o fuerza probatoria, es a partir de ella que se verifica qué tanto soporte material dan las pruebas aportadas a la calificación como verdaderos de los enunciados fácticos que se pretenden dar por probados. Cómo medir la fuerza probatoria de un conjunto de elementos de prueba determinados es un asunto extremadamente complejo, sin embargo, se considera que existen en la literatura aproximaciones prometedoras al respecto: unas que podrían denominarse “aproximaciones basadas en la comparación de hipótesis y otras aproximaciones basadas en la medición directa de la fuerza probatoria”.

En las propuestas de estándar de prueba formuladas por Ferrer (2018, pp. 417-418) un elemento central es la comparación del soporte que dan las pruebas a la hipótesis fáctica que se pretende dar por probada, en oposición a hipótesis alternativas formuladas en el proceso o idealmente proyectadas¹⁰. Se considera que esta aproximación tiene un interesante potencial de rendimiento, por dar al juez una guía útil sobre como orientar su proceso de decisión, pues debe revisar si las pruebas presentadas en la

10 En las propuestas de estándares realizadas por FERRER (2018, p. 417-418) se encuentran diversas propuestas de comparación de hipótesis que implican diversos niveles de exigencia. Una implica la refutación de todas las demás hipótesis plausibles distintas de las de la acusación; otra que en todo caso la hipótesis de la acusación sea la mejor explicación disponible; otra, que se haya refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa, y, por último, que la hipótesis de la acusación ofrezca una mejor explicación que la de la parte contraria.

audiencia se encuentran mejor explicadas por la hipótesis fáctica planteada por la fiscalía o por alguna hipótesis fáctica alternativa.

Sin embargo, siguiendo a Haack (2014, p. 72), se considera que la contrastación de hipótesis no es un método suficiente para medir la fuerza probatoria, en la medida en que no basta con que una parte produzca mejor evidencia que la otra, sino que se necesita que la parte con la carga de la prueba, presente elementos lo suficientemente buenos para soportar la conclusión en el grado requerido¹¹. Por ello se considera que *una aproximación basada en la comparación de hipótesis* debe en todo caso complementarse con una *aproximación basada en la medición directa de la fuerza probatoria* para poder construir un criterio que ayude a medir adecuadamente el peso de un conjunto probatorio.

Cómo un criterio de los del segundo tipo podría considerarse el usado para construir el estándar de causa probable o causa razonable (*probable cause* o *reasonable cause*) que está definido, por ejemplo, en la ley penal de Nueva York (*Criminal Procedure Law*), en el apartado §70.10, que dice que dicho estándar se cumple cuando: “de pruebas o información que parece confiable se derivan hechos o circunstancias que tienen colectivamente suficiente peso y capacidad de persuasión, *como para convencer a una persona de inteligencia, juicio y experiencia ordinaria, de considerar razonablemente que el delito fue cometido y que la persona procesada lo cometió*”¹².

11 La insuficiencia de una aproximación netamente comparativa también ha sido notada por FERRER (2016, p. 299)

12 El texto exacto en inglés del CPL §70.10 dispone: “2. *Reasonable cause to believe that a person has committed an offense exists when evidence or information which appears reliable discloses facts or circumstances which are collectively of such weight and persuasiveness as to convince a person of ordinary intelligence,*

Este criterio, sin duda polémico, y que algunos rechazarían de plano por considerar que la razonabilidad de una persona ordinaria es un criterio eminentemente subjetivo, tiene la ventaja de orientarse directamente a la valoración de la fuerza probatoria, sin necesidad de un ejercicio comparativo. Además, al partir de la noción ideal de la persona de inteligencia, juicio y experiencia ordinaria, está concretando la noción de razonabilidad en un referente bien determinado que puede ayudar a orientar la discusión en sede judicial.

En todo caso, frente a la crítica relativa al subjetivismo del estándar, debe replicarse que se considera que la noción de la razonabilidad de la persona ordinaria podría potencialmente objetivizarse en los casos concretos a partir de una discusión intersubjetiva racional centrada en qué se debe entender como el juicio razonable de una persona ordinaria en un contexto determinado, anclando la misma, principalmente, a los valores y principios de la constitución, a las reglas de la experiencia, y a las circunstancias específicas del caso concreto¹³.

judgment and experience that it is reasonably likely that such offense was committed and that such person committed it."

A un estándar muy similar se refirió el magistrado Alberto Rojas Ríos en su salvamento de voto a la sentencia C-469/16 citando la siguiente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007; CREDH, *Case of Grinenko v. Ukraine (Application No. 33627/06)*, Sentencia del 15 de noviembre de 2012 (Sección Quinta de la Corte), párr. 82.

- 13 En este punto es interesante remitirse a MORESO (2019, p. 103), quien considera al concepto de razonable como un concepto indeterminado multidimensional. El autor considera, a su vez, que los conceptos de este tipo se pueden precisar en su contexto de aplicación remitiéndose a la argumentación moral, porque solo pueden ser aplicados evaluando su adecuación en el balance de razones (MORESO, 2019, p. 108). Esta idea se

Para concretar las anteriores consideraciones sobre la medición de la fuerza o peso de un conjunto de elementos de prueba, se plantea la siguiente fórmula que podría ser un criterio adecuado para integrar el estándar de prueba propio de la toma de decisión sobre la medida de aseguramiento en Colombia: “se requerirá que los elementos de prueba presentados en la audiencia sean suficientes para soportar la conclusión razonable de una persona de inteligencia, juicio y experiencia ordinaria referida a que hay hechos que permiten afirmar que el delito por el que se solicita medida de aseguramiento fue cometido, que la persona procesada lo cometió como autora o partícipe, y que hay elementos para inferir la potencial ocurrencia de un hecho futuro que justifique la necesidad de la medida. Además, se requerirá que la anterior conclusión explique mejor los elementos de prueba presentados en audiencia que las hipótesis alternativas presentadas por otras partes procesales”.

En lo que respecta a la integración explicativa, como criterio adicional a considerar para la formulación de un adecuado estándar de prueba, vale empezar por mencionar que, aunque se podría entender integrado al criterio de la fuerza probatoria, aquí se prefiere trabajarlo de manera separada para ilustrar más precisamente sus particularidades. Haack (2014, pp. 60-61) ha planteado que la medición del grado en que un conjunto probatorio soporta una afirmación puede hacerse a partir de valorar qué tan bien el conjunto probatorio y la conclusión se integran en una concepción o hipótesis explicativa de los

considera prometedora en el contexto del estándar de prueba, pero sin duda requiere de mayor desarrollo. Otro desarrollo de los conceptos jurídicos indeterminados en LIFANTE (2020).

hechos. Para explicar su idea, Haack utiliza la metáfora del crucigrama, con la que representa que una adecuada integración explicativa entre el conjunto probatorio y la conclusión se dará cuando las distintas pruebas se acoplen, como se acoplan las entradas en un crucigrama que se ha desarrollado correctamente. La misma Haack (2014, p. 259), desarrollando con más detalle el asunto, ha planteado que la integración explicativa es mejor, entre mejor (con mayor grado de especificidad) se acoplen los diferentes elementos de prueba entre sí, y entre mejor se acople cada prueba con la hipótesis explicativa más amplia.

Este criterio, entonces, enfocado en qué tan consistentes son las pruebas, entre sí y con la hipótesis general relativa a la versión de los hechos que se pretende dar por probada, se podría condensar en la siguiente fórmula para el caso concreto de la toma de decisión sobre la medida de aseguramiento en Colombia: “se requerirá que no existan evidentes inconsistencias o contradicciones entre la información que se deriva de los elementos de prueba en que se pretende apoyar la decisión de imponer medida de aseguramiento, y se requerirá que los distintos elementos de la prueba de cargo sean, en general, consistentes con la hipótesis fáctica que pretende darse por probada por la acusación”.

En conclusión, aquí se presenta una aproximación a cómo se podría construir un adecuado estándar de prueba para la toma de decisión sobre la imposición de la medida de aseguramiento en Colombia, partiendo de tres pilares: la suficiencia probatoria; la fuerza o peso probatorio; y la integración explicativa. La formulación resultante, a pesar de no concretarse en un enunciado tan sucinto como los que se acostumbran para los estándares probatorios, se considera interesante por su posible mayor capacidad

explicativa y por una mayor potencialidad para guiar un debate tendencialmente objetivo y controlable sobre la racionalidad de la imposición de la medida de aseguramiento en los casos concretos. A continuación se integra la fórmula completa:

Para que, en el marco de un proceso penal, proceda la imposición de una medida de aseguramiento se requerirá que:

(i) la fiscalía presente elementos de prueba que permitan acreditar que hay hechos que se encuadran en cada uno de los elementos de los delitos en virtud de los que se va a solicitar medida de aseguramiento y que sostienen la autoría o participación del procesado; y que presente elementos de prueba que permitan construir una inferencia relativa a la necesidad de imponer la medida de aseguramiento para cumplir con alguna de las finalidades legales.

(ii) los elementos de prueba presentados en la audiencia permitan soportar la conclusión razonable de una persona de inteligencia, juicio y experiencia ordinaria, referida a que hay hechos que permiten afirmar que el delito por el que se solicita medida de aseguramiento fue cometido, que la persona procesada lo cometió como autora o partícipe, y que hay elementos para inferir la potencial ocurrencia de un hecho futuro que justifique la necesidad de la medida. Además, se requerirá que la anterior conclusión explique mejor los elementos de prueba presentados en audiencia que las hipótesis alternativas presentadas por otras partes procesales.

(iii) no existan evidentes inconsistencias o contradicciones entre la información que se deriva de los elementos de prueba en que se pretende apoyar la decisión de imponer medida de aseguramiento; y que los distintos elementos de la prueba de

cargo sean, en general, consistentes con la hipótesis fáctica que pretende darse por probada por la acusación.

Finalmente, un asunto más a mencionar sobre el estándar de prueba de inferencia razonable en el contexto de la toma de decisión sobre la medida de aseguramiento en Colombia es su nivel de exigencia en comparación con los otros estándares usados en el procedimiento nacional. Así, el estándar de inferencia razonable que se usa para la toma de decisión relativa a la medida de aseguramiento es el mismo que se tiene en cuenta en la formulación de imputación, se supone superior al de motivos fundados que se usa para valorar la procedencia de diversos actos investigativos, y se entiende menos exigente que el criterio de probabilidad de verdad propio de la acusación. La pregunta que surge al respecto es la siguiente: ¿es adecuado que el estándar propio de la medida de aseguramiento sea menos exigente que el requerido para formular acusación y equivalente al exigido para formular imputación?¹⁴.

Vale en este punto retomar la idea de Ferrer (2018, pp. 407-415), ya mencionada, consistente en que la decisión sobre el grado de exigencia de un estándar en un momento procesal concreto es una de política criminal que debe tomarse en función del riesgo de error aceptable en las circunstancias. Este criterio se podría reconducir, en nuestro contexto concreto de estudio, al grado de afectación

14 Preguntados los operadores del sistema sobre su opinión con respecto a la rigurosidad del estándar de prueba para la imposición de la medida de aseguramiento, dos de ellos consideraron que se debía implementar un estándar más exigente (Botía, comunicación personal, 6 de julio de 2020) (Fiscal Seccional, comunicación personal, 9 de julio de 2020), mientras que los otros dos consideraron que el estándar era adecuado para la toma de decisión (Bayona, comunicación personal, 2 de julio de 2020) (Martínez, comunicación personal, 8 de julio de 2020).

que la decisión a tomar puede tener en los derechos fundamentales de los involucrados, ya que puede entenderse que entre más grave sea la afectación a los derechos y bienes jurídicos, más exigente debería ser el estándar exigido, ya que el mayor grado de relevancia frente a intereses fundamentales haría menos tolerables políticamente sanciones erradas (Ferrer, 2018, p. 409).

Si se compara la relevancia que tienen en cuanto a potencial afectación de derechos fundamentales las decisiones de formular imputación, formular acusación e imponer medidas de aseguramiento, se puede sostener que si bien todas implican algún grado de potencial afectación, la de imposición de medida de aseguramiento es la más gravosa¹⁵ por ser la que implica una limitación directa e inmediata al principio fundamental de la libertad. Por ello, el nivel de exigencia para una toma de decisión de este tipo debería ser superior o al menos equivalente al requerido para la formulación de acusación, y esto implica la necesidad de un ajuste de la legislación procesal de Colombia en ese sentido¹⁶.

15 Se considera que la única decisión que supera en potencial de afectación de derechos la de la imposición de medida de aseguramiento es la de la toma de decisión final en el proceso.

16 En el contexto comparado un sistema que sigue la estructura aquí planteada es el regulado por el Código Procesal Penal del Perú (Decreto Legislativo n.º 957 de 2004). Allí a la decisión de la de la formalización de la investigación preparatoria (equivalente a la imputación) se le aplica un estándar de sospecha reveladora; en el momento de la formulación de acusación y expedición del auto de enjuiciamiento (equivalente a la formulación de acusación) se debe observar un estándar de sospecha suficiente; y al momento del estudio de la procedencia de la prisión preventiva debe aplicarse un estándar de sospecha grave, siendo este último el más exigente de todos. (Corte Suprema de Justicia de la República, Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433)

3.2. Peligro para la comunidad y gravedad del delito como criterio para justificar la necesidad de la medida de aseguramiento

Otro aspecto que se considera problemático en relación con la forma en que está regulada la toma de decisión sobre la imposición de la medida de aseguramiento es el de los criterios legalmente establecidos para definir cuándo esta es necesaria para cumplir una finalidad legítima, en especial en lo que se refiere a la de protección a la sociedad del peligro que pueda representar el imputado (CPP, Art. 308 n.º 2)¹⁷. Los mencionados criterios se establecen expresamente en el artículo 310 del CPP¹⁸.

17 Frente al punto de la protección de la comunidad del eventual peligro que pueda representar para ella el procesado, existe un álgido debate doctrinal y en la jurisprudencia internacional, ya que muchos estiman que esta finalidad no es aceptable en un modelo de procedimiento penal propio de un Estado Democrático, ya que al no haberse vencido la presunción de inocencia lo único que puede justificar que se decrete la prisión preventiva son finalidades procesales. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana ha considerado acorde con la constitución esta finalidad por desarrollar principios constitucionales como la prevalencia del interés general y el fin del Estado de asegurar la convivencia pacífica de la comunidad (Cort. Const., C- 469 de 2016). En este trabajo no se tomará postura respecto a ese debate y se partirá del reconocimiento de la finalidad en la norma procesal actual.

18 Artículo 310. Modificado por la Ley 1760 de 2015, artículo 3º. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.

El problema reside en que no es claro cuál es el rol que desempeñan estos criterios al momento de considerar si la imposición de una medida de aseguramiento es necesaria para garantizar la protección de la comunidad, y que los mismos admiten interpretaciones que pueden llevar a simplificar la argumentación y la justificación probatoria que debería requerir una medida de este tipo.

Para iniciar, debe resaltarse que legal y jurisprudencialmente se ha establecido expresamente que la calificación jurídica provisional no debe ser determinante a la hora de definir si la medida de aseguramiento es necesaria para cumplir una finalidad legítima (Art. 308, parágrafo, CPP, modificado por la Ley 1760 de 2015) y que solo debe imponerse medida de aseguramiento cuando su aplicación pueda considerarse necesaria, adecuada, proporcional y razonable de acuerdo con los contenidos constitucionales (por todas, Cort. Const., C-469 de 2016). Adicionalmente, en el mismo art. 310 CPP se establece claramente que “además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible”, se deben valorar circunstancias adicionales para definir si la medida de aseguramiento es necesaria para garantizar la protección de la sociedad¹⁹.

6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.

7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

19 Vale recordar que en todo caso el artículo 310 del CPP ha sido varias veces modificado por el legislador. La norma original de la Ley 906 de 2004 tenía una estructura similar de la norma actualmente vigente, mientras el artículo reformado por las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, planteaba que *la gravedad y modalidad de la conducta punible* eran fundamento suficiente para la imposición de la medida de aseguramiento, pero que el juez podría llegar a considerar criterios adicionales. En todo caso la sentencia C-1198 de 2008 de la Corte Constitucional dispuso que: “al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a

Estas circunstancias adicionales, que son las establecidas en los mencionados numerales del artículo 310 CPP, han sido consideradas por la Corte Constitucional como:

criterios de determinación semántica que reducen los márgenes de discrecionalidad del operador. Estos limitan la vaguedad de la justificante en un grado importante y proporcionan seguridad y certeza a la hora de su aplicación, lo cual constituye una garantía para el ciudadano (Cort. Const., C-469/2016).

Al respecto, los operadores judiciales entrevistados han aportado interesantes perspectivas sobre cómo se utilizan en la práctica estos criterios. El Dr. Simón Martínez (comunicación personal, 8 de julio de 2020), por ejemplo, plantea que estos criterios (especialmente refiriéndose al numeral 6) pueden entenderse como el resultado de un juicio de ponderación en abstracto realizado por el legislador, en los que con su consagración la ley anticipó el resultado de la valoración de la procedencia de la medida, por lo que de cumplirse con el requisito inicial de gravedad y modalidad, y adicionalmente encontrarse presente el criterio adicional, correspondería imponer la medida de aseguramiento. Sin embargo, precisa el entrevistado, que en todo caso la toma de decisión sobre la imposición de la medida debe armonizarse con lo dispuesto en la doctrina constitucional al respecto y que ordinariamente los jueces son exigentes al momento de requerir elementos para acreditar la necesidad de imponer la medida²⁰.

esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 *ibídem*".

20 Frente al punto del nivel de exigencia de los jueces se mostró de acuerdo el Dr. Oswaldo Botía.

El Fiscal Seccional entrevistado (comunicación personal, 9 de julio de 2020), por su parte, acredita que desde su experiencia el alegato relativo a la gravedad del delito no suele ser suficiente para la imposición de la medida y que suele requerirse una carga argumentativa y probatoria (cuya rigurosidad varía con cada juez), pero en todo caso orientada a demostrar que hay peligro de reiteración delictiva.

De cualquier manera, aunque lo planteado por los entrevistados nos da una perspectiva compleja e interesante sobre la toma de decisión en relación con la necesidad de las medidas para cumplir con la finalidad de protección a la comunidad, a partir de la forma en que está estructurado el texto legal, y de lo dicho sobre el particular por la Corte, surgen inquietudes sobre las que vale la pena reflexionar en relación con la naturaleza jurídica de estos criterios.

Lo anterior porque una interpretación plausible de la norma positiva y de lo dicho por el alto tribunal es la de que las circunstancias referidas en los numerales del Art. 310 CPP constituyen criterios objetivos, lo que implica que de presentarse alguno de ellos, en conjunto con el requisito inicial de “gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible”, esto sería una razón suficiente para justificar que la medida de aseguramiento es necesaria para proteger a la comunidad.

Hay varios problemas que se generan con ocasión de esa posible interpretación. El primero es que algunos de los criterios adicionales a la gravedad y modalidad de la conducta punible, como los descritos en los numerales 2 y 6 del artículo 310, reconducen de nuevo a factores objetivos relacionados estrictamente con la calificación jurídica provisional. Así, el numeral 2, que menciona “el número de delitos que se imputan y la naturaleza de los mismos” como circunstancia adicional para valorar el peligro para

la comunidad, solamente está reiterando en otras palabras el mismo criterio general de gravedad y modalidad de la conducta punible, pues ambos terminan teniendo como referente de evaluación los delitos objeto de imputación. En adición, el numeral 6 remite al mismo criterio, solo que haciendo referencia puntual a una clase de delitos específicos. Así, el contenido de estos numerales del Art. 310 abre la puerta a que la argumentación de la necesidad de la medida de aseguramiento para la protección de la comunidad, a pesar de la expresa disposición legal en contrario, se sustente indirectamente teniendo como únicos referentes los delitos imputados.

Esto es problemático, porque habilita que la argumentación de la necesidad de la medida de aseguramiento se sustente de manera tautológica en un solo referente objetivo, que es la calificación jurídica de la imputación, y por ello haga posible prescindir de la referencia a elementos de prueba concretos que permitan sostener un juicio prospectivo de posibilidad de reiteración delictiva en las circunstancias específicas del caso, lo que debería ser el fundamento básico para considerar necesaria la medida para garantizar la protección de la comunidad²¹.

En lo relativo a otros de los numerales del Art. 310 CPP (3, 4 y 5 especialmente), se considera interesante reflexionar sobre cómo se interpreta la naturaleza jurídica de estos

21 Esta idea se desarrolla en el contexto nacional en el salvamento de voto a la Sentencia de la Corte Constitucional, C-469 de 2016, del magistrado Alberto Rojas Ríos. Además, la necesidad de tener en cuenta juicios prospectivos al evaluar la necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento parece soportarse en el parágrafo del Art. 308 CPP añadido por la Ley 1760 de 2015, que dispone: “el juez de control de garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga”.

criterios para valorar si el procesado constituye un peligro para la comunidad. Esto, porque si, como lo ha dicho la Corte, se entienden como “criterios de determinación semántica que precisan y hacen inequívocos los motivos de las afectaciones a la libertad” (cc, C-469/2016), parece entonces que cumplen la función de servir como verdaderas *presunciones legales* que se utilizan para inferir que el imputado representa un peligro futuro para la comunidad a partir del hecho indicador consagrado en la norma²².

La doctrina tradicional sobre las presunciones plantea que estas sirven para dar por probado un hecho desconocido, partiendo de la prueba de un hecho que se puede conocer. Así, se considera que las presunciones se constituyen a partir de una estructura de tres elementos: “a) un hecho básico cuya existencia se conoce; b) un enlace, representado por una regularidad empírica observable en el mundo, y c) un hecho desconocido”²³ (Matida, 2016, p. 83). El segundo de los elementos, o enlace, es el nexo lógico reconocido por la norma que liga el hecho básico con el hecho presumido, y que se supone teóricamente sustentado en una regularidad empírica soportada por las reglas de la experiencia²⁴ (Matida, 2016, pp. 83-84).

22 Fuentes teóricas en que se desarrolla el tema de la presunción en el razonamiento judicial (FERRER, 2018, p. 413-414) (MATIDA, 2016, pp. 83-110).

23 En la doctrina tradicional las presunciones legales se clasifican en presunciones relativas o *iuris tantum*, que admiten prueba en contrario, y presunciones absolutas o *iure et de iure*, que no admiten prueba en contrario (MATIDA, 2016, p. 84).

24 MATIDA (2016) aclara que de acuerdo con el uso habitual de las presunciones no siempre estas pretenden estar sustentadas en una regularidad empírica, sino que en ocasiones estas simplemente constituyen reglas convencionales, que establecen la relación entre el hecho indicado y el indicador por razones de conveniencia, e incluso, prescinden en ocasiones de la referencia a un hecho indicador, como, por ejemplo, en el caso de la famosa presunción de inocencia (pp. 92-94).

Tómese como ejemplo, para explicitar el esquema del argumento, el enunciado planteado en el numeral 4 del Art. 310 CPP "(4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional)". Si se entiende que cuando haya sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional (hecho indicador), se debe inferir que el procesado puede representar un peligro para la sociedad a futuro (hecho indicado), lo que se está haciendo con este numeral es establecer una presunción legal de peligrosidad del procesado cuando esté probado que el mismo tenga sentencias condenatorias vigentes por el tipo de delitos mencionados.

Siguiendo el esquema teórico previamente presentado, esta presunción estaría justificada en una supuesta regularidad empírica. Esto quiere decir que el legislador con la norma estaría estableciendo, en abstracto, que a partir de las reglas de la experiencia se puede sostener que representan un peligro para la sociedad, regularmente, las personas que tienen en su contra sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional y que se enfrentan de nuevo a la posible imposición de una medida de aseguramiento por un delito de cierta gravedad.

Matida (2016) menciona dos características más de las presunciones, relevantes para el argumento que aquí se está construyendo. En primer lugar, las presunciones, al establecer una regla legal previa al caso, que hace equivaler la prueba del hecho indicador con la prueba del hecho indicado, eliminan la necesidad que tiene el juez, ordinariamente, de construir inferencias a partir de los medios de prueba existentes para dar o no por probado un hecho determinado. Es decir, las presunciones abrevian y simplifican el razonamiento probatorio del juez en relación con el hecho presumido, pues los requisitos para que se dé por probado se remiten a la demostración del hecho

indicador (Matida, 2016, p. 89-91). En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, la autora precisa que al establecerse una presunción legal se genera una *asimetría institucional*, porque se le está dando una facilidad probatoria a la parte en el proceso a la que favorece la presunción, y correlativamente se está desmejorando la posición en cuanto a la discusión probatoria de la parte perjudicada (Matida, 2016, pp. 94-95).

A partir de lo dicho se puede sostener que interpretar los criterios del Art. 310 CPP como presunciones es extremadamente problemático, sean *iuris tantum* o *iuris et de iure*, porque esto limitaría la discusión probatoria que se debe dar en el trámite con respecto a si efectivamente la medida de aseguramiento es necesaria para la protección de la comunidad. Así, una presunción de este tipo: 1) relevaría a la fiscalía de demostrar el potencial peligro de reiteración delictiva a través de todos los medios de prueba necesarios para alcanzar el umbral de prueba requerido, pues bastaría con la prueba del hecho indicador; 2) limitaría el ámbito decisorio del juez, pues de presentarse el hecho indicador se vería obligado a dar por probado el hecho presumido (admitiendo prueba en contrario si se entendiera como una presunción relativa), y 3) generaría una asimetría institucional en favor de la acusación y en contra de la defensa, lo cual es contrario a uno de los principios constitucionales del proceso penal que es el principio de presunción de inocencia, específicamente en su dimensión de regla sobre la carga de la prueba.

Este último punto requiere un desarrollo adicional. La misma jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido la multidimensionalidad del principio de presunción de inocencia, recogido en el Artículo 29 de la CN (por todas, Cort. Const. T-827 de 2005). Esto quiere decir que integra contenidos distintos cuando se entiende como

regla de juicio, como regla de trato o como regla sobre la carga de la prueba. Esta última dimensión, que es la que interesa en este momento, implica que es la fiscalía quien debe probar la responsabilidad del procesado, y que por lo tanto no puede imponérsele a este la carga de probar su inocencia. En la misma sentencia, retomando lo dicho por la Corte IDH en la decisión *Martín de Mejía vs. Perú*, la Corte establece que una decisión procesal que no analiza si existen suficientes elementos de prueba que la justifiquen, invierte el orden de la presunción y desplaza la carga de la prueba para ponerla en cabeza del acusado, lo que vulnera el Art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Esto último sería precisamente lo que ocurriría si se interpretan las circunstancias de los numerales del Artículo 310 como criterios objetivos o como presunciones legales. Si se interpretaran los criterios del Art. 310 como presunciones relativas, esto implicaría que, de presentarse el hecho indicador, sería la defensa quien tendría la carga de demostrar que, a pesar de esto, el procesado no constituye un peligro para la sociedad, mientras si se interpreta como una presunción absoluta el mero hecho indicador bastaría para predicar el peligro para la sociedad sin que se admita prueba en contrario. Los dos escenarios son, entonces, inadmisibles a la luz del principio de presunción de inocencia, dado que para una decisión como la de imponer medida de aseguramiento, que puede implicar privación de la libertad, es inadmisibile el establecimiento legal de una asimetría institucional en favor de la fiscalía, ya que por el contrario es este ente el que tiene la carga de demostrar la ocurrencia de todos los hechos necesarios para una toma de decisión de este tipo.

También es importante señalar que otro argumento para cuestionar la legitimidad de que los criterios sobre

los que se está reflexionando sean interpretados como presunciones es que es difícil sostener que los mismos efectivamente se sustenten en regularidades empíricas soportadas en reglas de la experiencia. Por ejemplo, el criterio del numeral 5, que dispone que el hecho de que se utilicen armas de fuego o blancas durante la comisión del delito es una circunstancia que demuestra que la persona representa un peligro para la sociedad, y por tanto que habrá reiteración delictiva, solamente podría entenderse justificado teóricamente en que se parte de que esta es una regularidad empírica, es decir un fenómeno que se presenta regularmente en la realidad, porque de alguna manera está establecido que aquellos que cometen un delito utilizando estos instrumentos van a cometer de nuevo delitos en el futuro.

El problema es que no existen datos que sustenten la anterior afirmación, pues los existentes al respecto no son claros en ese sentido²⁵, y al contrario, es fácil pensar muchos ejemplos de situaciones en las que no hay elementos para concluir que el hecho de haberse cometido presuntamente²⁶ el delito con arma blanca o de fuego constituya elemento para inferir posibilidad de reiteración delictiva,

25 El INPEC permite el acceso público a sus *tableros estadísticos* que recogen datos importantes relativos a la población reclusa. Sin embargo, en lo que tiene que ver con reincidencia, se centran en el porcentaje de personas reincidentes en relación con el número total de reclusos, y no en el número de personas reincidentes en relación con el número total de personas condenadas en un lapso determinado. Esta segunda relación sería la idónea para establecer realmente del número total de personas recluidas qué porcentaje tiende a incurrir en reiteración delictiva (INPEC, 2020, <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos>).

26 No debe olvidarse que en este punto del proceso la ocurrencia de los hechos solamente se soporta probatoriamente hasta un estándar de inferencia razonable, y ya en el apartado anterior se han explicitado los problemas existentes con ese estándar de prueba.

como por ejemplo casos de primeros infractores, casos de riñas por conflictos personales, o casos de exceso en causales de ausencia de responsabilidad.

En últimas, lo que se trata de decir es que consagraciones tan genéricas de criterios para considerar procedente la medida de aseguramiento, y más si se entienden como presunciones, tienden a incurrir en el defecto de la *sobreinclusión*²⁷, es decir, a incluir dentro de su denotación casos que no corresponderían con la finalidad de la norma, y por tanto a generar problemas de justicia material con su aplicación relacionados con la restricción de la libertad a ciudadanos de manera inmerecida.

Criticada la posible comprensión de las circunstancias del Artículo 310 del CPP como presunciones, es momento de preguntarse si es posible interpretar estos criterios de alguna manera compatible con la presunción de inocencia y con una toma de decisión racional con respecto a la posibilidad de reiteración delictiva.

Al respecto, es necesario iniciar precisando que, para la toma de una decisión racional en el contexto de la imposición de la medida de aseguramiento, el requisito ineludible es la observancia del criterio general consistente en que los hechos necesarios para su imposición deben acreditarse a partir de elementos de prueba legalmente producidos e incorporados al trámite. Así los hechos relevantes deben encontrar su soporte en elementos de prueba que acrediten su veracidad y que sirvan de base a la toma de decisión, ya que esta es la única manera de garantizar que la decisión tenga un soporte empírico real y no esté soportada en meras valoraciones arbitrarias (Valenzuela, 2018, p. 843).

27 Sobre los fenómenos de sobreinclusión e infrainclusión de las normas: MORESO (2004, pp. 59-60), PAPAANNIS (2020, pp. 13-15).

Empero, se presenta un problema porque los hechos que se necesita demostrar al momento de acreditar la necesidad de una medida de aseguramiento para alcanzar una finalidad como la protección de la comunidad, deben servir para sostener un juicio prospectivo²⁸ de una eventual reiteración delictiva del procesado en un determinado nivel de probabilidad, es decir, deben servir para afirmar la posible ocurrencia de un hecho futuro de acuerdo con algún estándar de prueba.

Valenzuela (2018, pp. 844-847) ha esbozado la posibilidad de sostener racionalmente este tipo de juicios prospectivos, fundamentados en predicciones sustentadas en pruebas, a partir de elementos como la plausibilidad y las regularidades empíricas. El argumento del autor es, sucintamente, que, a partir de hechos corroborados en el proceso es posible sostener la potencial ocurrencia de los hechos que se buscan evitar con la medida cautelar (en nuestro caso la reiteración delictiva), utilizándose como puente entre los dos la existencia de regularidades empíricas sostenidas a través del recurso a la lógica, las reglas de la experiencia y la información científica. En últimas, se podría interpretar que Valenzuela sostiene que recurriendo a un modelo de prueba indirecta es posible sostener la posible ocurrencia de un hecho futuro.

Con respecto a la prueba indirecta²⁹, Taruffo (2008, p. 60) ha precisado que el elemento esencial que la caracteriza

28 Sobre la forma prospectiva de los razonamientos probatorios en el escenario de la imposición de la medida de aseguramiento, distinta de la forma retrospectiva usualmente utilizada para la toma de la mayoría de las decisiones en el proceso penal (VALENZUELA, 2018, pp. 841-842).

29 Aquí se está usando la distinción entre prueba directa y prueba indirecta de acuerdo con el uso procesal de los términos. En la filosofía del razonamiento probatorio se ha aclarado que epistemológicamente esta distinción es imprecisa, pues en realidad, usualmente toda la prueba que se aporta a

es que esta no atañe directamente a un hecho relevante o principal, sino que tiene como objeto un hecho diferente que puede utilizarse para construir una inferencia acerca de un hecho relevante. En el caso de la probable ocurrencia del hecho futuro, el objeto de prueba directo no será como tal el hecho futuro (por ser esto imposible), sino el hecho actual a partir del cual se puede construir una inferencia para sostener un juicio prospectivo teniendo como referencia un estándar determinado. Gascón (2010, p. 96) ha precisado el papel fundamental que en la construcción de este tipo de inferencias desempeñan las regularidades empíricas. Estas constituyen la premisa adicional del argumento que permite hacer el tránsito del hecho actual probado directamente, al hecho indirecto que se pretende probar, en el caso de nuestro ejemplo del hecho futuro que se considera con algún grado de probabilidad que sucederá.

Este esquema de razonamiento, que tradicionalmente se ha entendido como el propio de la prueba indiciaria, lo ha recogido recientemente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana indicando claramente que esta se construye a partir de un hecho indicador que debe probarse efectivamente, una regla de la experiencia que debe explicitarse para hacer posible su contradicción, y del hecho indicado que se pretende dar por probado cuyo valor dependerá de la fuerza efectiva de

un proceso judicial es indirecta, pues el decisor no es quien directamente percibe el fenómeno sobre el que está adquiriendo conocimiento, sino que el mismo le llega de manera mediata, sea, por ejemplo, mediante la declaración de alguien que percibió directamente la ocurrencia del hecho en el pasado, o por medio de un documento que acredita la ocurrencia de un hecho. El método por excelencia para adquirir conocimiento directo sobre la ocurrencia de un hecho es el método experimental, pero este no es muy útil para el conocimiento de los hechos relevantes en el contexto judicial. Al respecto: GASCÓN (2010, pp. 92-104).

la regla de la experiencia y de su valoración en conjunto con los demás medios de prueba que se están considerando en el caso (SP-922/2019)

Aquí se considera que entender las circunstancias que refiere el Art. 310 del CPP como un listado de posibles indicios de probable reiteración delictiva futura tiene varias ventajas si se opone a su posible concepción como presunciones legales. Es necesario explicitar estas ventajas ya que un lector atento se habrá dado cuenta de que el esquema de razonamiento de las presunciones y de los indicios es bastante similar.

La diferencia fundamental reside en que, si los criterios se asumen como presunciones, de darse por probado el hecho indicador, automáticamente se entiende probado el hecho indicado, mientras si se entienden como indicios esto no sucede así, ya que a pesar de que el hecho indicador se entienda probado aun hay lugar a controvertir y valorar la validez de la regla de la experiencia que se pretende utilizar para construir la inferencia, y además, aun consolidado el indicio, para darse por demostrado el hecho, este debe valorarse de manera conjunta con los demás medios de prueba allegados al proceso de acuerdo con el estándar de prueba que se defina.

Así, retomando el ejemplo del criterio definido en el numeral 5 del Artículo 310, referido a la utilización de armas de fuego o blancas durante la comisión del delito, si lo asumimos como una regla legal que establece un posible indicio de peligrosidad, esto significa que, en un caso concreto de un delito cometido con este tipo de instrumentos, se podría partir de que este hecho constituye un elemento de prueba indiciario dirigido a sustentar la posible peligrosidad del procesado. Empero, al contrario de lo que sucedería si interpretamos el criterio como una presunción, el valor probatorio de este indicio es controvertible

en general por dos vías que podrían denominarse como la del *cuestionamiento interno de la inferencia* y la del *cuestionamiento del valor probatorio en el contexto general*.

En cuanto al *cuestionamiento interno de la inferencia*, la comprensión del criterio como indicio abre la puerta al cuestionamiento de las dos premisas de la inferencia construida. Así, además de la prueba del hecho indicador, en todo caso necesaria, en el proceso existiría la posibilidad de discutir si efectivamente alguna regla de la experiencia sustenta el paso del hecho indicador al hecho indicado en las circunstancias específicas del caso concreto. Por ejemplo, en el caso de un homicidio cometido con un arma blanca en el contexto de una riña ocasional entre hermanos, para sustentar la existencia de un indicio de posible reiteración delictiva, el fiscal tendría la carga de soportar probatoriamente el efectivo uso de arma blanca en los hechos y, adicionalmente, de acreditar que es usual que personas que cometen delitos en contextos similares, ordinariamente, tienden a reincidir y a cometer delitos nuevamente. Por su parte, los demás actores procesales contarían con la posibilidad de controvertir la aceptabilidad de cualquiera de las dos premisas y el juez tendría el deber de valorar si el fiscal cumplió o no con las cargas probatorias que le competen. Se pasaría, entonces, de una inferencia automática en el caso de la presunción, a una que se debe sostener probatoria y argumentativamente en el caso del indicio.

En cuanto al *cuestionamiento del valor probatorio en el contexto general*, el aspecto central sería que la presencia de uno de los criterios definidos legalmente constituiría la base para construir un indicio, que en todo caso sería solo un elemento de prueba, entre muchos que se pueden allegar al debate procesal en la audiencia respectiva. Esto, partiendo de la regla dispuesta en el Artículo 380 del CPP

que indica que los elementos de prueba se deben valorar en su conjunto³⁰, implicaría que en el debate procesal se pueden presentar elementos de prueba, que contextualmente relativicen el valor probatorio del indicio propuesto legalmente, o incluso que sostengan de manera más fuerte la hipótesis de la no probabilidad de reiteración delictiva. En resumen, que la inferencia de posible reiteración delictiva se sostenga internamente no quiere decir que automáticamente el hecho se tenga que dar por probado.

En conclusión, aquí se sostiene que las circunstancias para valorar si un procesado puede considerarse peligroso para la comunidad, dispuestas en el Artículo 310 del CPP, deben concebirse y tratarse en la práctica como posibles indicios, y no como criterios objetivos ni como presunciones legales, si se pretende realizar una interpretación de la norma coherente con la idea fundamental de que los hechos inculpatorios deben demostrarse a través de elementos de prueba sustentados en bases empíricas efectivamente corroborables, y más en general, coherente con el principio constitucional de presunción de inocencia y su regla derivada de la carga de la prueba en cabeza de la acusación.

30 Teóricamente existe un debate muy interesante sobre las implicaciones de una valoración conjunta o una valoración analítica de la prueba. Sin ser este el lugar para desarrollar sus elementos se considera pertinente precisar que aquí se sigue la postura de GASCÓN (2010, pp. 199-203), consistente en aclarar que la valoración conjunta de la prueba no extingue la necesidad de verificar analíticamente el aporte que cada elemento de prueba individualmente considerado realiza a la verificación de los hechos relevantes para el caso.

4. UNA REALIDAD INCÓMODA

Anteriormente se realizó un análisis acerca de la necesidad de fijar un estándar mínimo y coherente en materia probatoria que permita establecer un criterio eficaz a la hora de determinar la necesidad de aplicación de la detención preventiva, evitando que tal decisión obedezca o se fundamente meramente en la retórica o simple argumentación de quien la solicita. Aunado a ello, esta propuesta, tal como se ha expuesto, busca garantizar que efectivamente la medida de aseguramiento sea una excepción a la limitación del derecho a la libertad del imputado, avalando que la afectación a este bien fundamental sea mínima y solo tenga asidero en los casos que verdaderamente lo ameriten, o donde realmente se hayan satisfecho dichos estándares.

Ahora bien, en gracia de discusión, y más allá del discurso académico, es menester señalar que la base de la presente disertación surge de una evidente realidad, la cual no es otra que el hacinamiento carcelario, fenómeno y flagelo que viene creciendo de manera exponencial y se ve alimentado no solo de las personas que han sido condenadas por la comisión de conductas censuradas por el estatuto penal, sino por aquellas que han sido sindicadas por tales conductas y de las cuales no ha sido definida su situación jurídica.

Así las cosas, en primera medida se realizará un análisis de las estadísticas presentadas por el Instituto Nacional Penitenciario Colombiano (INPEC) acerca del hacinamiento carcelario, esto para observar si existe algún tipo de relación entre la población sindicada y la creciente cifra de hacinamiento en las cárceles colombianas, así como también establecer si se acredita el cumplimiento del principio de separación entre condenados y sindicados según lo establecido en disposiciones normativas de índole nacional

e internacional o si, por el contrario, aquellos que no han sido condenados se ven abocados a sufrir la indignidad de nuestro inhumano sistema penitenciario y carcelario.

En un segundo y último estadio, se abordará una crítica al excesivo punitivismo o populismo punitivo, advirtiendo la incidencia de este fenómeno en la política criminal de nuestro país.

4.1. Algunas cifras

En el Informe Estadístico de febrero de 2020³¹, presentado por el INPEC, se establecen las cifras de número de personas a disposición de la autoridad penitenciaria, discriminando distintos factores, entre estos, y para los que nos atañe, aquellas que se encuentran purgando pena por haber sido condenadas y aquellas personas sindicadas y de las cuales aún no se ha definido su situación jurídica.

De conformidad con lo antedicho, principalmente se centrará la atención en las cifras presentadas respecto de los últimos, pues es sobre ellos que ha operado la figura de la detención preventiva. Sin embargo, para efectos ilustrativos y metodológicos se partirá inicialmente de un aspecto general de carácter cuantitativo estableciendo la

31 Es necesario aclarar que nos basamos en el informe presentado hasta el mes de febrero del 2020, toda vez que en este se consignan las estadísticas de la población reclusa colombiana (condenados e indiciados) en condiciones de normalidad, es decir, las cifras como se venían desarrollando, pues a partir del mes de referencia se presenta una condición de anormalidad generada por la pandemia del Covid-19, la cual afectó de manera importante a la población privada de la libertad, así como las cifras de la densidad de la población carcelaria, pues debido a la coyuntura se presentaron decesos y la implementación de proyectos de desprisonalización temporal, concretamente el Decreto 546 de 2020.

cantidad de cupos carcelarios, cuántas personas los ocupan y el porcentaje de hacinamiento carcelario.

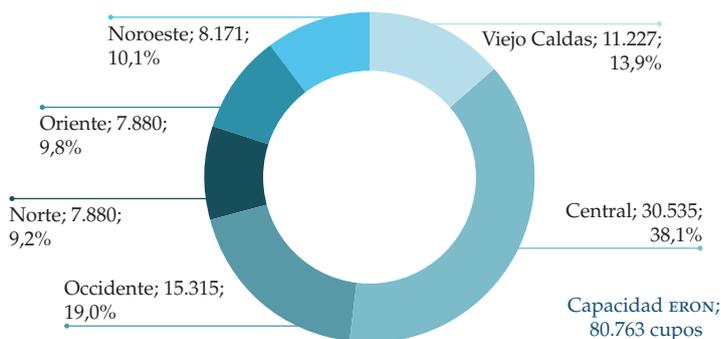
Según lo expuesto por el INPEC (2020), para el mes de febrero de 2020, Colombia contaba con la capacidad de atender 80.763 reclusos en los distintos Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional, tal como lo señala la figura 1.

En ese mismo orden de ideas, el señalado informe expone la composición de la cantidad de población carcelaria en Colombia, pudiendo establecer que el número de personas privadas de la libertad supera considerablemente el de cupos carcelarios, tanto así, que a febrero de 2020 el número de internos ascendía a la suma de 124.105 en todos los establecimientos penitenciarios del país, es decir, existe un sobrecupo de 43.342 personas privadas de la libertad que se encuentran en las cárceles y penitenciarias colombianas. Esto se ve corroborado en la gráfica que se ilustra en la figura 2.

Teniendo en cuenta lo señalado hasta aquí, es menester indicar que, debido a distintos factores, principalmente aquellos ligados a la política criminal, la población carcelaria en Colombia, salvo algunas excepciones, ha estado en constante aumento hasta el punto de alcanzar las cifras ya señaladas. A continuación, se relaciona una gráfica que indica el comportamiento cuantitativo de la población carcelaria en Colombia, teniendo como espacio temporal, desde el año 2013 hasta el mes de febrero del año 2020 (figura 3).

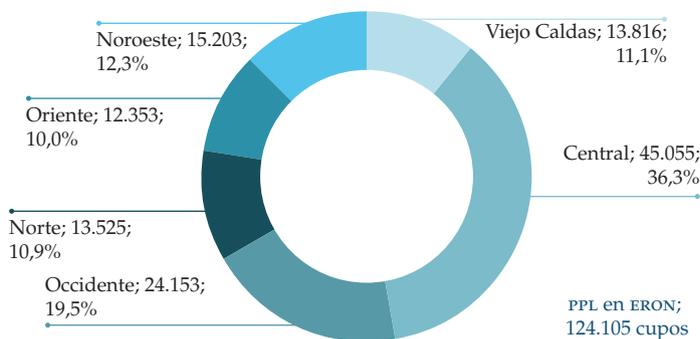
Habiendo corroborado materialmente la existencia de un progresivo aumento de la población penitenciaria, así como la existencia del hacinamiento carcelario, se hace preponderante establecer la participación de las personas sindicadas y que han sido gravadas con medida de aseguramiento en dicho fenómeno.

FIGURA 1. CAPACIDAD ERON POR REGIONALES



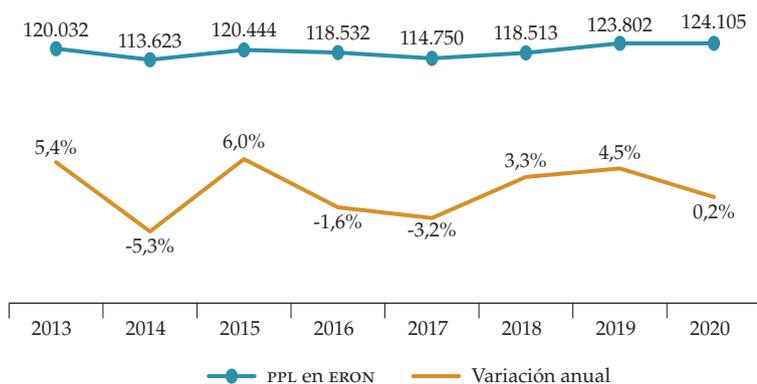
Nota: El gráfico representa la distribución de los Establecimientos de Reclusión de Orden Nacional (ERON), así como la capacidad general y de cada sector para el mes de febrero del año 2020. Tomado de *Informe Estadístico Población Privada de la Libertad* (p. 26), por Oficina Asesora de Planeación – Grupo Estadística. Febrero de 2020.

FIGURA 2. PPL INTRAMURAL POR REGIONALES



Nota: El gráfico representa la distribución de la población privada de la libertad en los distintos Establecimientos de Reclusión de Orden Nacional (ERON), así como el porcentaje que representa cada uno de ellos en la totalidad de los reclusos internos en las cárceles del país para el mes de febrero del año 2020. Tomado de *Informe Estadístico Población Privada de la Libertad* (p. 27), por Oficina Asesora de Planeación – Grupo Estadística. Febrero de 2020.

FIGURA 3. SERIE PPL INTRAMURAL, 2013-2020



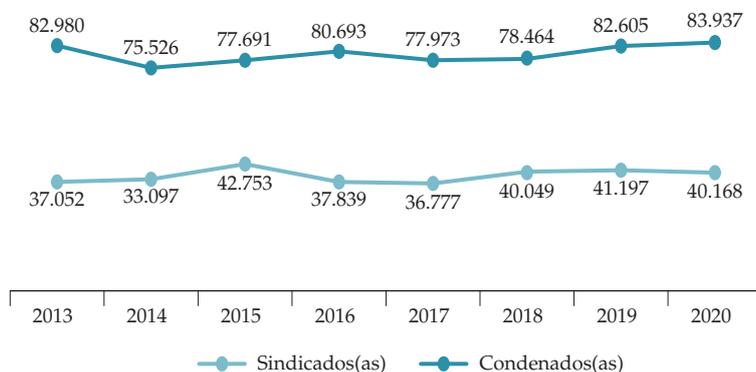
Nota: El gráfico muestra el número decreciente y creciente de personas privadas de la libertad cada año, desde el año 2013 y hasta el mes febrero de 2020. Tomado de *Informe Estadístico Población Privada de la Libertad* (p. 28), por Oficina Asesora de Planeación – Grupo Estadística. Febrero de 2020.

El INPEC (2020) respecto de la población carcelaria que se encuentra sindicada señaló que: “Los(as) internos(as) en condición de sindicados(as) corresponden al 32,4% (40.168) de la población intramural; de ellos, el 91,9% (36.919) son hombres y 8,1% (3.249) mujeres. En el sistema penal colombiano la proporción es de 11 hombres sindicados por 1 mujer” (p. 35). De igual manera, por parte del grupo estadístico de la Autoridad Penitenciaria se determinó la evolución numérica de la población indiciada que se encuentra privada de la libertad desde el año 2013 hasta el mes de febrero de 2020, consignándola así (figura 4).

Corolario de lo consignado, y de acuerdo con las estadísticas presentadas por la propia autoridad encargada de la custodia y cuidado de las personas privadas de la libertad (condenados y sindicados), se logra inferir que la implementación de la detención preventiva es un factor trascendental, preponderante y sumamente influyente en el hacinamiento carcelario y en la existencia del estado

de cosas inconstitucional expuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tal argumento encuentra sustento en las cifras presentadas y aquí relacionadas, a excepción de los años 2016 y 2017, pues el crecimiento de la población detenida es constante y cuantitativamente importante, tanto así, que el número de sindicados es prácticamente la mitad del de los condenados. Así mismo, constituye los excedentes que representa actualmente el sobrecupo carcelario; en otras palabras, si no existieran personas gravadas con detención preventiva no existiría el hacinamiento carcelario o este sería mínimo.

FIGURA 4. EVOLUCIÓN PPL INTRAMURAL
POR SITUACIÓN JURÍDICA, 2013-2020



Nota: Esta gráfica describe la relación y el comportamiento cuantitativo de la población condenada y de las personas indiciadas año a año, partiendo desde el año 2013, hasta el mes febrero de 2020. Tomado de *Informe Estadístico Población Privada de la Libertad* (p. 37), por Oficina Asesora de Planeación – Grupo Estadística. Febrero de 2020.

Asimismo, es válido colegir que la constante en el crecimiento en la población sindicada en las penitenciarías del país obedece a iniciativas de orden legislativo, en uso de la libertad de configuración legislativa, que flexibilizaron los requisitos para concesión de una medida de aseguramiento

de carácter privativo de la libertad, y como consecuencia se erigió la detención preventiva como una regla general controvirtiendo lo consignado en la norma procedimental, al entender la privación preventiva de la libertad como una excepción. Al respecto García L. y Cerezo A. (2016) indican:

La flexibilización de los requisitos para conceder la prisión preventiva de la Ley 1142 pudo generar que a partir del 2011 aumentase la población sindicada (...). En este sentido, Iturralde, citando a Hartmann & Martínez en "La detención preventiva y el proceso penal colombiano" (2009), indica que durante los ocho meses siguientes a la entrada en vigor de la ley las detenciones preventivas aumentaron casi diez veces (de un 4,7% a un 35,6%). De igual forma, la introducción de la Ley 1453 de 2011 pudo haber aumentado la población sindicada en ese año, dado que endureció el acceso a la detención domiciliaria como medida sustitutiva de la detención preventiva. No obstante, esta pauta al alza de la población sindicada era contrapuesta a la experimentada años atrás (del 2005 al 2008), periodo en el que la población sindicada disminuyó –probablemente– gracias a la entrada en vigor de la Ley 906 de 2004, que implantó en Colombia el sistema acusatorio con énfasis progresistas. El mismo reconocía las garantías penales de los individuos y propugnaba una protección material en temas de derechos humanos, principios y límites del *ius puniendi* del Estado, como: la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, el derecho de contradicción, la inmediación del juez, entre otros. De igual forma la Ley 1312 de 2009 pudo contribuir a que entre el 2009 y el 2010 disminuyera la población, al regular el principio de oportunidad, el cual consiste básicamente en la "facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley" (p. 189).

Para finalizar, otro aspecto importante a considerar, es que de acuerdo con el informe presentado por el INPEC para el mes de febrero del año 2020, en las cárceles colombianas se encuentran personas detenidas por más de 36 meses, lo cual es una flagrante vulneración de principios de orden constitucional como el de libertad, dignidad humana, presunción de inocencia y aquellos derivados de la carta política que decantan en la norma procedimental como lo es el de celeridad, aunado al principio de separación entre condenados y sindicados consignados adicionalmente en tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, tal como se verá más adelante.

4.2. La detención preventiva y la distinción entre condenados e indiciados

La discusión en torno a la detención preventiva en Colombia, tal como se ha venido viendo, no es nada pacífica, máxime cuando esta figura afecta de manera considerable derechos como la libertad, la presunción de inocencia, la prontitud de la pena, entre otros de igual raigambre, para aquellas personas que no han sido condenadas, pero que debido al cumplimiento de requisitos objetivos y subjetivos estipulados en la norma procesal han sido gravadas con la pérdida y limitación “transitoria” de sus derechos.

En relación con lo antedicho, y partiendo de nuestra realidad actual, sobresale la necesidad de indagar acerca de las condiciones en las que las personas indiciadas se encuentran purgando la detención preventiva; de manera concreta, observar si se está ejerciendo algún tipo de diferenciación material y práctica entre condenados y sindicados, así como también establecer si se cumplen reglas de carácter normativo, legislativo y jurisprudencial respecto de esta figura.

El año 1764 marcó el comienzo de un nuevo paradigma en la forma de entender el castigo, así como del tratamiento de los infractores y presuntos perpetuadores de aquellas conductas consideradas dignas de reproche, censura y pena. La vanguardia en la nueva concepción del derecho penal fue encabezada por Cesare Beccaria, quien no fue ajeno a esgrimir postulados en torno a lo que hoy se entendería como medida de aseguramiento. Para el autor italiano, la pena a imponer debe darse en el menor tiempo posible, pues la mora en su ejecución o decisión causa en la persona investigada, una incertidumbre e intranquilidad. Además de esto, postula que jamás la privación de la libertad puede preceder a la sentencia, esto siempre y cuando no se dilucide su necesidad frente a un caso concreto. Para el maestro de la escuela clásica, la cárcel es solo un ente encargado de la custodia de un ciudadano mientras se resuelve su situación jurídica, arguyendo que ese tiempo en que se mantiene a la persona es de por sí sumamente aflictivo, sosteniendo adicionalmente que el trato durante la detención debe ser el menos duro posible (Beccaria, 2012).

De esto se infiere que la humanización del proceso penal debe obedecer a principios de dignidad humana, la cual se materializa en la excepcional restricción de la libertad mediante la detención preventiva; en otras palabras, está figura solo debe operar cuando sea necesaria y de manera perentoria, pero principalmente esta debe ser distinta a la pena impuesta a quien haya sido encontrado como responsable de una conducta delictiva, pues es inconcebible que una persona que no ha sido condenada cumpla con su detención en las mismas condiciones de indignidad que ha aquellas que han transgredido el estatuto penal. Dicha distinción y separación a fin de garantizar la presunción de inocencia de los sindicados.

El postulado recién mentado no es ajeno al régimen normativo y jurídico colombiano toda vez que, en aras de preponderar los principios anteriormente señalados, a través de la Ley 74 de 1968, el Congreso de la República ratifica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual consagra en su Artículo 10º, numeral 2º, inciso a: “los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [ONU], 1966).

Conforme a las disposiciones internacionales, y en virtud del denominado *Bloque de Constitucionalidad*, el órgano legislativo nacional expide la Ley 65 de 1993, donde de manera clara se consagra la necesidad de separar a sindicados de condenados. Tal aseveración se corrobora así:

Art. 63. Clasificación de internos. Los internos en los centros de reclusión serán separados por categorías, atendiendo a su sexo, edad, naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y condiciones de salud física y mental. Los detenidos estarán separados de los condenados, de acuerdo a su fase de tratamiento; los hombres de las mujeres, los primarios de los reincidentes, los jóvenes de los adultos, los enfermos de los que puedan someterse al régimen normal (Ley 65, 1993).

En virtud de los tratados internacionales y la reglamentación esgrimida en el Código Penitenciario, se destaca la necesidad e inobjetabilidad de la separación entre sindicados y condenados en pro de garantizar la presunción de inocencia y el debido proceso. Empero, en la realidad esta declaración es prácticamente inoperante, pues tal como reiteradamente lo ha analizado la honorable Corte Constitucional en las sentencias T-153/98, T-388/13 y T-762/15,

la separación de las personas detenidas y condenadas es prácticamente imposible debido a las condiciones de hacinamiento, sobrepoblación carcelaria y carencia de la infraestructura necesaria y adecuada para implementar de manera efectiva y generalizada tal distinción.

Dentro del análisis de esta misma situación, el Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes (2018) manifiesta que de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Justicia y del Derecho y por la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, en el 2014, una de las grandes problemáticas del sistema penitenciario y carcelario es la imposibilidad de separar a sindicados y condenados debido a la falta de infraestructura y la actual situación de hacinamiento.

De las entrevistas realizadas a funcionarios del INPEC, puntualmente a un funcionario de guardia (dragoneante, comunicación personal, 10 de enero de 2021) y a una funcionaria del Área de Atención y Tratamiento (psicóloga, comunicación personal, 10 de enero de 2021), se vislumbra una posición unánime según la cual en condiciones de normalidad (sin la coyuntura del Covid-19), debido al hacinamiento resulta imposible realizar una separación entre sindicados y condenados. No obstante, existen cárceles como la de mediana seguridad del Complejo Penitenciario y Carcelario “El Barne” donde se aplica la separación de las personas privadas de la libertad en distintos regímenes y condiciones jurídicas de reclusión. Pese a ello, advierten que las circunstancias de reclusión básicamente son las mismas, es decir, que, materialmente, condenados y sindicados purgan la pena y la detención en las mismas condiciones físicas y materiales, pues la evidente falta de infraestructura en algunas cárceles del país impide hacer menos gravosa la situación de los detenidos. Aunado a ello, previenen que en casos como el de la cárcel de alta

seguridad del mismo complejo carcelario, por situaciones de seguridad, de clasificación de los internos o por solicitud de estos, no se adelanta tal separación. Esto lo sustentan en la discrecionalidad que tienen los distintos establecimientos carcelarios y penitenciarios del país de fijar un reglamento interno.

Así las cosas, es evidente que efectivamente no existe la separación o distinción material entre sindicados y condenados, por lo cual es válido afirmar que el sindicado debe someterse a unas condiciones de reclusión iguales a los condenados, dejando de lado principios como el de presunción de inocencia, debido proceso y trato diferenciado. Es de aclarar que, si bien por parte de la autoridad penitenciaria estas dos formas de privación de la libertad dentro de los reclusorios del país no son concebidos dentro de un mismo régimen, tal como lo señaló la funcionaria del INPEC, las condiciones físicas de detención son las mismas que las de los condenados, incluyendo también los derechos que le asiste a la población sindicada. Ejemplo de ello es la implantación de un mismo régimen de visitas, las mismas condiciones físicas de cautiverio y demás reglas fijadas por la autoridad penitenciaria.

4.3. Más allá de los muros y las paredes

Es importante destacar que podría parecer que, en principio, incluso a los ojos de la opinión pública, la crisis del sistema penitenciario puede ser resuelta coyunturalmente con la creación de más cárceles, es decir, abriendo más cupos carcelarios, así como también con la adecuación de la precaria infraestructura física de los reclusorios, tal como lo pretenden hacer ver los distintos focos de poder político, grupos de presión y opinión pública en Colombia. Sin embargo, la problemática es más profunda y estructural

de lo que se cree. Un factor importante de la crisis actual del sistema penitenciario surge de un creciente populismo punitivo³², el cual se materializa en las múltiples modificaciones al Código Penal, haciendo entender que la única y efectiva respuesta institucional de lucha contra la delincuencia gira entorno a las medidas más represivas y aflictivas, como lo son el endurecimiento de las penas, la tipificación de nuevas conductas y la supresión de subrogados (Galán, 2012).

En concordancia con lo señalado, Meza (2019) vehementemente indica la existencia en Colombia de una aptitud punitiva en el desarrollo de los procesos de criminalización, siendo más notorio en la criminalización primaria, pues, según el autor, en la parte especial de Código solamente 32 tipos penales cuentan con una sanción punitiva consistente en multa o pena distinta a la privativa de la libertad, evidenciando que la principal respuesta político-criminal es la amenaza de la pena intramural. Esta tesis se encuentra reafirmada con el progresivo aumento de penas ejemplificadas en Leyes como la 890 de 2004, 1864 de 2017, 1453 de 2011, 1761 de 2015, 1773 de 2016, entre otras que, en esa misma línea, crearon nuevos delitos, aumentaron penas o eliminaron, restringieron y limitaron subrogados y beneficios administrativos.

En conclusión, se puede afirmar entonces que más allá de un problema de infraestructura carcelaria, de falta de cupos carcelarios o centros de reclusión, el verdadero

32 Una definición interesante del concepto es la dada por Bottoms quien es citado por LARRAURI (2006) indicando que “se refiere a cuando el uso del derecho penal por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso” (p. 15).

conflicto surge de la aplicación y puesta en marcha de una política criminal de carácter tradicional, caracterizada por ser reactiva, punitivista, populista y peligrosista³³, donde se pretende a través del ejercicio legislativo³⁴, de corte punitivo, atacar la criminalidad y la delincuencia. Políticas que tienen también una incidencia notable en la determinación de la medida de detención preventiva, pues como se señaló con antelación, la flexibilización en los estándares para decretarla, incluidos los estándares de prueba, influyen directa y proporcionalmente en la problemática del hacinamiento carcelario, pues no solo es necesario condenar al individuo para hacerlo sentir el rigor del poder punitivo, sino que a pesar de no haber demostrado su culpabilidad, de manera preliminar es necesario hacerlo padecer las condiciones de indignidad, precariedad y vulneración de derechos fundamentales, pues prima el hecho de castigar, aislar, e inocular a aquel que se presume delincuente, todo ello con el propósito de defender a una impoluta sociedad de seres “nocivos,

33 Tal aseveración es tomada de la sentencia C-233 de 2019 que en uno de sus apartados recoge: “Resulta pertinente mencionar la sentencia T-762 de 2015, en la que este Tribunal pone de presente que la política criminal en Colombia “ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad”. En consecuencia, ha contribuido en la creación de un estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario que no garantiza derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena.”

34 De acuerdo con los señalamientos de la Corte Constitucional, expresamente se puede establecer que la materialización y aplicación de la política criminal en Colombia se sintetiza a través del desarrollo legislativo, es decir que la Ley penal al ser promulgada dentro del marco de validez dado por la constitución de manera implícita direcciona y establece la política criminal colombiana, lo cual a todas luces corresponde a un modelo de respuesta criminal de corte tradicional, Ver sentencias C-034/2005, C-034/2005, C-387/2003, C-689/2002, C-936/2010, C-420/2002.

peligrosos, enfermos e irracionales” (Galán, 2012), a fin de enaltecer el “pacto social” creyendo que la amenaza, el castigo, la pena y la tortura del inhumano sistema penitenciario colombiano es la solución para reprimir, prevenir y evitar la delincuencia (Hernández, 2019), tesis que claramente se ve desvirtuada simplemente con el hecho de observar nuestra realidad actual y las crecientes cifras de criminalidad.

REFERENCIAS

- ACCATINO, D. (2019). “Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?”. En *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 39. pp. 85-102.
- ATIENZA, M. (1987). “Para una razonable definición de ‘razonable’”. En *DOXA*. 4. pp. 189-200.
- ARENAS, L. y CEREZO, A., (2016). “Realidad penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal”. En *Revista Criminalidad*. 58 (2). pp. 175-195.
- BECCARIA, C. (2012). *De los delitos y de las penas* (Estudio preliminar AGUDELO, N.) Editorial Temis, 3ª ed. Bogotá.
- CUMIZ, J. y DEI VECCHI, D. (2019). “Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional”. En *InDret*. pp. 1-47.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las américas*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/pppl/informes/pdfS/informe-pp-2013-es.pdf>
- FERRAJOLI, L. (2011). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.

- FERRER, J. (2019). "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea". En D. PAPAYANNIS y E. PEREIRA (Eds.), *Filosofía del derecho privado* (pp. 401-430). Madrid: Marcial Pons.
- FERRER, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley.
- FERRER, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRER, J., (2002). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- GALÁN, O., (2012). Constitucionalización de la política Criminal. En: *Estado y derecho en clave constitucional: Aproximaciones al fenómeno de la constitucionalización en el marco de la carta Jurídico-política de 1991* (pp. 105-216). Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- GASCÓN, M. (2010). *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Grupo de Prisiones, Universidad de los Andes. (2019). "Informe de Derechos Humanos del Sistema Penitenciario en Colombia (2017-2018)". En *Boletín del Grupo de Prisiones* n.º 5.
- HAACK, S. (2014). *Evidence matters: science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press.
- HERNÁNDEZ, J. (2019). *¿Puede un espejo resolver la crisis carcelaria?*. Dejusticia, Disponible en: <https://www.dejusticia.org/puede-un-espejo-resolver-la-crisis-carcelaria/>.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC (2020). *Informe Estadístico Febrero 2020*. Disponible en: <file:///D:/Downloads/INFORME%20ESTADISTICO%20FEBRERO%20.pdf>.

- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC (2019). *Informe estadístico Enero 2019*. Disponible en: https://www.inpec.gov.co/estadisticas/informes-y-boletines/-/document_library/6SjHVBGRIPOM/view_file/767959.
- LARRAURI, E. (2006). “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”. En *Jueces para la democracia*. 55, pp. 15-22.
- LIFANTE, I. (2020). “Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las pautas de conducta y diligencia en el Derecho”. En M.P. GARCÍA RUBIO, J.J. MORESO (Eds.), *Conceptos multidimensionales del derecho*. Madrid: Reus, pp. 565-582.
- MATIDA, J. (2016). “Presunciones: entre compromisos epistémicos y asimetrías institucionales”. En R. VILLANUEVA, B. MARCIANI, P. LASTRES (Eds.), *Ensayos sobre prueba, argumentación y justicia*, pp. 83-110. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- MEZA, S. (2019). “Una mirada al panorama punitivo colombiano. Analizando factores que determinan la severidad del poder punitivo”. En *Revista Criminalidad*. 61(2). pp. 161-174.
- MORESO, J.J (2019). “La incorporación de la moral en el razonamiento judicial”. En M. VIAL-DUMAS, D. MARTÍNEZ (Eds.), *Pensando el juez*, pp. 95-112. Madrid: Marcial Pons.
- MORESO, J.J. (2004). “El positivismo jurídico y la aplicación del derecho”. En *DOXA*. 27. p. 45-62.
- NIEVA, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid. Marcial Pons.
- PAPAYANNIS, D. (2020). “Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia”. En *Réplica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. 1(1). pp. 9-38.

REALE, M. (2016). "Situación actual de la teoría tridimensional del derecho". En *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 50, pp. 201-219.

TARUFFO, M. (2008). *La prueba*. Madrid. Marcial Pons.

VALENZUELA, J. (2018). "Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva". En *Política Criminal*. 13(26). pp. 836-857.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Corte Constitucional, Sala tercera de revisión. (28 de abril de 1998) Sentencia T- 153. [M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

Corte Constitucional, Sala séptima de revisión. (10 de agosto de 2005) Sentencia T-827. [M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-827-05.htm>

Corte Constitucional, Sala primera de revisión. (28 de junio de 2013). Sentencia T-388. [M.P.: María Victoria Calle Correa]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>.

Corte Constitucional, Sala quinta de revisión. (16 de diciembre de 2015) Sentencia T-762. [M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

Corte Constitucional, Sala plena. (31 de agosto de 2016) Sentencia C-469. [M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva]. Disponible en: <https://>

www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-469-16.htm.

Corte Constitucional, Sala plena, (29 de mayo de 2019) Sentencia C-233. [M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-233-19.htm>.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. (24 de julio de 2017) Sentencia SP10944. [M.P.: Eugenio Fernández]. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/SP10944-2017\(47850\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/SP10944-2017(47850).pdf)

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. (11 de diciembre de 2018) Sentencia SP5660. [M.P.: Patricia Salazar Cuellar]. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/SP5660-2018\(52311\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/SP5660-2018(52311).pdf)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. (20 de marzo de 2019) Sentencia SP-922. [M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa]. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2019/06/05/error-de-tipo/>

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2004) Caso Lori Berenson Mejía vs Perú, serie C-119, [M.P.: Cecilia Medina Quiroga]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia Peruana, Sala plenaria casatoria. (24 de octubre de 2017) Sentencia 1-2017/CIJ-433. [M.P.: César José Hinostroza]. Disponible en: http://perso.unifr.ch/de-rechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20171208_01.pdf

Normas jurídicas nacionales

Congreso de la República. Ley 65. *Diario Oficial*. Año cxxix. n.º 40999. 20, agosto, 1993, p. 1. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1617070>.

Congreso de la Republica (1 de septiembre de 2004). Código de procedimiento penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Normas jurídicas internacionales

Organización de Naciones Unidas (ONU) (1966). *“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”* Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

Presidencia de la República. (22 de julio de 2004). Código procesal penal. [Decreto legislativo 957 de 2004]. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/77a924804e7d8bb38ff6ff2670ef9145/dl+957.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=77a924804e7d8bb38ff6ff2670ef9145#:~:text=Toda%20persona%20imputada%20de%20la,sentencia%20firme%20debidamente%20motivada>.

New York State (20 de mayo de 1970). *New York Criminal Procedure Law*. Disponible en: <http://ypdcrime.com/cpl/>

MASCULINIDADES, VIOLENCIAS Y CÁRCEL: ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE EL PAPEL DEL SISTEMA CARCELARIO COLOMBIANO EN LA REPRODUCCIÓN DE MASCULINIDADES VIOLENTAS

LUIS ALBERTO MELO PORRAS*

Resumen: El propósito principal de este artículo es analizar la manera en que el sistema carcelario en Colombia promueve la formación de masculinidades violentas, incompatibles con la resocialización. Para este estudio se elaboró un análisis cualitativo de bibliografía y de entrevistas semiestructuradas que fueron realizadas a privados de la libertad y funcionarios del INPEC. El trabajo concluye que las circunstancias estructurales de la cárcel producen identidades masculinas, violentas, rudas, agresivas, inexpressivas, homofóbicas y misóginas que contradicen la función resocializadora de la cárcel. Se resalta la necesidad de implementar una política criminal con enfoque de género

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Fue monitor y miembro de la línea de investigación del Centro de Investigación en Política Criminal, donde realizó su trabajo de grado, titulado *Masculinidades, Violencia y Cárcel: un estudio criminológico sobre la violencia masculina y la política criminal colombiana desde una perspectiva de género*, el cual constituyó el insumo principal para la realización del presente artículo.

que reconozca los efectos de las violencias instituciones en las identidades de los privados de la libertad.

Palabras clave: Resocialización; Violencia; Masculinidades; Cárcel; Política criminal.

MASCULINITIES, VIOLENCE, AND PRISON: A CRITICAL
ANALYSIS ABOUT THE ROLE OF THE COLOMBIAN
PENITENTIARY SYSTEM IN THE REPRODUCTION
OF VIOLENT MASCULINITIES

Abstract: The main purpose of this article is to analyze how the Colombian penitentiary system promotes violent masculinities, incompatible with resocialization. For this study, a qualitative analysis of bibliography and semi-structured interviews with inmates and INPEC officials was carried out. It is concluded that the structural circumstances of prison produce masculine, violent, rude, aggressive, inexpressive, homophobic, and misogynist identities, which contradict the resocializing function of prison. Finally, the need to implement a criminal policy with a gender focus that recognizes the effects of institutional violence on the identities of those deprived of liberty is highlighted.

Keywords: Resocialization; Violence; Masculinities; Prison; Criminal policy.

INTRODUCCIÓN

La cárcel ha sido la medida preferida por los operadores de la política criminal en Colombia (Iturralde y Ariza, 2011, p. 20). El uso excesivo de esta medida como respuesta al crimen ha provocado una situación insostenible reflejada en los dos estados de cosas inconstitucionales carcelarios y penitenciarios declarados por la Corte Constitucional

(Corte Constitucional, 1998; 2013). Dentro de esta crisis se encuentran circunstancias de hacinamiento, insalubridad, indignidad, deficiente alimentación, violencia, tratos inhumanos, torturas, discriminación, entre tantos vejámenes que sufren las personas privadas de la libertad (Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013, 2018).

Frente a este lamentable panorama, el presente artículo busca criticar la función resocializadora de esta institución predominantemente violenta, al analizar la manera en que el sistema carcelario colombiano promueve masculinidades violentas en los hombres privados de la libertad. Hombres, inexpresivos, violentos, y machistas, que se encuentran en una grave situación de marginalidad, y que cada día que pasan en prisión se alejan más de la sociedad.

El estudio propuesto está estructurado de la siguiente manera: primero se identificarán las violencias directas, estructurales y culturales presentes en el sistema carcelario colombiano. Luego se estudiará la forma en que las cárceles colombianas promueven masculinidades violentas. Para este efecto, se realizaron entrevistas semiestructuradas a dos hombres que estuvieron privados de la libertad en la cárcel La Picota, ubicada en la ciudad de Bogotá, y a dos funcionarios del INPEC con experiencia en cárceles como La Modelo, ubicada también en Bogotá.

En las entrevistas se indagó sobre la cotidianidad de la cárcel, las violencias presentes en esta institución y las concepciones alrededor de la masculinidad. Además, se recogieron varios artículos académicos relacionados con las masculinidades en cárceles colombianas para así dar una visión más amplia sobre el tipo de identidades masculinas que está promoviendo el sistema carcelario colombiano. Por último, se criticará la función resocializadora del

sistema carcelario en Colombia mostrando sus principales falencias y obstáculos.

Con este artículo se busca llamar la atención sobre la necesidad de articular un enfoque de género a la política carcelaria en Colombia que comprenda la manera en que las identidades pueden ser afectadas por las condiciones estructurales de la cárcel. Desde la perspectiva de este trabajo, es crucial que se identifiquen las violencias presentes en las instituciones carcelarias, se eliminen y se promuevan nuevas formas de ser hombre a través de un verdadero proceso de resocialización.

LA CÁRCEL EN COLOMBIA COMO MÁQUINA DE VIOLENCIAS, DIRECTAS, ESTRUCTURALES Y CULTURALES

El filósofo Johan Galtung ha sido uno de los principales doctrinantes alrededor del fenómeno de la violencia. Sus desarrollos han cambiado la forma en que la violencia es concebida, permitiendo identificarla donde antes resultaba imposible hacerlo. Desde su punto de vista, hay violencia cuando las circunstancias presentes de alguien son llevadas o mantenidas por debajo de las potenciales circunstancias (Galtung, 1969).

Con base en esta definición, Johan Galtung propone tres manifestaciones de la violencia: (i) la violencia directa; (ii) la violencia estructural o indirecta y (iii) la violencia cultural. A continuación, explicaré brevemente en qué consisten cada una de estas formas de violencia, para luego relacionarlas con la situación del sistema carcelario en Colombia.

(i) La violencia directa es intencional, tiene a un individuo que la ejerce y es expresada por medios físicos que lastiman el cuerpo o la mente, ubicando las realizaciones

somáticas por debajo de las potenciales realizaciones (Galtung, 1969, p. 170). Este tipo de violencia es entendida por el filósofo esloveno Slavoj Žižek como una violencia subjetiva la cual se caracteriza principalmente por la identificación del sujeto que la inflige y su naturaleza inequívoca (Žižek, 2008, p. 1).

(ii) La violencia estructural, también llamada indirecta, se manifiesta en estructuras inequitativas de poder y de riqueza. Se trata de estructuras basadas en una lógica de posiciones donde cada quién recibe un beneficio de acuerdo con su rango en la estructura (Galtung, 1969). Esta violencia también es llamada como violencia sistémica, la cual en vez de implicar una disrupción abrupta de la normalidad es “inherente al estado normal de las cosas”¹ (Žižek, 2008, p. 2).

Según Žižek, esta violencia hace parte del grupo de la violencia objetiva, la cual no cuenta con un perpetrador específico o una víctima unívoca. Además, de acuerdo con el criterio del filósofo esloveno, esta forma de analizar la violencia permite comprender las razones subyacentes de las insurrecciones populares (2008, pp. 9-11). Así, en consonancia con lo expuesto, cuando bienes como la educación, la salud y la comida son distribuidos de forma inequitativa, permitiendo que personas pasen hambre y necesidades, existe violencia sistémica o estructural.

(iii) La violencia cultural consiste en aquellos aspectos de la cultura que son usados para legitimar directa o indirectamente la violencia estructural o la violencia directa. Este tipo de violencia cumple el rol de disfrazar como inofensivas o inexistentes a las violencias directas e indirectas (Galtung, 1990, p. 291). La violencia cultural,

1 Traducción propia.

invisibiliza problemáticas reales por medio de la conquista de lo ideológico. Esta forma cultural de la violencia cumple su objetivo al *naturalizar* la represión (1990, p. 295).

Esta noción de violencia cultural se asemeja al concepto de violencia simbólica de Bourdieu. Desde su perspectiva, una de las consecuencias principales de esta violencia es *“la transfiguración de las relaciones de dominación y de sumisión en relaciones afectivas, en la transformación del poder en carisma o en el encanto adecuado para suscitar una fascinación afectiva”* (Bourdieu, 1997, p. 172). De este modo, la similitud entre la violencia cultural y simbólica radica en su capacidad para esconder otros tipos de violencia a través de discursos de carácter ideológico.

Ya explicados los conceptos de la violencia, directa, estructural y cultural, es preciso proceder a su identificación en el sistema carcelario en Colombia. En esta próxima sección se darán algunos ejemplos de estas violencias dentro de las cárceles colombianas con el fin de mostrar el nocivo entorno en el que se encuentran los hombres privados de la libertad.

LA VIOLENCIA DIRECTA EN LAS CÁRCELES COLOMBIANAS

La situación de los privados de la libertad en Colombia es inferior a las expectativas mínimas de dignidad humana (Gutiérrez, 2018, p. 238). El hacinamiento, las deplorables instalaciones de las prisiones y el precario acceso a servicios de salud son factores que ponen en riesgo real la integridad de los internos (Iturralde & Ariza, 2019) la cual ha empeorado con la llegada de la pandemia del Covid-19.

En este contexto de privación e incertidumbre se han generado focos de violencia como los del motín de la cárcel Modelo, el cual tuvo lugar el 21 de marzo de 2020, y dejó

23 internos muertos y 83 heridos (BBC, 2020). Esta situación de inestabilidad confirma la idea de que la cárcel se mueve en un “ritmo cíclico del orden al desorden, y del desorden al orden” ²(Sykes, 1958, p. 110).

La violencia directa sobre los privados de la libertad también se refleja en la manera en la que son utilizadas las Unidades de Tratamiento Especial (UTE). Estas unidades son espacios de la cárcel utilizados para aislar a los privados de la libertad que tienen comportamientos retadores, agresivos, irrespetuosos y peligrosos; que son utilizadas como una forma de control y de estabilización de los privados de la libertad que no van con el orden carcelario. Las condiciones de poca salubridad, seguridad y atención psicológica hacen que la sola reclusión en estas unidades pueda ser considerada como un trato inhumano (Gutiérrez & Santos, 2016).

Los guardias abusan de su poder lastimando física y psicológicamente a las personas privadas de la libertad que van a estas unidades. La muerte de dos internos por falta de atención médica en la UTE del Complejo Penitenciario de Cúcuta y la muerte de un hombre trans por tortura del personal del INPEC en la UTE del Complejo Penitenciario y Carcelario de Jamundí constituyen sólo algunos de los ejemplos de esta implacable violencia (Iturralde & Ariza, 2019, p. 19).

La población LGTBI es uno de los grupos más afectados dentro de la cárcel. Esta población es objeto de una doble violencia directa: (i) institucional y (ii) por parte de los mismos privados de la libertad. La violencia directa institucional se manifiesta en los tratos crueles e inhumanos que los guardias infligen hacia algunos internos por el

2 Traducción propia.

solo hecho de pertenecer a la comunidad LGTBI (Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013, 2018).

La violencia directa por parte de los privados de la libertad (con aquiescencia de los guardias) se expresa en las ofensas y lesiones provocadas a aquellos que sean homosexuales (Pedraza, 2019, p. 144). Asimismo, la violencia sexual es una constante de los espacios carcelarios que tiene un efecto simbólico al victimizar a través de la feminización (Caballero et al, 2010, p. 46).

Por último, es necesario señalar que la amenaza de todas estas violencias, sufrimientos, y precariedades tiene un fuerte efecto en la salud mental de los privados de la libertad. De una muestra de 150 internos de la cárcel modelo, 30 aseguraron haber tenido problemas con la depresión. Por ejemplo, en 2019, cinco internos de esta cárcel se quitaron la vida (Iturralde & Ariza, 2019, p. 20). En este sentido, la violencia directa que se inflige a los presos no es solo física sino también mental.

LA VIOLENCIA ESTRUCTURAL EN LAS CÁRCELES COLOMBIANAS

La violencia estructural está intrínsecamente relacionada con la visión del sistema penal como institución selectiva (Mathiesen, 2006). En Colombia los pobres son el principal objetivo de la cárcel (Iturralde & Ariza, 2011, p. 145). Frente a los fenómenos de desigualdad económica, el Estado ha respondido con el uso de la cárcel, dejando de lado la implementación de políticas sociales (2011, p. 13). En Colombia las mujeres son uno de los grupos más afectados por esta violencia estructural. Según expone Moncayo (2016, p. 175), desde antes de entrar a la cárcel algunas mujeres ya se encuentran en una situación de

marginalidad, económica, política y social, que las lleva a cometer delitos relacionados con el narcotráfico.

Así, cuando estas entran a la cárcel, las circunstancias de vulnerabilidad que traían consigo se ven intensificadas (CIRC, 2018, p. 139). La cárcel les ofrece la realización de actividades que además de reforzar estereotipos de género, poco les aportan para su vida en libertad, como los cursos de manualidades y de confección (Bello, 2013, p. 97) y, como si fuera poco, luego de quedar libres, el estigma de haber cometido un crimen las acompaña y dificulta mucho más su reinserción laboral.

Otro ejemplo claro de la desigualdad estructural que representa la cárcel como institución son los niveles de escolaridad de la población privada de la libertad. El 33,1% de la población penitenciaria apenas alcanzó a estudiar la primaria, y solo el 3,3% de la población hizo estudios de educación superior (INPEC, 2021, p. 40). En consonancia con este hecho, el segundo delito por el que se encuentran más personas privadas de la libertad en Colombia es el hurto, el cual representa el 13.6% de todas las personas privadas de la libertad en Colombia (INPEC, 2021, p. 47).

En ese sentido, se puede afirmar que la política criminal se ha concentrado en encerrar a personas vulnerables en condición de pobreza y sin posibilidades de movilidad social, principalmente por delitos contra el patrimonio económico que no representan graves peligros. Esta dinámica criminal representa una problemática social que es reproducida por las instituciones penitenciarias dado su fallido sistema de resocialización (Hernández, 2018).

La persona que sale de la cárcel ha perdido sus conexiones sociales, familiares, laborales y sentimentales. Quien cumple su condena sufre un considerable deterioro en sus finanzas por los gastos extraoficiales que exige la cárcel. El que sale de la cárcel vuelve a una sociedad que

lo rechaza, lo estigmatiza y no cree en su reforma. Esta situación deja la puerta abierta a la reincidencia, y permite que las personas de bajos recursos encuentren en la cárcel una institución familiar.

En la prisión cosas tan básicas como jabones, cepillos o crema dental son deficientemente suministradas por el Estado, quedando estas necesidades a cargo de los mismos privados de la libertad (Comisión de seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T- 388 de 2013, 2020, p. 48). La gran mayoría de los privados de la libertad en Colombia viven circunstancias inhumanas, como el consumo de alimentos podridos, falta de medicamentos básicos y de servicios esenciales como el agua y la electricidad (Comisión de seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T- 388 de 2013, 2020).

En este contexto, los que cuentan con dinero pueden tener comodidades, pero los que no se ven obligados a ceder sus derechos más básicos. Esta situación no solo afecta gravemente los derechos humanos, sino que también puede mermar la legitimidad de las instituciones estatales.

LA VIOLENCIA CULTURAL EN LAS CÁRCELES DE COLOMBIA

La violencia cultural es una de las manifestaciones de la violencia más interesantes ya que se concentra en las ideas y nociones que normalizan otras formas de violencia como la directa o la estructural. Por esta razón, es necesario que, al analizar la violencia en la cárcel, no sólo se observe la desigualdad y el sufrimiento físico o mental que puedan causar las condiciones de la cárcel, sino también los fenómenos culturales que se desarrollan alrededor de esta, los cuales permiten el mantenimiento de estas violencias (Galtung, 1990, p. 291).

A continuación, se expondrán los principales focos de violencia cultural en las cárceles, focos que promueven la exclusión y sufrimiento de las personas privadas de la libertad. Alrededor del sistema carcelario en Colombia se pueden identificar varias formas de violencia cultural: (i) cultura punitiva y de violencia, (ii) cultura machista (misoginia y homofobia).

(i) La cultura punitiva y de violencia es un problema que Colombia lleva cargando desde mucho tiempo. La violencia ha acompañado a este país desde las confrontaciones partidistas, el conflicto armado y el narcotráfico. Con el consecuente desorden e inestabilidad del Estado han surgido instituciones penales autoritarias que sobreponen el orden por encima de los derechos humanos (Barrera, 2013). Se ha construido toda una cultura del castigo la cual se ha visto incentivada por el miedo de la sociedad colombiana. La normalidad ha sido la suspensión de los derechos en pro de la estabilidad estatal, y la cárcel ha sido una de las manifestaciones más claras de esta estrategia.

(ii) Por otro lado, el machismo es una lógica inherente a la forma en que funciona la institución penitenciaria (Restrepo & Francés, 2016). En este trabajo se identifican dos manifestaciones de esta cultura: (i) el sexismo o misoginia y (ii) la homofobia. El sexismo se da de forma institucional, es decir, a nivel de las entidades del Estado. En la cárcel, por la poca educación que hay respecto a un enfoque de género, se siguen reforzando estereotipos que afectan a las mujeres.

Por ejemplo, los trabajos de las mujeres en la cárcel solo corresponden a artesanías, a lavar, a coser, y no se les permite acceder a oportunidades laborales de diferente índole (Bello, 2013). De esta forma se promueve una violencia estructural hacia las mujeres, dentro y fuera de la cárcel, ya que no se pueden formar laboralmente de manera

que aseguren una estabilidad económica. Esa distinción frente a las mujeres, fundamentada en una división sexual del trabajo tradicional, las sigue relegando a un espacio cerrado dentro del mercado laboral desconociendo sus condiciones especiales de vulnerabilidad.

La homofobia y la transfobia constituyen otro foco de violencia cultural en las prisiones colombianas. Los homosexuales y las personas trans son vistos como seres anormales y hasta criminales (Bustamante, 2013). Esta discriminación se hace visible en la violencia física y psicológica hacia las personas con orientaciones sexuales no normativas. Las personas de la población LGTBI sufren vejámenes por el Estado y por parte de los internos; su no conformidad con lo heteronormativo es vista como la justificación perfecta para lesionarlos, matarlos y discriminarlos (Caballero *et al.*, 2010). Estos terminan, por tanto, sufriendo una doble condena justificada por los prejuicios sociales.

INTRODUCCIÓN CONCEPTUAL DE LAS MASCULINIDADES

Para estudiar si el sistema carcelario colombiano promueve masculinidades violentas, primero es necesario aclarar el marco teórico de este concepto. Las masculinidades surgieron en el marco de los estudios de género impulsados por los movimientos feministas. El antecedente teórico de las masculinidades fue el género, el cual, desde la perspectiva de Judith Butler, se expresa y se materializa en muchas ocasiones por medio del cuerpo, como agente activo, que se desarrolla a través del *performance* cotidiano, el cual tiene como efecto último la edificación de identidades (Butler, 1999, p. 9). En ese mismo sentido, Connell (2005, p. 71) señaló que lo importante para el análisis o estudio de género es la práctica desplegada por el individuo más que su condición genética o física. Así, para comprender

el comportamiento de los hombres y sus costumbres se acudió a la figura de las masculinidades.

La masculinidad debe estudiarse como un proceso dentro de las relaciones de género que recoge las ideas alrededor de lo que significa ser hombre. La formación de la masculinidad se da desde la práctica, desde el *performance* referido por Butler (1999), lo cual implica una construcción cotidiana a través de la interacción con otros. En concordancia con lo anterior, las masculinidades no son un monolito determinado exclusivamente por los contextos sociales, sino que también varían dependiendo de la experiencia personal del individuo.

Sin embargo, esto no impide que existan estándares normativos que influyeran considerablemente las nociones sobre lo masculino. En este sentido, Connell (2005) ha propuesto la existencia de *masculinidades hegemónicas*, las cuales implican una configuración de la práctica de género, que incorpora un modelo ideal de ser hombre. Este concepto o este estándar es históricamente cambiante y depende de factores sociales, culturales y económicos (Connell, 2005; Connell & Messerschmidt, 2005).

Así, se puede decir que el hombre es producto más que de su propia naturaleza biológica, de los momentos que lo rodean, de sus circunstancias y de los acontecimientos que lo afectan (Coltrane, 1994). De esta forma, en el mismo sentido de Connell (2005), la construcción de la identidad masculina, a pesar de que es moldeada por las decisiones del día a día de la persona (Butler, 1999), se encuentra influenciada por las estructuras de género y por los estadios culturales que representan formas correctas de ser hombre o de ser mujer.

Este artículo entiende que las identidades de los hombres son afectadas tanto por sus experiencias personales como por el contexto en el que se encuentran. Por esta

razón se adopta la visión de Sykes (1958), en cuanto se ve la cárcel como un entorno que inflige distintas formas de dolor que afectan la personalidad de los hombres privados de la libertad. La entrada a la cárcel implica un reto gigante para las masculinidades de los hombres. Su sentido de identidad se replantea al perder la mayoría de sus fuentes de hombría. Se pierden las posesiones, las relaciones sexuales heterosexuales, la autonomía, la independencia y la seguridad (Sykes, 1958).

La prisión implica, en ese sentido, un catalizador de crisis identitarias. El hombre pierde su masculinidad al ser encerrado, es emasculado, y necesita por esto volver a construir su sentido de virilidad (Sykes, 1958, p. 77). Este proceso de reconstrucción de la masculinidad ha sido entendido como un proceso de adaptación a las condiciones de la cárcel las cuales se han convertido en espacios de ansiedad y temor causados por el riesgo permanente de victimización (Jewkes, 2005; Evans & Wallace, 2008; Bandyopadhyay, 2006).

En estos contextos de constante peligro se acondiciona la masculinidad para evitar el sufrimiento de abusos por parte de otros internos. Esto implica tener que mostrar fortaleza y habilidad para el enfrentamiento para proyectar una identidad que impida la dominación (Sykes, 1958, p. 77). Así las cosas, sobre esta plataforma teórica, se entrará a analizar cómo las circunstancias de algunas instituciones carcelarias en Colombia afectan las identidades de los hombres privados de la libertad.

MASCULINIDADES Y VIOLENCIAS EN ALGUNAS CÁRCELES COLOMBIANAS

Frente a la recurrente violencia en las cárceles surge la siguiente pregunta: ¿Qué tipo de identidades están siendo

formadas en una institución que es primordialmente violenta? El propósito de esta sección es responder a este cuestionamiento. Para esto se analizaron entrevistas semiestructuradas realizadas a hombres que estuvieron privados de la libertad en la Cárcel La Picota y a funcionarios del INPEC que trabajaron en cárceles como La Modelo.

Estas entrevistas se realizaron de forma virtual en el mes de junio de 2020. Su contenido va a ser desarrollado a continuación, con base en 4 temáticas comunes sobre las que se indagó: (i) jerarquías, supervivencia y violencia; (ii) desigualdad, supervivencia y violencia directa; (iii) la jerarquización de las masculinidades; (iv) la violencia cultural: prejuicios y homofobia.

JERARQUÍAS, SUPERVIVENCIA Y VIOLENCIA

El contexto de crisis carcelaria en Colombia ha generado órdenes alternos por parte de los privados de la libertad (Fajardo, 2011). Así, los que en realidad terminan mandando dentro de la cárcel son algunos internos poderosos económicamente llamados “*plumas*”. Ellos son percibidos como representantes de una masculinidad hegemónica por su forma de manejar conflictos, por su poder y por su solidaridad (2011, p. 361). La proliferación de estos jefes se explica por la falta de control estatal sobre las estructuras carcelarias. La insuficiente proporción entre el número de guardias y privados de la libertad hace físicamente imposible una administración funcional de los conflictos carcelarios.

Esta circunstancia fue confirmada con la entrevista a un suboficial retirado del INPEC, con más de 25 años de experiencia en cárceles como La Modelo y La Picota, en Bogotá. Según afirma el suboficial, la colaboración entre funcionarios y los “*plumas*” es necesaria para sostener

el orden carcelario, ya que la institucionalidad no es suficiente:

El control es muy difícil, pero sería imposible si no se tuviera la estructura al interior del patio. La persona que a usted le diga, yo manejo un patio, o yo como director manejo una cárcel sin los “plumas”, le está diciendo mentiras. Puede haber cárceles en donde no se les dé el reconocimiento que se les da en otras, pero en todas las cárceles funciona el tema de los “plumas” (entrevista n.º 1, suboficial retirado, junio 3 de 2020).

La estabilidad en la cárcel se logra a través de la cooperación entre funcionario y jefe criminal. A pesar de esto, dicha estabilidad no tiene mucha solidez o vocación de permanencia. Las fricciones que se generan entre grupos que no están al mando dentro de los patios, con los que los dirigen, pueden llevar a verdaderas disputas violentas por la obtención del poder y el dominio económico de la cárcel:

Los grupos pequeños dentro del patio no pueden estar de acuerdo con las políticas de quien está manejando el patio, o si pueden estar. Pero en un momento dado, ya cuando la situación sea grande, por ejemplo, como el motín que acudió hace un mes, todas estas sociedades pequeñas sin importar su ideología van a apoyar el grueso del grupo. Se presenta mucha riña o disputa por el poder (...) (entrevista n.º 1, suboficial retirado, junio 3 de 2020).

Desde este punto de vista, la violencia dentro de la cárcel aparece como una forma de control del poder y de distribución del dominio carcelario. Se puede obtener estabilidad con el control parcial otorgado a las organizaciones criminales, pero esta estabilidad se encuentra sujeta a las dinámicas de otros grupos y su ambición por la jefatura del patio (Giraldo & Solano, 2016, p. 208). Cuando los grupos

que quieren el poder deciden obtenerlo, pueden aprovechar circunstancias como los motines para reordenar las jerarquías carcelarias y amoldarlas a su manera. De esta manera, el Estado parece ser un simple espectador que delega el orden de la cárcel a estructuras criminales.

DESIGUALDAD, SUPERVIVENCIA Y VIOLENCIA DIRECTA

En la cárcel la violencia funciona como medio preventivo de la victimización y como construcción de una identidad respetable en un entorno caótico (Bello, 2013, pp. 104-105). Así lo afirma uno de los hombres que estuvo privado de la libertad en la cárcel La Picota. Él expone que cuando se entra a la cárcel, la persona que no tiene medios económicos es la más perjudicada y vulnerable. Desde su experiencia personal, cuenta cómo la primera vez que entró a la cárcel sintió la inminente amenaza de ser lesionado o robado:

(...) hay que defenderse, porque te quieren quitar lo que traes, (...) te quieren quitar los zapatos, los tenis, relojes, ahí hay que defenderlos porque te van a chuzar o te van a joder.

(...) si usted es una persona que afuera era calmada, ahí olvídense de eso, ahí empieza a ser otro tipo de actor, de otro rol, tiene que hacer de otro rol, porque ahí pierde si va a ser el rol de pacifista (entrevista n.º 3, Pedro, junio 10 de 2020).

Así, el hombre que no cuenta con influencias políticas o económicas tiene que utilizar su cuerpo y sus expresiones para intimidar al otro y evitar ser victimizado. El hombre sin recursos económicos no cuenta con garantías con relación a su integridad física. En cambio, como muestra Fajardo (2011, pp. 355-356), cuando la persona tiene influencia y dinero puede protegerse al realizar favores a otros privados de la libertad.

La desatención de la cárcel hacia el que no cuenta con medios económicos lleva a la utilización de violencias directas, como demostraciones físicas de fuerza, para no caer víctima de otros privados de la libertad. Así, la idea es proyectar una imagen intimidatoria, fuerte, pétrea e hipermasculina:

(...) no es como aquí afuera, aquí no se vive de publicidad (...) hay que pararse. ¿Sí? En término coloquial sería hay que pararse, pero en el momento que se para ya sabe a qué tiene que pararse (...) hay que pararse y de una vez ir a chocar, si no lo hace perdió porque ya de ahí para allá que usted es solamente palabra. En el momento de que se deje ver la curva, perdió (entrevista n.º 3, Pedro, junio 10 de 2020).

Dentro de ese choque uno trata de sobrevivir. Va generando uno que lo otros digan, bueno con él hay que saberlo manejar, no se vaya a meter con él. Déjenlo más bien, él no se mete con nadie no se meta con él. Así va a generando esa información y eso ayuda (entrevista n.º 3, Pedro, junio 10 de 2020).

La poca seguridad dentro de la cárcel es un caldo de cultivo que lleva a los hombres que no se encuentran en posiciones de poder a construir su identidad a través de la fuerza física como una forma de protección. Se trata de un espacio donde rige la ley del más fuerte (Fajardo, 2011, p. 378), donde no se busca más sino controlar, dominar, manejar y administrar. No hay una formación en la vida social, sino en una vida de ansiedad y violencia (Mejía & Ramírez, 2020, p. 11). Esta preocupante situación de incertidumbre afecta muchos ámbitos de la vida del privado de la libertad, como por ejemplo el sueño:

Uno se acostumbra a tener el sueño liviano, un sueño alerta. No solamente por la violencia sexual, sino también porque

te van a chuzar. Por algo, un conflicto que haya surgido durante el transcurso del día, te las cobran porque te las cobran, todo se arregla, si es que se llama arreglar, en el momento (entrevista n.º 3, Pedro, junio 10 de 2020).

No hay confianza, y como bien exponen Restrepo y Francés (2016), la inseguridad de la cárcel rompe con los lazos de solidaridad entre los privados de la libertad hasta el punto en que no pueden dormir tranquilamente por el temor a ser lastimados, robados o violentados sexualmente. Otro de los privados de la libertad con los que se conversó, el cual será llamado Carlos, identificó el hacinamiento y la poca salubridad de las instalaciones en la cárcel Picota como un factor importante en la provocación de violencias.

Él refirió que cuando las personas se encierran en un entorno donde “cada espacio tiene su dueño” y donde hay mucha suciedad y privación se pueden fomentar hombres “bravos”. Esta expresión se refiere, de lo que se pudo extractar de la entrevista, a una identidad masculina susceptible, paranoica, y vigilante, que responde con la violencia ante cualquier perturbación de la tranquilidad.

De conformidad con lo que declara Carlos, el hombre dentro de la cárcel La Picota, está en un lugar delimitado por los estrechos espacios de las celdas y las malas condiciones de salubridad que se encuentran dentro del establecimiento penitenciario. Esta situación de hacinamiento y convivencia indigna, que es reflejo de violencias estructurales hacia las clases más bajas, lejos de formar vínculos de confianza y solidaridad, construye hombres preocupados por su propia supervivencia y por el cuidado de su posición dentro de la cárcel.

LA JERARQUIZACIÓN DE MASCULINIDADES

En las cárceles colombianas es común ver un trato diferenciado dependiendo del tipo de delito cometido. El señor Pedro constató que las personas sindicadas o condenadas por delitos sexuales son siempre los más victimizados y señalados:

(...) el que tiene el rótulo de “violo”, doctor, perdió, si está en un patio que no es de “violos”, perdió. Ahí lo tienen que sacar en el momento en que se sepa. Porque le llega lo peor (...) salen molidos (entrevista n.º 3, Pedro, junio 10 de 2020).

Hay un gran estigma frente a este tipo de delitos, sin importar si la persona entra como sindicada o condenada. El hombre más despreciable dentro de la cárcel es el que ataca a mujeres y niños, porque sus víctimas son las personas más vulnerables (Fajardo, 2011; Michalski, 2017). La persona que entra a la cárcel no cuenta con una garantía de reserva de los delitos por los que es investigada o por los que fue condenada, y esto pone en grave peligro su integridad y hasta su vida.

Sin embargo, la persona que es considerada como violadora dentro de la cárcel puede evitar sufrir las consecuencias de su crimen, a través de la capacidad económica:

Pero hay unos “violos” que tienen cuello blanco, dicen: es un “violo”, pero es de cuello blanco, no lo pueden tocar porque ustedes todos sufren (entrevista n.º 3, Pedro, junio 10 de 2020).

En este sentido, la cárcel La Picota funciona como una institución que reproduce violencias estructurales que afectan la integridad física de las personas que entran. Por lo que el hombre más afectado no es simplemente el

que entró a la cárcel por violador, sino el pobre que es sindicado o fue condenado por este delito. La persona que cuenta con medios económicos puede estar tranquila con relación a su integridad física, mientras que el pobre no tiene más garantía que su cuerpo.

Por otro lado, el respeto en la cárcel se gana no solo por los delitos cometidos en sí mismos, sino también por la carrera dentro de las organizaciones criminales. Una funcionaria del INPEC que trabaja en la cárcel Modelo señala que la experiencia fuera de la cárcel es un factor importante en la construcción de la vida dentro de la cárcel:

(...) por ejemplo, respecto del paramilitarismo, de acuerdo con el rango en la calle era el rango en la cárcel. Es una jerarquía casi militar (entrevista n.º 2, funcionaria INPEC, junio 3 de 2020).

Los órdenes de la cárcel y las actitudes que se desarrollan dentro de esta se encuentran fuertemente influenciados por las dinámicas de la calle. Y es que las organizaciones criminales toman tal fuerza que mantienen control tanto en la cárcel como en el mundo exterior. En este sentido, Bello (2013) analiza las masculinidades de aquellos hombres de clase baja que son normalmente criminalizados, y muestra de qué manera la cultura juvenil de pandillas ha formado ideales sobre las masculinidades basados en conductas agresivas, violentas y riesgosas.

La calle, violenta e insegura, se convierte en una plataforma para probar la masculinidad. Estas pruebas “se ejecutan a través de atracos, enfrentamientos con la policía, riñas con otros parches, uso de armas, consumo de drogas, ‘conquistas’ sexuales y asesinatos” (Bello, 2013, p. 44). Este hallazgo es importante porque muestra cómo, en algunos casos, la violencia ya hace parte de la vida de los hombres

antes de entrar a la cárcel. Estas masculinidades se forjan dentro de espacios hostiles como los sectores urbanos vulnerables y subculturas criminales. Es importante tomar esta situación en cuenta para comprender que el cambio no es sólo en las cárceles sino también en la sociedad libre.

El hombre que entra a la cárcel es respetable en cuanto demuestre valentía y proeza (Michalski, 2017, p. 45). En algunas ocasiones, las marcas en el cuerpo relacionadas con delitos como homicidios o robos son factores de respeto y de reconocimiento (Bello, 2013, p. 45). Así lo expuso uno de los suboficiales que trabajó por varios años en La Modelo:

Los que llegan heridos de bala son recibidos como héroes por su resistencia, tiene su reconocimiento, pero no es importante (entrevista n.º 1, suboficial retirado, junio 3 de 2020).

Su cuerpo actúa como su *poster* de batallas, de luchas y de experiencias. No se necesita utilizar la palabra para mostrar lo que se ha vivido, y la herida por sí misma comunica a los otros que el hombre que entra debe ser temido. También en la Cárcel Distrital de Bogotá se ha encontrado que los internos utilizan su cuerpo como medio para expresar su masculinidad. Sus cicatrices representan las experiencias peligrosas que tuvieron, su lucha y supervivencia. Así, el interno busca proyectar con su cuerpo impresiones de fortaleza e invulnerabilidad (Bello, 2013, p. 45). El respeto dentro de esta cárcel se gana de forma muy similar a la de la calle: siendo violento, valiente, intimidante y realizando grandes crímenes (2013, p. 46).

En la Cárcel Distrital se ha vislumbrado una jerarquización con base en la naturaleza del crimen cometido. Quien comete un delito, sea un asesinato o un robo para proveer a la familia, es respetado. Pero el que está en la cárcel por un delito como el de inasistencia alimentaria, que rompe

absolutamente con el deber del hombre proveedor, es visto como inferior y victimizado (Bello, 2013, p. 96).

Los órdenes de género se mantienen firmes dentro de la cárcel, en el sentido del hombre como proveedor. Se nota claramente la relación de subordinación que existe entre algunas masculinidades que son entendidas como respetadas o hegemónicas y otras inferiores. Así, el hombre respetado se siente con la autoridad de victimizar al “*menos hombre*” solo por su posición jerárquica.

LA VIOLENCIA CULTURAL: PREJUICIOS, Y HOMOFOBIA

La homofobia es también un rasgo presente en las masculinidades de los internos. Si bien ha sido matizada, sigue estando presente y generando todo tipo de violencias en contra de las personas homosexuales o LGTBI. El estigma del VIH es una de las marcas más peligrosas que puede llevar a la eliminación física por el temor a la infección de los mismos internos (Fajardo, 2011, p. 367). Pedro, sobre este tema de la estigmatización de personas con VIH, señala que

(...) los demás se sienten amenazados, no por la forma de ser de ellos, sino sencillamente porque tenían una enfermedad que les podía generar inconvenientes. Porque a pesar de que obviamente si usted no tiene contacto, es más, lo puede saludar de mano y no pasa nada, pero algunos como lo que sucede aquí afuera, usted es médico, entonces usted lo porta, y usted es el que va a contagiar a todo el mundo, la ignorancia es peor. Si se presenta afuera, imagínese adentro (entrevista n.º 3, Pedro, junio 10 de 2020).

Las actitudes discriminatorias y de estigmatización, como lo muestra este hombre que estuvo privado de la libertad, no son exclusivas de la cárcel sino de la sociedad en general. Lo que sí se identifica es que estos comportamientos

se exacerban en los espacios carcelarios, ya que estos son inseguros, sucios, y hacinados. Los privados de la libertad no cuentan con mucho conocimiento sobre estos temas y, encerrados en un lugar que les genera constantes inseguridades, no pueden aguantar un riesgo que desconocen. Por esta razón, las personas con VIH son objeto de exclusión y la garantía de su tranquilidad es la reserva sobre su enfermedad.

La homofobia es una forma de violencia cultural que se encuentra presente tanto en los guardias como en los privados de la libertad (Bustamante, 2013; Caballero *et al.*, 2010). En el caso de los guardias, el suboficial retirado del INPEC que trabajó en La Modelo señaló que, en su experiencia, el maltrato físico y verbal hacia personas de la comunidad LGTBI era común. Estas personas en algunos patios eran rechazadas por ser muy “pailas”, y no eran respetadas, como dijo la funcionaria de La Modelo entrevistada, por ser muy “locas”. El respeto se encuentra atado en la cárcel a la masculinidad. Si se adoptan características o comportamientos perfilados como femeninos, entonces se es eliminado de la jerarquía.

En una complicidad entre los privados de la libertad y los guardias, hay casos contados por el suboficial retirado de la modelo, en los que las personas de la comunidad LGTBI, como por ejemplo mujeres trans, son utilizadas por los “*plumas*” para que hagan las funciones femeninas: lavan la ropa, pintan las uñas y mantienen relaciones sexuales. Estas son feminizadas al punto de limitarlas a su función de cuidado doméstico y sexual. Así se observa que, dentro de la cárcel, así como dentro de la sociedad, se replican comportamientos machistas que relegan lo femenino a lo doméstico y a lo sexual.

Este tipo de violencia cultural es terrible toda vez que legitima en el ideario de las personas privadas de la

libertad, la desigualdad entre géneros y la subordinación de los masculino sobre lo femenino. Esto se traduce en una doble penalidad para las personas de la población LGTBI: un castigo de exclusión por parte de la sociedad, y una pena que victimiza aún más a estos grupos al mandarlos a la cárcel.

Por otro lado, en cárceles como La Villa de las Palmas se ha encontrado que el hombre con rasgos femeninos es acosado, perseguido y abusado por otros internos con mayor poder (Fajardo, 2011, p. 368). En el caso de la cárcel de Buga, Valle del Cauca, también se ha resaltado la existencia de fenómenos constantes de machismo y de racismo que traen como consecuencia problemas psicológicos para la población negra y LGTBI (Giraldo y Solano, 2016, p. 214).

Tanto los guardias como los mismos “plumas” legitiman y permiten comportamientos violentos dentro del centro penitenciario (2016, p. 217). Se promueve de esta forma el enfrentamiento físico como instrumento de solución de conflictos y de canalización de los sentimientos. La cárcel se presenta así como un espacio donde la violencia parece ser la única forma de sobrepasar los dolores del encarcelamiento.

Estos prototipos de masculinidades violentas, desnudadas, homofóbicas y machistas son apoyados desde una perspectiva institucional por la violencia cultural que lleva consigo la cárcel. El tratamiento que se da a las mujeres, respecto a los trabajos o talleres que se ofrece a la población carcelaria, es sexista y refuerza estereotipos de género. El INPEC al darle trabajos de manualidades a las mujeres, sin permitirles desarrollar sus habilidades en otros campos (Giraldo & Solano, 2016, p. 217), legitima el trato diferenciado a las mujeres y promueve visiones de género inequitativas. Con su falta de enfoque de género en cuanto a la satisfacción de las necesidades especiales

de las mujeres y de la población LGTBI invisibiliza a estas poblaciones y consolida a la cárcel como un espacio masculino por antonomasia.

Otra forma de violencia cultural que salió a flote en medio de las conversaciones con uno de los hombres que estuvo privado de la libertad (Carlos) fue de carácter colonialista. Esta persona es indígena y, en la cárcel de Manizales, en la que estuvo en el 2012, tuvo que pelear constantemente para que no le cortaran el pelo o la barba. Desde su perspectiva, esto estaba intrínsecamente relacionado con su identidad como indígena, y luchó fuertemente para proteger ese derecho a la autodeterminación. Esta experiencia permite denotar la existencia de una función homogeneizadora de la cárcel que rechaza la diferencia y la diversidad. Las identidades que se promueven y que se forjan son por tanto ajenas a la diferencia y a la aceptación del otro como distinto.

La persona privada de la libertad genera, con tanta privación y despojo, una clara desconfianza hacia el Estado. Como afirmó el indígena Carlos:

(...) la pelea que nosotros libramos no es contra los internos sino contra el Estado (Entrevista n.º 4, Carlos, junio 4 de 2020).

Según la experiencia de Carlos, la cárcel no funciona como institución integradora y reformadora de las conciencias, sino como entidad desocializadora. Desde el campo institucional carcelario, este sostenimiento de violencias culturales, en vez de impedir la construcción de nuevas masculinidades sin violencia, las puede llegar a promover.

La identidad del hombre colombiano privado de la libertad se ve envuelta en un contexto de estereotipos, discriminaciones, exclusiones y violencias. Esto se da tanto desde el punto de vista institucional como desde

la perspectiva de los mismos internos. Las condiciones estructurales de las cárceles colombianas de hacinamiento, escasez, abuso, anarquía, e ilegalidad dejan espacio a masculinidades primitivas que buscan la supervivencia y el respeto a través de la violencia.

Así, la arbitrariedad y exceso de poder con el que cuentan en algunas ocasiones los guardias y los mismos “*plumas*” genera una vida de privaciones casi totales en los internos. Esto seguramente puede provocar grandes frustraciones que no son compatibles con la resocialización o la reconciliación con la comunidad. Como contó Carlos, esta situación de descuido estatal y de violencia institucional genera hombres “bravos”, resentidos, que han aprendido lecciones sólo a través de la violencia, y que no están preparados para resolver problemas a través de la comunicación. De esta manera, el hombre que sale de la cárcel construye una identidad desconectada de la realidad social definida por la rabia y el resentimiento.

LA VIOLENCIA CARCELARIA Y LA FUNCIÓN RESOCIALIZADORA DEL SISTEMA CARCELARIO COLOMBIANO

La resocialización implica otorgar las herramientas suficientes al privado de la libertad para que pueda convivir en sociedad (Kolstad, 1996). Su propósito es impedir que el ofensor reincida, de modo que esté preparado para una vida dentro de la legalidad. Para lograr esto se necesita, no solo la oportunidad de trabajar o estudiar, sino también de interactuar, de comunicarse y de reflexionar.

En Colombia se habla mucho de la resocialización, pero poco se hace para que esta pueda ser verdaderamente implementada (Hernández, 2018, pp. 27-30). Quienes están detrás de la política criminal del país piensan que con

solo entrar a la cárcel las personas privadas de la libertad cambiarán sus vidas y estarán preparadas para la vida en sociedad. No hay nada más alejado de la realidad.

Cuando el hombre que entra a la cárcel tiene que estar preocupado constantemente por defender su integridad a través de la violencia (Michalski, 2017; Jewkes, 2005; Bandyopadhyay, 2006; Gear, 2007; Bello, 2013; Fajardo, 2011), está viviendo en un ambiente ajeno a las exigencias reales del mundo social. De esta forma, se le enseña que la violencia es la mejor manera de solucionar los conflictos. Por lo que, en ese sentido, la cárcel como institución total (Goffman, 1961) crea una versión distorsionada de la sociedad y termina jugando un papel de desocialización.

Adicionalmente, cuando se deja a las personas privadas de la libertad en un ambiente donde el crimen es glorificado, se desvanecen las posibilidades para una verdadera reforma. Muchas personas entran a la cárcel por delitos de poca monta y terminan volviéndose verdaderos delincuentes cuando salen libres (Hernández, 2018a, p. 34). Resulta paradójico como una institución que en principio está pensada para la lucha contra el crimen puede volverse un verdadero espacio criminógeno (Moliné, 2007), lo cual explica las altas estadísticas de reincidencia en el país (Fundación Ideas para la Paz, 2018).

En este mismo sentido, la cárcel no permite la generación de condiciones propicias para la reinserción económica del privado de la libertad. Quien sale libre carga con el estigma de haber estado en la cárcel y, por esta razón, es excluido de muchas oportunidades laborales (Hernández, 2018, p. 33). Esta situación no hace sino reproducir circunstancias de pobreza que pueden fomentar la reincidencia (Valencia, 2015, p. 382).

Asimismo, circunstancias de violencia cultural como la imposición de trabajos normativamente femeninos para las

mujeres (Bello, 2013), las deja en una situación especial de vulnerabilidad con una menor proyección laboral. La homofobia es otra forma de violencia cultural que construye masculinidades intolerantes y reacias a la diferencia. Por esta razón, la cárcel no puede ser indiferente a la reproducción de estas ideologías de odio, por lo que tiene que adoptar un papel activo en su eliminación.

CONCLUSIONES

Se evidencia una gran variedad de violencias presentes en las instituciones penitenciarias de Colombia. Los efectos negativos de la cárcel se reflejan no solo en los daños corporales, sino también en la agudización de circunstancias de pobreza y en la reproducción de nociones culturales violentas. La cárcel entonces, desde la perspectiva de este artículo, se confirma como una verdadera institución violenta.

Es claro: la resocialización buscada en la pena privativa de la libertad no se cumple. Por el contrario, con las violencias directas, estructurales y culturales, incrustadas en las instituciones carcelarias, los hombres que salen de las cárceles están cada vez más ajenos a un comportamiento social. Las circunstancias de privación, que se agudizan con el estado de cosas inconstitucionales, impiden a los hombres alejarse de la violencia, construir lazos de solidaridad y tener esperanza de vivir fuera de la criminalidad después de cumplir su pena.

Para eliminar las masculinidades violentas de las personas condenadas resulta necesario no solo replantear el funcionamiento de la cárcel sino de la sociedad en general. Sin embargo, debo aclarar que las identidades violentas deben ser cuestionadas no solo en relación con los privados de la libertad sino respecto de todos los hombres. Por lo que

la identificación de las violencias directas, estructurales y culturales no solo debe predicarse respecto de la cárcel sino también de la sociedad libre. ¿De qué sirve tener cárceles pacíficas, si seguimos en un mundo lleno de desigualdad económica, ideologías de odio y guerras sin sentido? Es por esta razón que la política criminal colombiana debe enfocarse más en la inversión social que en las medidas penitenciarias.

Frente a la alternativa de la inversión social, destacan las aproximaciones interseccionales de política pública (Grabham *et al.*, 2008; Hankivsky & Cormier, 2011). La interseccionalidad permite comprender como “la raza, la clase, el género, la geografía y la edad, interactúan para formar significados únicos y experiencias complejas dentro y entre los grupos de la sociedad³” (2011, p. 217).

Bajo esa lógica, la política pública deberá comprender al individuo como un sujeto complejo cuya identidad puede ser afectada por distintos factores externos. Así, por poner un ejemplo, es necesario que a la hora de desarrollar programas de beneficios educativos o laborales se realicen estudios etnográficos que permitan identificar los sectores que, por circunstancias de clase, raza o género, se verían beneficiados en mayor proporción por estas medidas. Esta política interseccional deberá estar guiada, además, por una visión amplia de la violencia (Galtung, 1969; 1990; 1996), que elimine no solo violencias físicas o directas, sino también desigualdades económicas y sociales, así como también discriminaciones con base en el género, la raza, etnia o clase.

Con relación a la reforma de las masculinidades dentro de la cárcel, resalta un proyecto interesante que adelantó la

3 Traducción propia.

Alcaldía de Medellín, el cual busca realizar ejercicios para cuestionar elementos de las masculinidades de algunos internos. De forma más específica, se intenta construir masculinidades género – sensibles, es decir una masculinidad “que reconoce la situación de dominación en la que *aún* están las mujeres y que apuesta por la transformación de lo social hacia una vida sin violencias” (Geldres *et al.*, 2013, p. 52). Este proyecto está sustentado en técnicas pedagógicas de la enseñanza horizontal, de la conversación entre hombres y de los ejercicios de reflexión entre ellos (2013, p. 64).

El material de trabajo son unos documentos guía que contienen juegos, palabras clave, crucigramas, frases relacionadas con el tema de la violencia, entre otras cosas. El enfoque del modelo pedagógico se sostiene sobre (i) la equidad de género, (ii) los derechos humanos y (iii) la interculturalidad (Geldres *et al.*, 2013, p. 61). Si se ve a la mujer como una igual, y se deja de relacionar el sexo con la orientación sexual, se pueden construir identidades menos violentas y machistas.

Otra cosa que resalta del proyecto de la alcaldía es como promueve identidades abiertas al diálogo, al cuestionamiento propio, a la expresión de sentimientos y el manejo de estos (Geldres *et al.*, 2013). Si bien estas metodologías para hombres de la cárcel se aplauden, e implican una buena intención en la transformación de las masculinidades violentas, desde la perspectiva de este trabajo, su aproximación es incompleta.

Si bien una implementación efectiva de programas de educación y trabajo es un buen comienzo, la resocialización demanda un tratamiento concreto relacionado con las circunstancias específicas del crimen cometido. No se puede obtener la resocialización respecto a una gran variedad de delitos solo con cursos y jornadas de trabajo.

Por esta razón, resulta necesario que las instituciones penitenciarias se centren en comprender los factores de la comisión del delito para así implementar un plan de resocialización preciso y efectivo.

Por último, es preciso señalar que los estudios sobre las masculinidades resultan ser un interesante nicho para comprender el comportamiento violento de algunos hombres. Vale la pena que en próximos trabajos se profundice sobre la relación entre las identidades masculinas y el crimen; o de otra forma, se ahonde en políticas de resocialización con enfoque de género que permitan comprender cómo la identidad de género puede ayudar a la reinserción del hombre privado de la libertad.

REFERENCIAS

- BARRERA, J. P. U. (2013). ¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo? *Nuevo Foro Penal*, 8(78), 70–106. Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1901>
- BANDYOPADHYAY, M. (2006). Competing masculinities in a prison. *Men and Masculinities*, 9(2), 186–203. doi: <https://doi.org/10.1177/1097184X06287765>
- BBC (22 de marzo de 2020). *Cárcel La Modelo: un motín en una prisión de Colombia deja 23 muertos en medio de la tensión por el coronavirus*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51998800>
- BELLO RAMÍREZ, J. (2013). *Cuerpos encerrados, vidas criminalizadas. Interseccionalidad, control carcelario y gobierno de las diferencias* (Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia). Recuperado de: <http://bdigital.unal.edu.co/45378/1/80857966.2013.pdf>

- BOURDIEU, P. (1997). *Razones prácticas: sobre la teoría de la acción*. Barcelona: Editorial Anagrama. (Kauf, T. Trad.) Disponible en: http://catalog.udl.cat/record=b1119979~S11*cat
- BUSTAMANTE, W. (2013). "Masculinidad y homofobia. El control de la sexualidad del varón en la construcción del Estado colombiano". En: *Sociedad y Economía*, (24), pp. 159–182. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-63572013000100008&lang=pt%5Cnhttp://www.scielo.org.co/pdf/soec/n24/n24a08.pdf
- BUTLER, J. (1999). *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. Nueva York: Routledge.
- CABALLERO, M. A., MONSALVE, V. B., RUBIO, R., & ÁVILA, C. P. R. (2010). "Del amor y otras condenas: personas LGBT en las cárceles de Colombia". En *Colombia Diversa*, Vol. 46. Recuperado de: <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-personas-LGBT-en-carceles-de-colombia-2013-2014.pdf>
- Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013. (2018). *Respuesta al informe semestral del gobierno nacional al estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario*. Disponible en: <http://www.comite-desolidaridad.com/sites/default/files/4to-informe-css-t388-de-2013-julio-de-2018.pdf>
- COLTRANE, S. (1994). Theorizing Masculinities in Contemporary Social Science. En H. BROD & M. KAUFMAN (Eds.), *Theorizing Masculinities* (pp. 39–61). Thousand Oaks: Sage Publications.
- CIRC (2018). *Mujeres y Prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*. Bogotá: Javegraf.
- Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013. (2020). *VII Informe de Seguimiento de la Sociedad Civil Inconstitucional al Estado de Cosas y Carcelario*. Disponible

en: https://www.humanas.org.co/alfa/dat_particular/arch_contenidos/i_e_83141_q_vii_informe_Comisio__769;n.pdf

CONNELL, R. (2005). *Masculinities*. (Segunda Edición). Los Angeles: University of California Press.

CONNELL, R., & MESSERSCHMIDT, J. (2005). "Hegemonic masculinity: rethinking the concept". In *Gender and Society*, 19(6), 829–859. <https://doi.org/10.1177/0891243205278639>

Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2013, M.P.: María Victoria Calle.

Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

EVANS, T., & WALLACE, P. (2008). A prison within a prison?: The masculinity narratives of male prisoners. *Men and Masculinities*, 10(4), 484–507. doi: <https://doi.org/10.1177/1097184X06291903>

FAJARDO, M. (2011). Poder, conflicto y orden. Penitenciaría Nacional Villa de las Palmas (Colombia). *Revista CS*, (8), 341–382. doi: <https://doi.org/10.18046/recs.i8.1138>

Fundación Ideas para la Paz (2018). ¿Qué hacer con la reincidencia delincuencial? El problema y sus posibles soluciones, serie de notas estratégicas, n.º 4.

GALTUNG, J. (1969). "Violence, peace, and peace research". In *Journal of Peace Research*, 6(3), pp. 167–191. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/422690?seq=1>

GALTUNG, J. (1990). Cultural Violence *Journal of Peace Research*, 27(3), 291–305.

GALTUNG, J. (1996). Peace by peaceful means: peace and conflict development and civilization. Londres: Sage Publications.

- GEAR, S. (2007). Behind the bars of masculinity: Male rape and homophobia in and about South African men's prisons. *Sexualities*, 10(2), 209–227. <https://doi.org/10.1177/1363460707075803>
- GELDRES, D. A., VARGAS, R., ROCIO, G., & GAVIRIA, S. (2013). Hombres cuidadores de vida. Modelo de sensibilización en masculinidades género-sensibles y prevención de las violencias hacia las mujeres. 1–202.
- GIRALDO SALAZAR, J. X., & SOLANO CÁRDENAS, F. J. (2016). Violencia en el establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Buga, Valle del Cauca: entre el orden alterno y la legalidad. *Revista de trabajo social e intervención social*, (22), 201-227. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5857484>
- GRABHAM, E., COOPER, D., KRISHNADAS, J., & HERMAN, D. (Eds.). (2008). The complexity of intersectionality. En *Intersectionality and Beyond Law, Power and the Politics of Location* (First, pp. 49–76). <https://doi.org/https://doi-org.ezproxyegre.unian-des.edu.co:8843/10.4324/9780203890882>
- GOFFMAN, E. (1961). *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates* (Primera Edición). Nueva York: Doubleday and Company.
- GUTIÉRREZ, N. C. O., & SANTOS, M. del P. S. (2016). Prisión dentro de la prisión. Unidades de Tratamiento Especial: privación de derechos. En GUTIÉRREZ QUEVEDO, M., & MONCAYO ALBORNOZ, A. L. (Eds.) Retos y perspectivas de la política criminal: Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal n.º 7. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. doi:10.4000/books.uec.1329
- GUTIÉRREZ QUEVEDO, M. (2018). Dignidad en un no-lugar. En GUTIÉRREZ QUEVEDO, M., & OLARTE DELGADO, Á. M. (Eds.), Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa: Cátedra de Investigación Científica del Centro

de Investigación en Política Criminal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. doi:10.4000/books.uec.2377

HANKIVSKY, O., & CORMIER, R. (2011). Intersectionality and public policy: Some lessons from existing models. *Political Research Quarterly*, 64(1), 217–229. <https://doi.org/10.1177/1065912910376385>

HERNÁNDEZ, N. (2018). El fracaso de la resocialización en Colombia. *Revista de Derecho*, 49, 1–41. Disponible en: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/9337>

HERNÁNDEZ, N. (2018a). Derecho penal de la cárcel: Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento. Bogotá D. C.: Siglo del Hombre Editores. doi: 10.2307/j.ctv1xz12t

INPEC (2021). *Informe estadístico–población privada de la libertad–julio*. Número 07. Disponible en: https://www.inpec.gov.co/estadisticas/-/document_library/TWBUJQCWH6KV/view/49294

ITURRALDE, MANUEL y ARIZA, L. J. (2011). Muros de la infamia: Prisiones en Colombia y en América Latina. Recuperado de <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/pdfs/prisiones/Libros/infamia.pdf>

ITURRALDE, M. y ARIZA, L. J. (2019). Informe de Derechos Humanos del Sistema Penitenciario en Colombia (2017-2018). 1–43. Recuperado de: <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/2019/GrupoPrisiones.InformeDDHH2018.pdf>

JEWKES, Y. (2005). Men behind bars: “Doing” masculinity as an adaptation to imprisonment. *Men and Masculinities*, 8(1), pp. 44–63. doi: <https://doi.org/10.1177/1097184X03257452>

- KOLSTAD, A. (1996) Imprisonment as rehabilitation: Offenders assessment of why it does not work, en *Journal of a Criminal Justice*, vol.24, n° 4, pp. 323-335.
- MATHIESEN, T. (2006). *Prison on Trial* (Tercera Edición). Winchester: Waterside Press.
- MEJIA, B. M. R., & RAMÍREZ, S. M. R. (2020). The link between anxiety disorders and prison conditions for inmates in medellin, Colombia, 2014. *Revista Facultad Nacional de Salud Publica*, 38(3), pp. 1-14. <https://doi.org/10.17533/udea.rfnsp.e325651>
- MICHALSKI, J. H. (2017). Status Hierarchies and Hegemonic Masculinity: A General Theory of Prison Violence. *British Journal of Criminology*, (57), 40-60. doi: <https://doi.org/10.1093/bjc/azv098>
- MOLINÉ, C. (2007) ¿Es la prisión criminógena?: un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2(19), pp. 427-456. Disponible en: [eserv.php\(uned.es\)](http://eserv.php(uned.es))
- MONCAYO, A. (2016) La necesidad de una política criminal en materia de drogas que reconozca la situación de vulnerabilidad que enfrenta la mujer. En GUTIÉRREZ QUEVEDO, M. y MONCAYO ALBORNOZ, A. L. (Eds.) Retos y perspectivas de la política criminal: Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal n.º 7. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. doi:10.4000/books.uec.1329
- MURILLO, G. (1992). Para una crítica de la cultura de la violencia en Colombia. *Revista educación y pedagogía*, (7). Recuperado de https://tesis.udea.edu.co/bitstream/10495/3196/1/MurilloGabriel_1992_Criticacultura.pdf
- PARRA, G., & BELLO, J. A. (2016). Cárceles de la muerte: neropolítica y sistema carcelario en Colombia. *Universitas*

Humanística, 82(82). doi: <https://doi.org/10.11144/javeriana.uh82.cmns>

PEDRAZA PINTO, L. A. (2019). Discriminación por orientación sexual o identidad de género en centros de detención del Estado colombiano. *Ciencia Jurídica*, 8(16), 139. doi: <https://doi.org/10.15174/cj.v8i16.317>

RESTREPO, D. y FRANCÉS, P. (2016). Rasgos comunes entre el poder punitivo y el poder patriarcal. *Revista Colombiana de Sociología*, 39(1), 21–46. doi: <https://doi.org/10.15446/rcs.v39n1.56340>

SYKES, G. (1958). *Society of Captives: A study of a maximum-security prison*. (Primera Edición). New Jersey: Princeton University Press.

VALENCIA ARIAS, J. O. (2015). La resocialización y la reincidencia de adolescentes en conductas delictivas en el departamento de Caldas Colombia. *Summa Iuris*, 3(2), 377–390.

ŽIŽEK, S. (2008). *Violence*. New York: Picador.

DOSIFICACIÓN PUNITIVA Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: CRIMINALIZACIÓN, IGUALDAD Y DEBIDO PROCESO

JOSÉ FERNANDO ERASO SARASTY*
ESTEBAN JAVIER PALACIOS LEÓN**

Resumen: El delito de violencia intrafamiliar en Colombia ha sufrido múltiples e importantes modificaciones en los últimos 20 años, la más reciente, mediante la Ley 1959 de 2019, por medio de la cual se castiga la reincidencia.

En este sentido, cuando el sujeto activo del injusto penal cuenta con un antecedente por cualquier delito, de los previstos en el título I y IV del Código Penal, cometido contra uno de los miembros de su núcleo familiar, dentro de los últimos 10 años anteriores a la ocurrencia del nuevo

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Instituciones Jurídico Penales e Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de tiempo completo de la Universidad Mariana y miembro del grupo de investigación Saber Sociojurídico de la misma Universidad. Correo-e: jferaso@umariana.edu.co. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2103-8887>

** Abogado de la Universidad de Nariño, especialista en Derecho Constitucional e Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de tiempo completo de la Universidad Mariana e investigador de la misma universidad. Correo-e: ejpalacios@umariana.edu.co. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7770-5541>

hecho, el juez debe imponer la sanción dentro del cuarto máximo del ámbito punitivo de movilidad.

Así, este capítulo recoge la discusión acerca del posible exceso de criminalización frente a este delito a través de la precitada figura, lo que vincula inexorablemente un análisis de los principios de igualdad y debido proceso como elementos esenciales en la aplicación de las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico penal respecto a la individualización de la pena. El análisis permitió concluir que, en efecto, la introducción de la figura desconoce algunas reglas básicas del proceso de individualización de la condena, tratándose de una medida adoptada en un proceso coyuntural que no responde de forma estructural a las necesidades de prevención del delito.

Palabras clave: Violencia intrafamiliar; Debido proceso; Principio de igualdad; Punibilidad; Excesiva criminalización.

PUNITIVE DOSING AND DOMESTIC VIOLENCE:
CRIMINALIZATION, EQUALITY AND DUE PROCESS

Abstract: Domestic violence crimes in Colombia have undergone multiple and important modifications in the last 20 years, the most recent, through Law 2959 of 2019, by which repetition is punished.

In this law the recidivism is punished if the active subject of the offense has previous charges due to any other crime stipulated in titles I and IV of the Criminal Law Code. Also, when the violent act has been committed against any family member inside the household, in the last 10 years before the occurrences of the new offense. The judge must impose the assent inside the last quarter of the punishment quantum.

Thus, this chapter collects the discussion about the possible excess of criminalization of this crime through the aforementioned figure, which inexorably links an analysis of the principles of equality and due process as essential elements in the application of the rules established in the criminal legal system regarding the individualization of the penalty. The analysis allowed us to conclude that, in effect, the introduction of this frame ignores some basic rules of the process of sentence individualization, being a measure adopted in a conjunctural process that does not respond in a structural way to the needs of crime prevention.

Keywords: Domestic violence; Due process; Principle of equality; Punibility, Excessive criminalization.

INTRODUCCIÓN

La violencia intrafamiliar (en adelante *VIF*) es un tipo penal que en Colombia ha implicado diversas discusiones tanto en el marco jurídico de protección y prevención, como en el plano de las dinámicas sociales que provocan condiciones de mayor vulnerabilidad para ciertos sujetos de derecho y que se trasladan al núcleo familiar donde tienen ocurrencia sinnúmero de manifestaciones de violencia.

Al respecto, el delito de *VIF* ha sufrido varios cambios, uno de ellos referente al incremento punitivo: para el año 2000 se estableció una pena de 1 a 3 años (12 a 36 meses) que se aumentaba de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recayera sobre un menor; posteriormente, en el año 2004, la pena pasó a ser de 16 a 54 meses, con un incremento punitivo en los casos en que la conducta recayera en un menor, una mujer, un anciano, o una persona que se encontrara en incapacidad física, sensorial o psicológica. Más adelante, con la Ley 1142 de 2007, se aumentó la pena

de prisión entre 4 y 8 años, es decir, 48 a 96 meses, con aumento punitivo en igual sentido que en la legislación anterior; en igual sentido, hacia el 2017, se mantuvo la pena inicial, con un incremento punitivo cuando se trate de víctimas que superen los 60 años de edad.

En la actualidad, la Ley 1959 de 2019, si bien no presenta incremento de pena, introduce un cambio importante al introducir la figura de la reincidencia, que se activa en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta tenga antecedentes penales por el mismo delito, o los delitos previstos en el Título I y IV del Código Penal, cometidos contra uno de los miembros de su núcleo familiar dentro de los últimos 10 años anteriores a la ocurrencia del nuevo hecho, escenario en el cual el sentenciador impondrá la pena dentro del cuarto máximo del ámbito punitivo de movilidad respectivo.

Esta figura y, particularmente, la indicación al juez para fijar la pena dentro del cuarto máximo podría implicar el desconocimiento de las reglas establecidas en el Código Penal respecto de la individualización de la pena, traduciéndose en la excesiva punibilidad de la conducta.

De ese modo, el problema de investigación planteado en el texto responde a la pregunta: ¿Se constituye como excesiva criminalización la política legislativa referente al delito de VIF contenida en la Ley 1959 de 2019, específicamente el inciso tercero del artículo 229 del C. Penal, que incorpora el criterio de reincidencia para la adecuación de la sanción penal de conformidad con los principios de igualdad y debido proceso en Colombia?

Para desarrollar la discusión, el trabajo investigativo tuvo en cuenta cuatro objetivos: el primero tuvo que ver con el estudio de los principios de igualdad y debido proceso en Colombia a partir del ordenamiento jurídico colombiano y el control de convencionalidad; el segundo

se refirió a la descripción de las teorías y reglas aplicables a los fines y la graduación de la pena a la luz del debido proceso en Colombia; un tercer objetivo estuvo relacionado con el análisis de los antecedentes de la Ley 1959 de 2019 frente a la introducción del inciso tercero del artículo 229 del C. Penal, es decir, la reincidencia; y un último objetivo se dirigió a verificar la aplicación de los principios de igualdad y debido proceso a partir de las reglas de graduación de la pena. Desde este planteamiento, se pudo establecer la posible criminalización excesiva presente en la política legislativa referente al delito de VIF contenida en la Ley 1959 de 2019, específicamente en el marco de la reincidencia como criterio de adecuación de la sanción penal en clave de los principios de igualdad y debido proceso en Colombia, cuestión que da respuesta de fondo a la pregunta planteada.

En cuanto a la metodología, el desarrollo de los precisados objetivos y la construcción de este capítulo de investigación estuvo orientado por la aplicación de un método cualitativo-hermenéutico a partir del cual se hace posible la indagación de conceptos, amplios y variantes, alrededor de los cuales se crean procesos interpretativos sobre realidades concretas (Ñaupás *et al.*, 2014). Se utilizó como técnica el análisis documental de contenido, para lo cual se aplicaron como herramientas la búsqueda bibliográfica y construcción de fichas documentales, de textos clásicos para realizar el fundamento dogmático-penal, textos legales para realizar el recuento histórico de transformación de la norma estudiada y textos jurisprudenciales para el abordaje del problema en cuanto a los principios, las reglas y los derechos fundamentales.

Lo anterior permitió la aplicación de un enfoque descriptivo-comprensivo para la identificación de criterios, características y reglas aplicables a la dosificación punitiva,

facilitando la comprensión del tema propuesto, esto es, la determinación de la eventual punibilidad excesiva en el marco de la política legislativa objeto de estudio.

De ahí que la discusión que a continuación se presenta aporta al análisis de la desmedida criminalización en la política legislativa presente en el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente en torno al delito de violencia intrafamiliar, y que contrario a generar escenarios de prevención del delito y la atención de las cuestiones estructurales asociadas a las violencia intrafamiliar, no supone más que una manifestación del denominado “populismo punitivo” que, para autores como Whanda Fernández León (2012), se puede traducir como una forma de generar réditos electorales a través de discursos como el del incremento de penas que no permiten dar solución a las problemáticas y, por el contrario, generan otra suerte de consecuencias como la violación de principios constitucionales como la igualdad y el debido proceso, y ahondan otros fenómenos presentes en Colombia, como el hacinamiento carcelario.

A partir de lo anterior, el estudio brinda una perspectiva más amplia sobre la regulación del delito de violencia intrafamiliar, permitiendo reevaluar los fines y antecedentes en los que el legislador se fundamenta para introducir este tipo de medidas que eventualmente podrían no concordar con el modelo de Estado Social de Derecho, especialmente el valor supremo de la dignidad humana, dando a entender que una política excesiva de criminalización en torno a delitos donde está involucrada la figura de familia, además de ser poco efectiva, puede llegar a cuestionarse su legitimidad.

DISCUSIÓN Y RESULTADOS

El principio de igualdad y debido proceso como piedra angular en la dosificación punitiva

La igualdad, según Meléndez (2019), es uno de los conceptos más recurrentes en el desarrollo de procesos judiciales y en general en el lenguaje jurídico. En Colombia la igualdad fue positivizada en el artículo 13 de la Constitución de 1991, la cual se encuentra fundamentada en el sistema internacional como prerrogativa integrada al marco internacional de derechos humanos.

En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula en su artículo 1° la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derechos, lo que impone la correlativa prohibición de cualquier forma de discriminación por razones de sexo, raza, género, clase, ideología política o religiosa y cualquier otra categoría de diferenciación históricamente constituida (ONU, 1948). Esta disposición recoge una condición ideal de igualdad, pues aun cuando se declara universal, no encuentra correspondencia con las realidades contextuales en las que los seres humanos, atravesados por multiplicidad de categorías de subalteridad, se enfrentan a circunstancias discriminatorias cotidianamente de formas directas o sutiles.

Por su parte, para autores como el chileno Humberto Nogueira (2009), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos hace manifiesto el compromiso de los Estados Parte de garantizar la igualdad de hombres y mujeres para el goce efectivo de los derechos civiles y políticos, así como la necesidad de que toda persona sea tratada en igualdad de condiciones ante los tribunales y cortes de justicia, donde las decisiones deberán obedecer a criterios de independencia e imparcialidad.

En lo que refiere al ordenamiento jurídico colombiano, la igualdad contenida en el artículo 13 constitucional refiere a la igualdad de derechos, libertades y oportunidades sin ningún tipo de discriminación, y ha sido interpretado por la Corte Constitucional de forma amplia. Particularmente, es importante resaltar el precedente contenido en la sentencia T-406 de 1992 en la que se señala que aquella posee una triple connotación como derecho, principio y valor, lo que implica que el Estado colombiano tiene la obligación de que todas sus políticas públicas, incluida la política criminal, estén fundamentadas en la igualdad, máxime en aquellas situaciones en donde se hayan realizado incrementos en la sanción penal, y cuya justificación en comparación con otros delitos no se encuentre debidamente sustentada.

Así mismo, es importante mencionar que la igualdad, en su carácter de derecho/principio, no presenta contenido material específico, sino que se aplica y puede ser reclamado en todos los ámbitos de la vida humana, imponiendo una carga sobre el Estado respecto a su garantía y materialización efectiva.

De ese modo, las disposiciones sobre la igualdad contenidas en el marco constitucional han sido integradas en materia penal como una de las áreas en las cuales deben preverse mayores garantías por implicar la limitación de derechos fundamentales. Según la sentencia C-178 de 2014 de la Corte Constitucional, la igualdad se comprende en tres perspectivas: la primera refiere a la igualdad ante la ley, que integra la igualdad como derecho y como principio procesal frente al acceso a la justicia, por lo que los intervinientes en un proceso judicial deben contar con las mismas oportunidades y garantías, sin lugar a la manifestación de ningún tipo de discriminación; la segunda recoge igualdad de armas en el proceso, es decir,

que debe existir equilibrio en el proceso de tal forma que se garantice igualdad de oportunidades en el debate, estrategias de defensa y contradicción en todas las etapas del proceso, y que redunde en la existencia de un juicio justo. Finalmente, una tercera perspectiva es atinente a la igualdad de interpretación y libertad de configuración normativa, que refiere a que las autoridades judiciales tienen el deber de otorgar una misma interpretación de la ley, indistintamente de las calidades con las que cuentan los sujetos intervinientes en el proceso, es decir, que debe tratarse de una interpretación uniforme y consistente con el ordenamiento jurídico.

Esto se une a la libre configuración legislativa que otorga al legislador la potestad para establecer las penas, su dosificación, agravantes, atenuantes y demás concernientes a la aplicación propia del tipo penal; sin embargo, la anterior consideración no puede soslayarse de forma absoluta, es decir que, en cualquier caso, debe responder a los límites constitucionales impuestos por “los principios de necesidad, de la exclusiva protección de bienes jurídicos, de legalidad, de culpabilidad, de razonabilidad y proporcionalidad, así como las normas constitucionales y aquellas que forman el bloque de constitucionalidad, entre otros” (Corte Constitucional, 2018. Sentencia C-015).

En cuanto a la igualdad propiamente dicha frente a una posible diferenciación en la estructura de la conducta punitiva, especialmente en la sanción penal, el tribunal constitucional ha señalado que:

No resulta contrario al principio de igualdad la existencia de un trato diferenciado fundado en características relevantes de los sujetos frente a la conducta delictiva, y que en el marco de cada medida concreta resulta razonable y justificado, tal y como sucede con la responsabilidad de los servidores públicos en los delitos especiales o con el trámite especial

para los aforados constitucionales (Corte Constitucional, 2018. Sentencia C-015).

En síntesis, para la Corte Constitucional, la existencia de ciertas diferencias en la estructura de los tipos penales y en sus correspondientes sanciones no implica una vulneración al principio de igualdad, y que además encaja perfectamente con el principio de libre configuración legislativa.

Ahora bien, todas estas prerrogativas sobre la igualdad tienen relación estrecha con el debido proceso, derecho fundamental que se desprende directamente del valor de la justicia y se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución de 1991. Su estructura normativa es transversal a todo el ordenamiento jurídico colombiano, ya que establece los parámetros generales que permiten la materialización de los derechos sustanciales.

En el ámbito penal, según Camargo (2010), el debido proceso debe ser catalogado como un sostén indispensable en el campo del procesal penal, por lo que este tipo de reglas, para estar acorde con el contenido normativo de la Constitución, debe establecer ciertos principios como lo son el de igualdad, imparcialidad, presunción de inocencia, entre otros, que también se encuentran establecidos con el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

Igualmente, como lo señala Molina (2010), el debido proceso está intrínsecamente conectado con las políticas públicas que en materia penal los Estados deben adoptar al interior de sus territorios, ya que a partir de su fundamento se empiezan a construir las bases necesarias de un Estado democrático, sobre todo en aquellos eventos en los que el legislador empieza a definir las conductas punibles que son sancionadas por su infracción, hasta llegar al fin último que es la resocialización del infractor y la restauración de los derechos a favor de la víctima.

En este orden de ideas, el derecho a un debido proceso en materia penal debe ser comprendido no solo desde un punto de vista formal, sino también material, lo que conlleva a un respeto integral a cada una de las partes dentro de la actuación penal, en particular a favor del acusado.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la Corte Constitucional señala que el debido proceso en el campo penal es un derecho trascendental que se cataloga como un pilar del Estado Social de Derecho:

Constituye la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley. Por consiguiente, exige de las autoridades públicas la sujeción de sus actuaciones a los procedimientos previamente establecidos, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y en la ley (Corte Constitucional, 2002. Sentencia C-641 como se citó en Corte Constitucional, 2015. Sentencia C-496).

Lo antes señalado tiene sentido desde una perspectiva sistemática ya que se encuentra en juego otro tipo de derechos fundamentales de igual importancia que el debido proceso, tales como el derecho a la libertad y el derecho a una justicia restaurativa. Además, va acompañado de otras directrices que lo complementan, como es el principio de eficacia y celeridad procesal que obligan al aparato estatal a adoptar todas las herramientas a su disposición para que sea garantizado de forma adecuada, ágil y eficaz.

Así, la construcción jurídica nacional sobre el debido proceso se ata a los criterios internacionales que obligan a los Estados a tomar las medidas legislativas necesarias para

su garantía a partir del principio *pacta sunt servanda*, esto es, el respeto por los tratados internacionales que suscriben y ratifican para ser incorporados en su legislación interna.

Las exigencias del principio general del debido proceso se extreman en el campo del proceso penal en el cual se manifiestan, además de en aquellos principios generales, en los siguientes: “el derecho de defensa en sí, el principio de legalidad, el principio de juez regular o natural, el principio de inocencia, el principio *in dubio pro reo*, el derecho a una sentencia justa, el principio de doble instancia y la cosa juzgada; los cuales están protegidos por la convención americana de los derechos humanos” (Rodríguez, 2020, p. 1307).

En este orden, se puede afirmar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos contempla un conjunto de garantías que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado que pretenden asegurar que el imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, garantizando su debido proceso y la protección de los derechos a favor de las víctimas.

Susodichas garantías sirven de directriz para que los Estados miembros fijen parámetros claros en su derecho interno y fortalezcan su aparato judicial frente a eventuales situaciones que puedan conllevar a la vulneración de derechos humanos por la falta de herramientas judiciales al interior de los mismos.

Fines y graduación de la pena en Colombia

El término pena, según Cortes Agray (2018), significa en términos amplios castigo o aflicción, de tal forma que, en el contexto del derecho penal, se impone una pena en aquellos casos en que se ha cometido una conducta punible, reprochable por el Estado y el orden social, es decir que,

partiendo de la teoría bipartita, la comisión de un injusto penal con responsabilidad real por parte del sujeto agente hace necesaria la imposición de una pena.

No obstante, la pena requiere, acorde con el principio de legalidad y debido proceso, haber sido fijada por el legislador de manera previa a la comisión de la conducta, por lo que el juez competente deberá seguir y aplicar las reglas y criterios para la individualización de la misma, tal como han sido fijadas en la ley penal.

Ahora bien, a partir del desarrollo doctrinal y legal se habla de *dogmática de la pena*, pues tiene un “rango científico” que sustenta las líneas, directrices y fines de desarrollo de sus conceptos fundamentales (Fernández Carrasquilla, 2012), lo que a su vez da lugar a la existencia de diversas teorías a partir de las cuales se concibe la pena.

A efectos de la discusión que se presenta, se ha considerado como eje fundamental la teoría funcionalista según la cual la pena cumple una función social; esta perspectiva se retoma en dos vertientes: por una parte, el funcionalismo sistémico seguido por Günter Jakobs, quien sostiene que la pena es útil, pues con ella se cumple el fin de prevención general (positiva) y la reafirmación de la validez de la norma ante la sociedad, por lo tanto, cualquier conflicto deberá resolverse *pro societate* (Montero, 2008).

Carrasquilla (2017) establece que el funcionalismo teleológico o moderado, defendido por Claus Roxin, sostiene la necesidad de resolver los conflictos a favor del procesado, corriente que es más acorde con el modelo de Estado Social de Derecho, en donde el sistema gira en torno a la persona aplicando un derecho penal de acto y no de autor, pese a que existan regulaciones que, disfrazadas de legalidad, aplican el derecho penal de autor.

A partir de ello, entonces, el estatuto penal colombiano establece como función de la pena la prevención general,

retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, estableciendo que desde el momento de inclusión legislativa de la conducta punible y la identificación de la pena, el Estado, haciendo uso del *ius puniendi*, amenaza a todos los destinatarios de la norma penal, haciendo una advertencia consistente en que aquella persona que transgrede la prohibición se hará acreedora a una sanción penal. Además, se encuentra una prevención de tipo positivo que se da al momento en que se dicta sentencia, pues es ese el momento en el que el castigo se hace latente.

En cuanto a la retribución, que se da al momento de la imposición de la pena, se parte de que el delincuente haciendo un mal uso de su libertad comete un delito que transgrede las normas que ha fijado el Estado y con ello afecta los bienes jurídicos protegidos o tutelados (Arbolada Vallejo y Ruiz Salazar, 2018), lo que hace necesario el resarcimiento de los daños.

En lo que refiere a la prevención especial, que se da en el momento de cumplir la condena, su finalidad es que el delincuente se abstenga de reincidir, finalidad que va de la mano con la reinserción social o resocialización, función cumplida durante la ejecución de la pena que consiste en que el condenado vuelva a formar parte de la sociedad. Justamente, para Meini (2013), susodicha función adquiere gran relevancia frente a la reincidencia y que, en un debate poco pacífico, contrasta los contextos sociales con las reglas y procedimientos propios para la fijación de la pena.

Precisamente, en materia penal existe, además del derecho penal en sentido formal, el denominado derecho de medición o determinación de la pena, el cual comprende todas las reglas que son aplicables en cuanto a la clase y cuantía de la pena a imponer, convirtiéndose, según Meini (2013), en una disciplina jurídica autónoma, pero que

pertenece al derecho penal material en cuanto a determinar las consecuencias jurídicas de la conducta punible.

En ese marco, a partir del artículo 54 del Código Penal se encuentran consignadas las circunstancias de menor y mayor punibilidad, esto es, las condiciones específicas de comisión del delito que orienta una graduación de la pena, más o menos gravosa. De ese modo, el papel del juzgador, además de determinar si una persona es responsable o no de una conducta delictual, es, con base en los artículos 59 y siguientes de la Ley 599 de 2000, motivar el proceso de individualización de la pena. Para ello, el artículo 60 del mismo cuerpo normativo fija los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables. Asimismo, de conformidad con el artículo 61, tiene la obligación de tener en cuenta la concurrencia de circunstancias de menor y mayor punibilidad para establecer el cuarto de movilidad.

Sin embargo, para el delito de violencia intrafamiliar, por la modificación introducida por la Ley 1959 de 2019, si el sujeto agente cuenta con un antecedente, como lo enmarca la norma, el juez debe, obligatoriamente, ubicarse dentro del cuarto máximo sin tener en cuenta que concurren o existan circunstancias de menor punibilidad. Esta disposición precisa arroja al menos dos conclusiones: la primera, que el delito de violencia intrafamiliar tiene una circunstancia de agravación punitiva específica, y la segunda, que la misma ha sido tratada por la doctrina como reincidencia específica, pues requiere la existencia de ciertos requisitos para que sea aplicable y no solamente tener algún antecedente penal.

Empero, la introducción de la reincidencia modifica el debido proceso en materia de medición de la pena e incluso incorpora el castigo de la reincidencia sin tener en cuenta elementos propios de esta institución jurídico penal, tal como se hace alusión en líneas siguientes.

ANTECEDENTES SOCIALES, DEBATES Y DISCUSIONES DEL PODER LEGISLATIVO EN TORNO A LA REINCIDENCIA

La violencia intrafamiliar se describe como un comportamiento que afecta a la familia, bien jurídico tutelado a partir de la inclusión de la VIF como hecho punible, y que se vislumbra en diferentes espacios de la vida en sociedad, siendo el deterioro del bienestar general de la población el que despierta mayor preocupación. Se trata de un tipo de violencia que atiende a diferentes causas, entre ellas, la idea de dominación del hombre sobre la mujer, que se constituye como eje fundamental en la construcción de relaciones socio familiares, así como la dominación económica de uno de los miembros del núcleo familiar en quien recae el control de la familia (Lizaraso *et al.*, 2017), entre otras.

De hecho, como es de conocimiento general, estos tipos de violencia al interior del hogar son de preocupación para la sociedad contemporánea, sobre todo por organismos internacionales como es el caso de la Organización de Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos que regentan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Sin embargo, es importante señalar que existe otro elemento que incidió en la expedición de la Ley 1959 de 2019, y que va más allá del incremento desmesurado de casos sobre violencia intrafamiliar; consiste en el afán de consolidar una política criminal completamente desorientada y de corte populista, que responde únicamente a la necesidad de presentar resultados reflejados en el número de imputados, de condenados y encarcelados (Suárez, 2020).

Sin lugar a duda, una cuestión de carácter netamente mediático como lo es el afán de fortalecer el índice de popularidad del gobierno de turno desnaturaliza

completamente el propósito de una política pública criminal sería que de verdad encaje con el significado de la violencia intrafamiliar. Autores como Carlos Alberto Salazar Pérez (2019) señalan que el fenómeno de la violencia intrafamiliar debe ser visto como una enfermedad de salud pública, y que su solución no radica en el incremento de medidas sancionatorias para su represión:

La violencia es considerada una forma de ejercicio del poder que facilita la dominación, opresión o supremacía a quien la ejerce y una posición de sometimiento o sujeción de quien la sufre. En todas sus manifestaciones, deviene un problema de salud pública que involucra a todos los países y, aunque no constituye propiamente una enfermedad en el sentido tradicional de su comprensión, donde el elemento etiológico biológico desempeña como regla un papel fundamental; en sentido social resulta un problema de salud y un importante factor de riesgo psicosocial, por la magnitud del daño, la invalidez y muerte que provoca, con consecuencias múltiples y diversificadas en los planos social, psicológico y biológico (Salazar, 2019, p. 2).

En síntesis, si bien es cierto que la expedición de la Ley 1959 de 2019 tiene una patente a partir de la situación crítica sobre casos de violencia intrafamiliar, cuyas víctimas en su mayoría son mujeres y niños, no se puede ignorar que en su formación se presenta un fuerte ideario populista que va enfocado a buscar la solución en el incremento de las conductas delictivas y de las penas carcelarias sin darse cuenta de que este fenómeno debe ser visto como una problemática de salud pública.

Lo cierto es que, en el contexto colombiano, se hace cada vez más evidente el incremento exponencial de casos de violencia intrafamiliar que lo sitúa como un problema de salud pública que debe ser atendido de forma prioritaria por el Estado.

El afán de consolidar una política criminal que mostrara resultados efectivos reflejados en el número de imputados, de condenados y encarcelados, motivó de forma directa la expedición de la Ley 1959 objeto de estudio. En lo que respecta a la inclusión de la reincidencia desconoció las directrices en materia penal, consolidadas legal y doctrinalmente.

Sin lugar a duda, una cuestión de carácter netamente mediático, como lo es el afán de fortalecer el índice de popularidad del gobierno de turno, desnaturaliza completamente el propósito de una política pública criminal seria que encaje con el significado de la violencia intrafamiliar.

En efecto, el proyecto de ley contemplaba, en su momento, dos modificaciones fundamentales: por una parte, la ampliación de quienes pueden ser considerados sujetos involucrados en la conducta, en el sentido de incluir a cónyuges separados o divorciados, así como a padres o madres de familia, aunque ya no convivan. Por otra parte, el proyecto incorpora un incremento de las penas a través de una circunstancia de mayor punibilidad en caso de reincidencia cuyo fin es disuadir la comisión de la conducta y, en el mismo sentido, prevenir la configuración de delitos mayores como el de feminicidio, para lo cual se toma en cuenta que “de cada diez (10) mujeres asesinadas en Colombia, para 2016, al menos una había presentado previamente una denuncia por violencia intrafamiliar” (Congreso de la República, 2018, p. 2).

Respecto al agravante fundado en la reincidencia, indica la exposición de motivos que no es violatorio del *non bis in idem*, en tanto el agravante no se dirige a la culpabilidad sino a la punibilidad de la conducta, lo que implica que no revive cuestiones de hecho ni de derecho ya juzgadas en oportunidad anterior, sino que influye, específicamente, en el grado de sanción que debe otorgarse al transgredir el

orden jurídico nuevamente, fortaleciendo el compromiso de resocialización del sujeto activo de la conducta.

Frente a dichas condiciones, el Consejo Superior de Política Criminal emitió concepto desfavorable frente a la reforma propuesta; concretamente, frente al agravante y el incremento punitivo indicó el Consejo que aumentar la pena en dichas circunstancias implica reconocer que la prevención especial positiva no se hizo efectiva, y convierte al sistema en un derecho penal de autor, y no de acto, como desde hace varios años se concibe el derecho penal en Colombia. En el mismo sentido, se indica que la imposición de penas más altas no implica, *per se*, la disminución del delito, por lo que se verifican como necesarias medidas alternas como la educación formal y no formal, así como el refuerzo de la estructura familiar desde ambientes de respeto (Congreso de la República, 2018).

Pese a lo anterior, se obtiene como conclusión al primer debate que el incremento de la pena en las condiciones sugeridas en el proyecto resulta procedente y adecuado para el fin que persigue, esto es, desestimular la reincidencia y efectivizar la función de resocialización de la pena como obligación que no es exclusiva del Estado.

El mismo contenido fue aprobado durante el segundo debate realizado el 25 de septiembre de 2018 en plenaria del Senado de la República, publicado en la Gaceta del Congreso el 2 de octubre de 2018.

Surtido dicho trámite, la ponencia presentada para tercer debate en Cámara calendada el 6 de noviembre de 2018, buscando afianzar las diversas observaciones presentadas en el marco del primer y segundo debate, fija como texto modificadorio el siguiente:

Cuando el responsable tenga antecedentes penales por haber cometido alguno de los delitos previstos en el libro

segundo, Títulos I y IV del Código Penal contra un miembro de su núcleo familiar, o cuando tenga antecedentes por el delito de violencia intrafamiliar, siempre que la condena hubiese sido proferida dentro de los diez (10) años anteriores a la ocurrencia del nuevo hecho, el sentenciador impondrá la pena dentro del cuarto máximo del ámbito punitivo de movilidad respectivo (Congreso de la República de Colombia, 2018, p. 18).

Dicha propuesta, que amplía el concepto de reincidencia, se sustenta en que aquella se valora no como una condición agravante, sino de mayor punibilidad para la conducta, permitiendo situarse en el último cuarto de la pena con independencia de los agravantes que le sean aplicables al caso concreto, de tal manera que, según se entiende, se afianza el efecto disuasivo y preventivo de la norma.

Finalmente, acorde con el informe de ponencia del cuarto debate, realizado el 13 de diciembre de 2018, el texto propuesto e indicado anteriormente se aprueba en su integridad indicando que tal comprensión de la reincidencia fortalece la sanción punitiva pues “pretende evitar que las personas incurran nuevamente en este tipo de actuaciones, y fortalecer la respuesta punitiva para aquellos casos en que se configuró la reincidencia. En estos casos el sentenciador deberá imponer la sanción punitiva, entre los 84 y los 96 meses de prisión” (Congreso de la República de Colombia, 2018, p. 6). Al respecto, frente al cumplimiento de los criterios mínimos bajo los cuales se comprende la libre configuración legislativa, la ponencia advierte que tal regla de dosificación punitiva responde a los principios de necesidad, proporcionalidad, protección de los bienes jurídicos, legalidad, culpabilidad y razonabilidad. Ya en última instancia, el informe de conciliación del Proyecto de Ley recoge las razones en los cuatro debates del proyecto de ley, quedando aprobado el texto último reseñado en la ley.

LA REINCIDENCIA Y LA EXCESIVA CRIMINALIZACIÓN

Conforme lo expuesto en líneas precedentes, una lectura sistemática del inciso tercero del artículo 229 del Código Penal, hace evidente la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, lo que vincula inexorablemente la revisión del principio del *non bis in ídem*¹ y la confrontación ante la existencia de un populismo punitivo cuyo propósito es demostrar resultados eficientistas carentes de soluciones de fondo ante un problema que ha sido persistente con el paso del tiempo.

Al respecto llama la atención lo señalado por el Consejo Superior de Política Criminal, que, al momento de estudiar el proyecto de ley tramitado ante el Congreso, advirtió que establecer la figura de mayor punibilidad para los reincidentes puede llevar a la configuración de un sistema penal de autor, lo que a todas luces va en contravía al debido proceso e igualdad, particularmente el principio de culpabilidad

La sanción de la reincidencia es una manifestación del derecho penal de autor y, por consiguiente, inaceptable dentro del marco jurídico constitucional actual, porque incrementar o imponer la pena en razón de los antecedentes penales o comportamientos anteriores que haya tenido el procesado, es contrario al principio de culpabilidad que reclama que la determinación de la pena se fundamenta en él -que es el reproche personal por la realización de lo injusto- y solamente debe estar circunscrita en la organización del hecho y no en circunstancias anteriores, so pena de que viole el artículo 29 de la Constitución Política (Consejo Superior de Política Criminal, Concepto 01.2018 de 2018, p. 7).

1 No ser juzgados dos veces por los mismos hechos.

En ese sentido, la igualdad material queda indefensa cuando la reincidencia se evalúa al margen de las condiciones específicas diferenciales de quien comete la conducta, ya que resulta inocuo cuando el sistema penal en una labor coordinada con las estructuras políticas, económicas, educacionales y demás no ha logrado transformar ni evaluar siquiera las causas estructurales que rodean la comisión de la conducta relacionadas con condiciones de contexto e incluso de la propia inoperatividad del sistema penal (Suárez, 2020).

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que si el Estado, a través de su órgano legislador, decide aplicar tratos diferenciados como es el caso del incremento de la pena, el mismo debe ser legítimo y cumplir fines constitucionales, circunstancia que para el caso objeto de estudio no sucede, pues incluso el mismo Consejo de Política Criminal ha indicado que se pueden buscar otras alternativas que eviten recurrir en el incremento de las sanciones punitivas:

Es verdad que existe fundamento en el derecho penal simbólico según el cual a mayor cantidad de pena menor posibilidad de comisión del delito. No obstante, el fijar una pena más alta no necesariamente previene el delito, según lo muestran diversos estudios empíricos. Adicionalmente, en el caso de la violencia intrafamiliar, las sanciones más drásticas y las más limitadas opciones para el autor de poner fin al proceso penal –por ejemplo mediante mecanismos de justicia restaurativa- pueden generar consecuencias más graves en la estabilidad familiar y un mayor peligro para la víctima concreta, es decir, la persona que se ve abocada a un encarcelamiento que tenga efectos prolongados, con mayor razón después de obtenida la libertad puede generar mayores conflictos dentro de su propio grupo familiar como consecuencia del sentimiento de venganza; por consiguiente, el aumento de la pena no parece ser la vía adecuada para

evitar la violencia intrafamiliar (Consejo Superior de Política Criminal, Concepto 01.2018 de 2018, p. 8).

El delito de violencia intrafamiliar, en los últimos 20 años, pasó de tener una pena de prisión de 1 a 3 años, a 4 a 8, para el delito base, sin que las modificaciones que se le han dado a este tipo penal arrojen resultados favorables. Por el contrario, fenómenos sociales, económicos, entre otros, elevan los casos, e incluso la impunidad de la mayoría de ellos es uno de los factores que afectan la validez de la norma.

En su análisis se puede apreciar la desconfianza que el Consejo Superior de Política Criminal tiene sobre la necesidad de recurrir constantemente al incremento de las penas como una alternativa para enfrentar el drástico aumento en los índices de criminalidad que azotan a Colombia, como en el caso de los delitos de violencia intrafamiliar. Además, la igualdad ya no es vista solamente desde una perspectiva formal, sino material, lo que implica la obligación de reconocer todas aquellas circunstancias de protección especial que merezcan un trato diferenciado encaminado a su real protección y que sea equitativo.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional en sentencia C-181 de 2016 afirma que la reincidencia tampoco puede ser una figura que se deba descartar como una fórmula de política criminal, específicamente de control sobre la ejecución de ciertas conductas punibles que son muy gravosas en una determinada sociedad, e incluso afirma que, desde una perspectiva eminentemente formal, la implementación de una mayor punibilidad en la reincidencia no vulnera el principio de la *non bis in idem* ya que supone

(...) un elemento accidental y accesorio a la pena y al delito en sí mismo considerado, pues no condiciona la existencia

de ambos elementos dogmáticos. Además, se erige como la objetivación de una circunstancia personal actual del actor, puesto que la demostración de su ocurrencia se realiza a través de una serie de presupuestos de naturaleza objetivo-formal, más no subjetivos, puesto que se encuentra prescrita cualquier clase de exploración sobre la personalidad del reo” (Corte Constitucional, 2016, Sentencia C-181).

Sin embargo, en el caso objeto de análisis, dicha situación contrasta con la incapacidad de las instituciones estatales de observar otras opciones que pueden ser más viables como la verificación del origen estructural de la criminalidad en cualquier Estado, situación que, desde una óptica latinoamericana, ha sido una característica constante en muchos de los Estados que tienen economías subdesarrolladas y poco sostenibles. Igualmente es necesario recalcar las reglas establecidas por la Corte Constitucional en las que se señala vehementemente la necesidad de justificar las políticas diferenciadoras que afecten el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución de 1991.

Esto confirma que la exuberancia en la emisión de prohibiciones legislativas y la tendencia a controlar cada uno de los aspectos de la convivencia humana en una determinada sociedad, utilizando como justificación el incremento de sanciones como política de seguridad y orden para los gobernados, es simplemente una cortina de humo que intenta ocultar la incapacidad del Estado para confrontar a través de políticas de justicia social cada uno de los males y demonios que han azotado a Colombia.

En cuanto al debido proceso en materia de dosificación punitiva, la Ley 1959 impone al juzgador que cuando exista reincidencia debe ubicarse dentro del cuarto máximo de punibilidad, lo que a criterio de los investigadores resulta

lesivo de las reglas para la fijación e individualización de la pena previstas en la Parte General del Código Penal, diezmando la facultad del sentenciador de fijar la pena acorde con las condiciones específicas que rodean la comisión de la conducta y dejando en entredicho los principios orientadores de las sanciones penales, es decir, la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Se debe recordar que el debido proceso como mandato constitucional es preponderante dentro del ordenamiento jurídico colombiano y que, así como sucede con el derecho a la igualdad, las medidas que se adopten y que afecten el compendio de principios redactados en el artículo 29 constitucional, deben estar razonablemente argumentadas y basadas en la concepción de la dignidad humana.

Una visión más exhaustiva de la figura implica la adopción de una perspectiva del derecho penal desde el autor de la conducta, y en consecuencia, situar sobre sus hombros no solo la función de reinserción de la pena, sino la limitación de los derechos de manera desproporcionada, pues tal como lo exponen Martínez, Peña y Peña, constituye una vulneración al principio de doble incriminación como componente del principio constitucional del *non bis in idem*, “constatándose ello en la coincidencia entre lo que prohíbe el principio en mención y los efectos que tiene esta circunstancia de agravación punitiva, habiendo identidad de causa o bien jurídico, objeto o materia y sujeto en la imposición de la reincidencia en materia penal” (Martínez, Peña y Peña, 2016, p. 19), exaltando el orden social por encima del sujeto y, por ende, de las garantías constitucionales que le asisten aun, a pesar de la conducta punible cometida, cuestión que se convierte en mucho más gravosa a la luz del contexto carcelario actual.

El incremento de la pena a partir de la reincidencia no implica, *per se*, el cumplimiento de los fines de la pena,

específicamente el de resocialización, y mucho menos representa disminución en la comisión del delito ni genera mayor impacto respecto a la prevención general. Para el caso colombiano, solo es un intento fallido de querer combatir el crimen a través del temor y el miedo que puede infundir la privación del derecho fundamental a la libertad.

CONCLUSIONES

La institución jurídico penal de la reincidencia que se introdujo con la Ley 1959 de 2019 vulnera el debido proceso y el derecho a la igualdad al desconocer los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad que se encuentran establecidas en el capítulo II del Título IV del Libro primero del Código Penal Colombiano, y las múltiples interpretaciones jurisprudenciales sobre estos derechos, tanto a nivel nacional como internacional.

La incorporación de la reincidencia en el delito de violencia intrafamiliar constituye una excesiva criminalización. Los debates que se surtieron en el Congreso evidencian el desconocimiento de esta institución y sus repercusiones en un Estado Social de Derecho, donde se castiga el acto y no al autor.

Una de las alternativas que puede reemplazar el incremento de las penas en situaciones de reincidencia con delitos que tengan que ver con violencia intrafamiliar es el de revisar la forma en que la política criminal se encuentra conectada con las políticas públicas en salud, educación e inversión social, ya que su enfoque debe ser manejado de manera integral y sistemática, lo cual solamente se supera a partir de un desarrollo y materialización efectiva de los derechos sociales.

También queda evidenciado que el populismo punitivo a lo único que ha conllevado es a la existencia de un caos

en el ordenamiento jurídico y a una represión inútil que no ha servido para mejorar la situación de la violencia intrafamiliar en Colombia.

REFERENCIAS

ARBOLEDA, M., & RUIZ, J. (2018). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Colombia: Leyer editores.

CAMARGO, E. (2010). *El Debido Proceso en el Sistema Penal colombiano: el alcance de la Ley 906 de 2004*. Disponible en: <https://cutt.ly/gjzRMqb>

Congreso de la República de Colombia (27 de abril de 2018). *Gaceta del Congreso, Senado y Cámara* n.º 190. ISSN 0123-9066. Recuperado el 28 de julio de 2020. Disponible en: https://legislapp.mininterior.gov.co/media/archivos_debates/pon_1ER_dte_Du8qlRQ.pdf

Congreso de la República de Colombia (2 de octubre de 2018). *Gaceta del Congreso, Senado y Cámara* n.º 782. ISSN 0123-9066. Recuperado el 28 de julio de 2020. Disponible en: https://legislapp.mininterior.gov.co/media/archivos_debates/TD_2DO_dte_HbVVss5.pdf

Congreso de la República de Colombia (6 de noviembre de 2018). *Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 201 de 2018 Cámara y 139 de 2017 Senado*. Recuperado el 28 de julio de 2020. Disponible en: https://legislapp.mininterior.gov.co/media/archivos_debates/pon_3ER_dte_qbfaEDy.pdf

Congreso de la República de Colombia (13 de diciembre de 2018). *Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de Ley 201 de 2018 Cámara y 139 de 2017 Senado*. Recuperado el 28 de julio de 2020. Disponible en: https://legislapp.mininterior.gov.co/media/archivos_debates/pon_4TO_dte_53uswf9.pdf

- Congreso de la República de Colombia (20 de junio de 2019). *Ley 1959, por la cual se modifican y adicionan artículos de la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004, en relación con el delito de violencia intrafamiliar*. DO: 50990.
- Consejo Superior de Política Criminal (24 de octubre de 2018). Concepto 01.2018 de 2018.
- Corte Constitucional de Colombia (7 de diciembre de 1993). Sentencia C-565 de 1993. [M.P.: Hernando Herrera Vergara].
- Corte Constitucional de Colombia (26 de marzo de 2014). Sentencia C-178 de 2014. [M.P.: María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional de Colombia (5 de agosto de 2015). Sentencia C-496 de 2015. [M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional de Colombia (13 de abril de 2016). Sentencia C-181 de 2016. [M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional de Colombia (14 de marzo de 2018). Sentencia C-015 de 2018 [M.P.: Cristina Pardo Schlesinger].
- CORTÉS, M. (2018). *La Función de la Pena en Colombia bajo la Ley 599 de 2000*. Disponible en: <https://bit.ly/375FZRC>
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (2012). *Derecho Penal parte General, teoría del delito y de la pena*. Volumen II. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá.
- FERNÁNDEZ, W. (2012). *Populismo Punitivo*. Disponible en: <https://bit.ly/3ycyTXm>
- MARTÍNEZ, PEÑA y PEÑA (2016). *La Reincidencia en el Derecho Penal Colombiano: Análisis de la Sentencia C-181 de 2016 de la Corte Constitucional*. Disponible en: <https://cutt.ly/njQt1rl>

- MELÉNDEZ, A. (2019). *La Investigación Judicial con Aplicabilidad del principio de Igualdad en Colombia*. Disponible en: <https://bit.ly/3xfDt5X>
- MEINI, I (2013). *La pena: función y presupuestos*. Disponible en: <https://bit.ly/3i9xF9S>
- MOLINA, R. (2010). *El debido proceso penal en Colombia y España*. Disponible en: <https://cutt.ly/fjzR2Vy>
- MONTERO, E. (2008). *El funcionalismo penal, una introducción a la teoría de Günther Jakobs*.
- ÑAUPAS, H.; MEJÍA, E.; NOVOA y VILLAGÓMEZ, A. (2014). *Metodología de la investigación cuantitativa–cualitativa y redacción de la tesis*. Bogotá: Ediciones de la U.
- NOGUEIRA, H (2009). *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales Efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano*. Disponible en: <https://bit.ly/3ygMMDS>
- Organización de Naciones Unidas, Asamblea General (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos, 217 A (III)*. Recuperado el 22 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>.
- RODRÍGUEZ, V. (2020). *El Debido Proceso Legal y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CIDH)*. Disponible en: <https://cutt.ly/qjzTcau>
- SUÁREZ, Y. (2020). *Análisis criminológico sobre la intervención de la Corte Penal Internacional-CPI por Crímenes de Lesa Humanidad en escenarios de conflicto armado*. Disponible en: <https://bit.ly/3ycnqmU>

SEGUNDA PARTE:
JUSTICIAS INTERCULTURALES Y RESTAURATIVAS

LA INTERCULTURALIDAD DE LAS JUSTICIAS EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS DESDE LA COORDINACIÓN INTERJURISDICCIONAL*

ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO**

*N: En algún momento ustedes se plantearon hacer las cosas
a las buenas, dar un debate civilizado.*

*P: Y ustedes creen que el gobierno ha dado debates
civilizados con los pueblos indígenas en estos 500 años
de resistencia...*

N: Se sienten en el derecho de actuar violentamente.

* Este artículo se realizó gracias a los insumos y conversaciones con integrantes de la Escuela de Derecho Propio Zenú en Córdoba, y una miembro en ese momento de la Organización Indígena de Antioquia, quienes en medio de la adversidad que representó la pandemia en sus comunidades tuvieron el tiempo para facilitar los diálogos. También agradezco a Camilo Carmona, monitor del Centro de Investigación en Política Criminal, quien fue el encargado de sistematizar las respuestas a los derechos de petición enviados a las distintas instituciones que se mencionan en el escrito.

** Abogada, Docente-investigadora del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia; estudios de Maestría en Estudios de Paz, Conflicto y Desarrollo, Universidad de Bradford, Reino Unido. Especialista en Cooperación Internacional y Proyectos de Desarrollo; asesora en proyectos de desarrollo y experiencia de trabajo con poblaciones en condiciones de vulnerabilidad. Coeditora de la publicación de la red de Criminología Crítica del Centro de Investigación en Política Criminal. Correo-e: Angela.olarte@uexternado.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-7169-5060>

P: Se sienten ustedes con el derecho de titular todos los territorios ancestrales contra la memoria de nuestras generaciones.

N: En este mundo que ustedes ven en blanco y negro por qué deciden hacerlo el día del paro.

P: Ustedes ponen la violencia y la muerte en blanco y negro.

Nosotros no vemos el mundo en blanco y negro, ustedes son los miopes contra la memoria histórica del país”¹.

Resumen: Este artículo analiza el alcance de la interculturalidad de las políticas públicas sobre la coordinación interjurisdiccional entre la justicia ordinaria y la jurisdicción indígena en Colombia cuando hay conflictos en materia penal. Para lo cual se estudió la interpretación del pluralismo jurídico igualitario en Colombia, así como el desarrollo teórico de la interculturalidad. Después, se examinaron distintas políticas públicas de coordinación interjurisdiccional a la luz de los enfoques de interculturalidad, las tensiones que existen entre las justicias y sus impactos en la garantía del ejercicio de la función jurisdiccional indígena. Por último, se realizó una reflexión sobre el alcance del reconocimiento de la jurisdicción indígena bajo una mirada de interculturalidad crítica. Esta investigación se hizo bajo una metodología cualitativa y se concluyó que es necesario generar diálogos interculturales donde exista el reconocimiento de las asimetrías a las que han estado sometidas las justicias indígenas.

1 Fragmentos de la entrevista realizada por el periodista Néstor Morales (N) de Blu Radio a Pedro Velasco (P), Gobernador misak, a propósito del derribamiento de la estatua de Sebastián de Belalcázar en la ciudad de Cali el 28 de abril de 2021.

Palabras clave: Interculturalidad; Coordinación interjurisdiccional; Justicia indígena; Justicia social.

INTERCULTURALITY AMONG JUSTICES IN COLOMBIA:
AN ANALYSIS FROM THE INTERJURISDICTIONAL
COORDINATION

Abstract: This article analyses the extent in which policies about inter jurisdictional coordination among ordinary and indigenous jurisdiction are align with interculturality in Colombia. For doing this, it was necessary to study the interpretation of egalitarian pluralism and the theories of interculturality. Then, this chapter analysed the conflicts that emerged from the policies of inter jurisdictional coordination and the impact in the exercise of the indigenous jurisdiction. The last part, call to some reflections about the recognition of the indigenous jurisdiction under a critical interculturality view. This research uses a qualitative methodology and concludes that it is necessary to generate intercultural dialogues in which indigenous justice asymmetries are recognized.

Keywords: Interculturalism; Inter-jurisdictional Coordination; Indigenous justice; Social Justice.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, Colombia enfrenta una crisis social, política y económica que se ha visto agravada por la actual pandemia global causada por el Covid-19. Esto se refleja en las cifras publicadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), las cuales advierten que durante el 2020 la pobreza monetaria incrementó al 42,5%, mientras que la pobreza extrema llegó a 7,47 millones de personas (DANE, 2020), el desempleo total nacional aumentó

en 3,7% llegando al 15,9%, el crecimiento económico se contrajo en un 6,6% (Banco Mundial, 2021) sumado a una crisis de gobernabilidad que sitúa a Colombia como el cuarto país, entre 28 países, que más desconfía del gobierno y al 72% de la población le preocupa que los líderes gubernamentales traten de engañar a la gente a propósito (Eldelman Trust Barometer, 2021). Ahora bien, es importante precisar que estas cifras no dan una lectura precisa de la realidad del país, pues homogeneizan la situación de los territorios y de algunas poblaciones lo que lleva a reforzar la desigualdad, la exclusión y la discriminación a las que han estado sometidas históricamente.

En el informe del Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas sobre los impactos del Covid-19 en los derechos territoriales de los pueblos indígenas de Colombia se describen los efectos que producen las medidas adoptadas por el Gobierno nacional en medio de la pandemia y que afectan los derechos territoriales como, por ejemplo, el riesgo de los territorios de población indígena despojados o en riesgo de despojo ante el escalamiento del conflicto armado, los desalojos urbanos de integrantes de pueblos indígenas, la reanudación de aspersiones aéreas con glifosato, la priorización en la adopción de medidas militares sobre las medidas sanitarias y la autorización de consultas previas virtuales para darle celeridad a los proyectos de “desarrollo” pendientes (Observatorio de Derechos Territoriales de los pueblos Indígenas, 2020). Este último punto llama la atención, especialmente por los resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda 2018, que entre otras cosas arrojó que la cobertura de internet en viviendas con hogares de jefatura indígena es de 6,4% frente al total nacional de 43,4%, la cobertura de energía eléctrica es del 66% frente al total nacional de 96,3% (DANE, 2019), lo cual evidencia una flagrante violación para

el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en medio de la crisis sanitaria.

La situación que hoy viven los pueblos indígenas fue agudizada por la pandemia. Sin embargo, se revelan de manera más clara las violencias estructurales, simbólicas y la desigualdad a la que han estado sometidos los pueblos indígenas históricamente. Así lo demuestra el informe del Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH): “La noción de violencia en su relación histórica y de cara al conflicto armado implica que los actos violentos son la repetición de prácticas históricas” (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2019, p. 113) causadas por varios actores como los evangelizadores, el gobierno, los empresarios y los grupos armados ilegales. Según Luis Fernando Arias, Consejero Mayor de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), los pueblos indígenas vienen sufriendo la militarización de sus territorios, el asesinato de sus autoridades tradicionales, el despojo de sus territorios ancestrales y, por otro lado, la anuencia del Estado con la invasión de los proyectos de desarrollo que resultan en una forma de legitimar la violencia económica y los crímenes ambientales, lo que ha generado un debilitamiento en la Red Vital², una disrupción en sus relaciones con los seres naturales, humanos y espirituales (CNMH, 2019).

De lo anterior, es difícil no evidenciar un distanciamiento entre el Estado y los pueblos indígenas que lleva a cuestionar la efectividad del pluralismo jurídico, la diversidad y el multiculturalismo reconocido en la Constitución de 1991, en tanto que sus necesidades son desconocidas y

2 “La Red Vital como el entramado interrelacionar que se teje entre el mundo material de la vida fáctica y la inmaterialidad de las repercusiones que causan los hechos en las relaciones sociales, en la cultura y el territorio” (CNMH, 2019, p. 15).

hay una afectación constante de sus derechos colectivos. Se supone que este reconocimiento debía reflejarse en el diseño de políticas públicas que de manera progresiva materializarían la igualdad frente a los pueblos indígenas disminuyendo las asimetrías de poder y construyendo relaciones más equitativas (Walsh, 2002). Según Sánchez (2011), “es importante señalar que estos procesos implican una significativa responsabilidad gubernamental como atributo del sistema político y del sistema de gobierno. No es simplemente la posibilidad de respuesta unidimensional que tiene un gobierno a las demandas de las sociedades indígenas, sino que el buen gobierno debe estar constituido por la visión misma de las demandas que se procesan y constituyen desde las autoridades y los comunitarios indígenas y sus líderes” (p. 7).

La gobernabilidad indígena no ha sido ajena a estas tensiones que se han dado, especialmente entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, cuando hay conflictos en materia penal, por un lado, intentando insertar las justicias dentro de unas lógicas subordinadas dentro del orden nacional y, por otro lado, como un proceso “que se construye desde la gente y requiere la transformación de las estructuras, instituciones y relaciones sociales y la construcción de condiciones de estar, pensar, ser, conocer, aprender sentir y vivir distintas” (Walsh, 2009, p. 4).

Teniendo en cuenta estas consideraciones, este artículo analiza el alcance de la interculturalidad de las políticas públicas sobre la coordinación interjurisdiccional entre la justicia ordinaria y la jurisdicción indígena en Colombia cuando hay conflictos en materia penal. Para esto, en la primera parte se definirá el alcance teórico del pluralismo jurídico igualitario, su interpretación en Colombia, así como el desarrollo teórico de la interculturalidad. En la segunda parte se examinarán distintas políticas públicas

de coordinación interjurisdiccional a la luz de los enfoques de interculturalidad, las tensiones que existen entre las justicias y sus impactos en la garantía del ejercicio de la función jurisdiccional indígena. Por último, se realizará una reflexión sobre el alcance del reconocimiento de la jurisdicción indígena bajo una mirada de interculturalidad crítica. Este artículo encuentra su justificación, en la medida que el estudio de las políticas públicas de coordinación interjurisdiccional determina el alcance en la transformación del ejercicio del poder, en la reducción de las asimetrías entre justicias y el reconocimiento de la “otra” justicia como una forma de gobernabilidad democrática.

Para alcanzar el objetivo general se utilizó un enfoque cualitativo de investigación y para ello se acudió a la revisión del estado del arte y al análisis documental. El primero, para hacer las delimitaciones conceptuales de las teorías utilizadas, y el segundo, para identificar y contrastar las narrativas oficiales sobre la coordinación interjurisdiccional y las narrativas no oficiales de las autoridades y miembros de comunidades indígenas. Para esto se estudiaron fuentes secundarias como informes gubernamentales, informes no gubernamentales, audios de entrevistas a autoridades indígenas en el marco del programa Justicia para una Paz Sostenible liderado por la USAID³ y videos de los encuentros de la jurisdicción indígena, organizados por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (EJRLB) llevados a cabo durante el 2018 y 2019. Como fuente primaria se realizó un conversatorio entre autoridades indígenas y actores involucrados en la coordinación interjurisdiccional, y dos entrevistas semiestructuradas telefónicas a líderes indígenas de organizaciones como

3 Agencia de Cooperación de Estados Unidos.

la Organización indígena de Antioquía (OIA) y la Escuela de Derecho Propio Zenú en Córdoba, llevadas a cabo durante el 2020^[4]. Inicialmente, se tenía previsto realizar grupos focales presenciales con distintas organizaciones indígenas para integrar métodos dialógicos; sin embargo, debido a las restricciones de la pandemia generada por el Covid-19, no fue posible realizar el trabajo de campo de manera directa.

1. PLURALISMO JURÍDICO E INTERCULTURALIDAD EN COLOMBIA

La facultad de administrar justicia por parte de los pueblos indígenas en Colombia deriva del artículo 246 de la Constitución Política que establece que “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional” (Constitución Política, 1991). Es importante precisar que este artículo no creó la jurisdicción indígena, sino que reconoció las formas de justicia que los pueblos indígenas ejercían antes de la Constitución de 1991, y más que un reconocimiento jurídico fue un reconocimiento a los pueblos indígenas como sujetos políticos, dando vida al pluralismo jurídico.

Según Hoekema, el pluralismo jurídico se manifiesta de dos maneras: el unitario y el igualitario. En el primero se reconoce la coexistencia de dos o más sistemas de

4 Los nombres de las autoridades, líderes y lideresas aquí consultadas fueron obviados con el fin de mantener la confidencialidad de los mismos.

derecho, pero es el Estado el que de manera unilateral lo dota de legitimidad e impone los límites de aplicación de dicho sistema (Hoekma, 2002). El pluralismo igualitario surge cuando coexisten diversos sistemas de derecho distintos al derecho oficial y “reconoce además la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional” (Hoekema, 2002, p. 72). De esta definición se puede interpretar que el artículo 246 de la Constitución colombiana adopta aparentemente el pluralismo jurídico igualitario pues en primer lugar reconoce a las distintas autoridades indígenas (tradicionales o administrativas) la facultad de administrar justicia, haciéndolos parte de la rama judicial en calidad de jueces de la República (Sánchez, 2009); y le reconoce a sus decisiones el alcance de cosa juzgada (Gómez, 2015). Asimismo, reconoce que hay ordenamientos jurídicos que coexisten y que derivan de valores distintos como lo son la ley de origen, el derecho propio, la tradición ancestral, lo cual nos lleva a una multiplicidad de formas de concebir la justicia.

Ahora bien, la Constitución de 1991 impuso la obligación de que debía establecerse por vía legislativa las formas de coordinación interjurisdiccional. Es decir, instó al Congreso de la República a llevar a cabo el debate para establecer esos valores mínimos sobre los cuales debía partir esa coordinación y que debían atender los límites ya impuestos a la jurisdicción indígena en cuanto al postulado del mismo artículo “siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes de la República” (Constitución Política, 1991). Esto último refleja un pluralismo unitario. Actualmente, no existe la ley de coordinación debido a la

gran dificultad que esto representa en un país que tiene 115 pueblos indígenas según el último Censo Nacional (DANE, 2019); los 115 pueblos cuentan con organizaciones distintas y sistemas propios de control social. Lo anterior no es óbice para desconocer la coordinación, pues el hecho de que no exista una ley no quiere decir que la jurisdicción especial indígena no exista y no esté en capacidad de ser legitimada. De hecho, ha sido la Corte Constitucional la que a través de la jurisprudencia ha diseñado algunos principios rompiendo concepciones monistas; en todo caso, no ha sido un proceso lineal y también ha tenido retrocesos.

En todo caso, el reconocimiento en Colombia de la jurisdicción especial indígena de ninguna manera significó una transformación inmediata en el ejercicio de la justicia y la aceptación de otras formas de control social, por un lado, debido a que los pueblos indígenas no son homogéneos y sufrieron de distintas maneras la invisibilización por parte del Estado, por lo que la reivindicación de sus justicias ha sido un proceso de reconstrucción y, por otro lado, porque muchas de sus formas de control social han sido “descalificadas por la sociedad nacional como bárbaras, salvajes, incivilizadas, e, incluso, inhumanas, por ser consideradas violatorias de derechos humanos” (Gómez, 2015, p. 69).

Teniendo en cuenta estas consideraciones, se parte de algunos supuestos desde donde no es posible llevar a cabo la coordinación jurisdiccional. En primer lugar, no puede ser entendida desde dos orillas opuestas, donde autoridades judiciales y autoridades indígenas no se encuentran; por el contrario, se trata de encuentros, desencuentros y de la construcción de “distintas prácticas, lógicas y conocimientos jurídicos en contextos de diversidad cultural, étnica y jurídica” (Gómez, 2015 p. 93). En segundo lugar, tampoco se trata de elaborar reglas estáticas donde la

diversidad cultural queda codificada y todo aquello que la sustenta como la memoria, la interacción, y la tradición oral desaparezcan. Por último, la coordinación no puede definirse como un problema procesal resuelto por profesionales de derecho a través de la aplicación de tecnicismos jurídicos (Olarte, Ramos, 2020). Por el contrario, lo que se propone en este artículo es que las políticas públicas de coordinación interjurisdiccional se implementen desde el ejercicio efectivo del pluralismo jurídico igualitario y la materialización de verdaderos diálogos interculturales.

Ahora bien, ¿qué se entiende por interculturalidad? De acuerdo con Walsh, hay tres tipos de interculturalidad: la relacional, la funcional y la crítica. La primera hace referencia al intercambio entre culturas de manera general y desde una perspectiva individual; con este enfoque se ocultan las “estructuras sociales, políticas, económicas, y también epistémicas, que posicionan la diferencia cultural en términos de superioridad o inferioridad” (Walsh, 2009, p. 4). Por su lado, la interculturalidad funcional busca la inclusión de la diversidad dentro de la estructura social establecida, es decir, no cuestiona las asimetrías de poder del sistema predominante; es funcional toda vez que reconoce la diversidad, pero la vacía de su significado para adaptarla y ponerla al servicio de los intereses del orden predominante, lo cual no necesariamente equivale a sociedades más incluyentes (Walsh, 2009). Por último, la interculturalidad crítica está orientada a la “transformación de las estructuras, instituciones y relaciones sociales, y la construcción de condiciones de estar, ser pensar, conocer, aprender, sentir, vivir distintas (...) es un proceso político, social, ético y epistémico” (Walsh, 2009 p. 4).

En este sentido, cuando en este artículo se habla de verdaderos diálogos interculturales se hace referencia a la interculturalidad crítica planteada por Walsh (2009),

aquella en la que se revierten los conceptos totalizantes que se han percibido como legítimos, que naturalizan la diferencia, es decir, que no se preocupan por generar acciones diferenciales y, por el contrario, se concibe como un proceso en construcción donde los dispositivos de poder se transforman para alcanzar la simetría, el reconocimiento y la igualdad.

2. TENSIONES DE LA COORDINACIÓN INTERJURISDICCIONAL EN COLOMBIA

Estas definiciones sobre interculturalidad permiten comprender el enfoque sobre el que se ha basado la coordinación interjurisdiccional en Colombia. Uno de los instrumentos de política pública en materia de coordinación más importantes es el Acuerdo n.º PSA12-9614 de 2012, el cual tiene como objeto “establecer las medidas de coordinación interjurisdiccional y crear los mecanismos de interlocución entre la Rama Judicial y los pueblos indígenas, como sujetos colectivos de derechos, de conformidad con la Constitución Política, los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, la Ley de Origen, el Derecho Mayor o el Derecho Propio y la jurisprudencia aplicable. Los mecanismos y acciones de interlocución y coordinación interjurisdiccional entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena que se establezcan deberán ser coherentes con los valores culturales de cada pueblo y garantizarán los derechos reconocidos en instrumentos internacionales y nacionales a estos pueblos” (Consejo Superior de la Judicatura, 2012).

Dentro de estos instrumentos de coordinación se encuentran las escuelas de derecho propio, la capacitación de los jueces, magistrados y autoridades indígenas en

formación intercultural, capacitación en restitución y formalización de territorios de comunidades indígenas, sistematización y divulgación de las decisiones de la jurisdicción indígena y de manera concertada se adelantarán investigaciones y estudios de georreferenciación de las autoridades indígenas, despachos judiciales, entre otros.

También se creó la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena (COCOIN) como órgano e instancia permanente de interlocución, concertación, planeación, diseño y seguimiento de las políticas públicas de la Rama Judicial en materia de Jurisdicción Especial Indígena. Esta Comisión la integran 20 miembros de los cuales 11 son de entidades oficiales de la rama judicial, ejecutiva y de los organismos de control; los 9 restantes son los miembros de organizaciones indígenas y representantes de las distintas regiones donde hay presencia de pueblos indígenas (artículo 16). Posteriormente, mediante acuerdo n.º PSA13-9816 de 2013, el Consejo Superior de la Judicatura creó las mesas departamentales de coordinación interjurisdiccional para que fueran el órgano de implementación y consolidación de las políticas regionales de coordinación; en el 2014 se habían creado 10 mesas departamentales⁵ (Consejo Superior de la Judicatura, 2013).

Adicionalmente, se encuentra el plan decenal de justicia 2017-2027 que de manera muy acertada plantea los retos y dificultades en el ejercicio de las justicias étnicas (indígena, afro y rom). Dentro de los retos, supone el “generar una confianza sostenible por parte de los pueblos en el Estado a partir de la transformación del paralelismo

5 Las mesas creadas corresponden a Caldas, Cesar, Córdoba, Huila, Quindío, Tolima, Chocó, Caquetá, Antioquia, Ibagué.

jurídico en un eficiente pluralismo jurídico; e implementar políticas públicas con los pueblos étnicos, teniendo en cuenta las realidades, capacidades, saberes y aportes de cada territorio, las diferencias entre los grupos y, por supuesto, haciendo visible el impacto por género, edad y orientación sexual diversa, que se acentúa como consecuencia de los daños que ha representado la violencia en nuestro país” (Ministerio de Justicia, 2017, p. 445). Dentro de las proyecciones, se reconoce que el plan decenal de justicia no tiene la naturaleza para convertirse en una ley estatutaria de coordinación y establece como prioritario la necesidad de garantizar la coordinación interjurisdiccional y el diálogo intercultural. Este proceso también ha contado con la consulta previa, la cual se protocolizó en diciembre de 2020 (Consejo Superior de la Judicatura, 2021).

Por último, está el Plan Nacional de Desarrollo (PND), que en la propuesta unificada de los pueblos y organizaciones indígenas frente al PND 2018-2022, pone de relieve la deficiencia total en los procesos de coordinación entre la jurisdicción indígena y otras jurisdicciones para lo cual la propuesta fue diseñada para incluir el sistema jurídico de los pueblos indígenas como parte del sistema jurídico nacional; la financiación y funcionamiento de la COCOIN; programas de formación sobre la JEI, a funcionarios públicos, autoridades indígenas y magistrados; la financiación y fortalecimiento de los sistemas propios de control y protección territorial, ambiental y social de los pueblos, entre otros.

De estos mecanismos se destaca la participación y el consenso de las comunidades indígenas en su elaboración y puesta en marcha. Por ejemplo, el Módulo de Capacitación Intercultural Indígena para la sensibilización de la coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena fue elaborado junto con la ONIC y otras

organizaciones indígenas. En este módulo se desarrollaron conceptos para la comprensión de las justicias de las comunidades indígenas y se planteó la coordinación como un asunto intercultural, lo cual significaba darle paso a una cultura jurisdiccional que apenas se formaba y que esperaba crear hábitos para los jueces y autoridades indígenas que contribuirían “a la convivencia judicial entre sistemas jurídicos distintos” (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015, p. 40). De igual manera, la propuesta para el Plan Nacional de Desarrollo fue formulada desde la Mesa Nacional de Concertación.

Otros instrumentos que se destacan y desarrollan estas políticas son la directiva 0012 de la Fiscalía General de la Nación en la cual se establece la ruta cuando hay miembros de comunidades indígenas involucrados en alguna investigación, así como los lineamientos de enfoque diferencial de Medicina Legal, y un proyecto de ley que está pendiente sobre la privación de la libertad de los miembros de comunidades indígenas.

Ahora bien, no es posible hacer una evaluación de estos instrumentos de política pública, pues su implementación ha sido fragmentada y discontinua. Según Correa, el reconocimiento de la JEI “se ha dado dentro del ejercicio de la justicia como gestión y como acceso al derecho fundamental a ella” (Correa, 2019, p. 383). En este sentido, como derecho fundamental se han diseñado políticas públicas de adecuación institucional que en teoría promueven la coordinación pero que en la realidad se han caracterizado por las ausencias en las prácticas institucionales, como por ejemplo en los proyectos de reforma a la justicia en los que han omitido el tema y poco se ha llegado a desarrollar el pluralismo jurídico igualitario (Correa, 2019). La última reforma a la justicia es ilustrativa porque no hace ninguna mención a las justicias indígenas, ni a la coordinación

interjurisdiccional. Sólo se limita a puntualizar que la jurisdicción indígena y la militar ejercen funciones jurisdiccionales, pero no hacen parte de la rama judicial (Congreso de la República, 2021).

Esta ausencia ha generado que lo que las instituciones han entendido como “diálogo intercultural” en la coordinación interjurisdiccional, sea esporádico, no sea simultáneo y no corresponda a un verdadero “diálogo de saberes”, el cual se basa en la otredad, es decir en la comprensión del otro desde la confrontación, la negociación y la búsqueda de acuerdos, sin necesidad de traducir lo distinto en los términos de lo mismo, sin universalizar ni totalizar (Leff, 2004).

El diálogo de saberes se debe concebir desde los contextos donde interactúan los sujetos y desde las acciones que se ejercen en la vida cotidiana. En este caso es muy importante revisar desde dónde se ejercen las justicias propias y la coordinación con otras justicias desde la cotidianidad. Para esto es importante identificar las tensiones que se presentan cuando hay conflictos de competencia en materia penal entre la justicia ordinaria y la jurisdicción especial indígena a pesar de la existencia de los múltiples instrumentos de política pública que se han diseñado e implementado para estos fines.

De acuerdo con las conversaciones sostenidas y las grabaciones de los encuentros de la jurisdicción indígena y conversatorios del programa Justicia para una paz sostenible, uno de los problemas más complejos para las autoridades y miembros de pueblos indígenas respecto de la coordinación tiene que ver con la concepción de los sistemas jurídicos por parte de las autoridades judiciales. Según Kasukaku Busintana, autoridad arhuaca, todo deriva de la ley de origen, que permite entender la vida y la historia del origen. Esta ley es transmitida de

generación en generación a través de la interacción y la relación con la naturaleza. Por lo que, más que sistemas jurídicos, Kasukaku se refiere a tejidos ancestrales, pues son producto de la memoria colectiva y no están escritos (EJRLB, 2019). Igualmente, explica que la justicia tiene que ver con la armonía, el equilibrio y el buen vivir, es decir, con las prácticas y las vivencias en la interacción con la naturaleza, el territorio, el cosmos, el universo, y no se puede entender la justicia de manera sectorial sino desde una mirada holística (EJRLB, 2019).

Por su parte, para el profesor Mutauta (2019), autoridad misak, la justicia está ligada con el territorio no como una dimensión geográfica sino como un espacio de vida, donde el agua y las piedras tienen su lenguaje y hay una interrelación entre todo el universo. Para esta autoridad es necesario entender que la justicia más que castigo es la salvaguarda del equilibrio y el no olvidar el vivir indígena (EJRLB, 2019). Para la lideresa Melissa Santacruz, del pueblo gunadule, la justicia no se puede entender sin la ley de origen como “el camino de la vida y la relación del hombre y la mujer con la naturaleza, es decir, la relación con el otro y con los demás seres” (Ministerio de Justicia, 2021). Estas autoridades coinciden, entonces, en que ese buen vivir se debe ver reflejado en las prácticas cotidianas y las relaciones con la naturaleza que no son ajenas de daños y de conflictos y de ahí la importancia de restaurarlas, por ejemplo, a través de pagamentos como los que realizan los pueblos arhuacos, o a través de actos específicos como el Bëtsnate o el Carnaval del Perdón del pueblo kamentsá⁶.

6 El objetivo de este carnaval es el de “armonizar las relaciones sociales y restablecer el equilibrio alterado por los conflictos, fortalecer los lazos comunitarios y garantizar la prosperidad para todos, mediante la

Un segundo aspecto es la concepción de justicia que está íntimamente ligada con el castigo, por lo que, cuando se presenta un conflicto entre estas dos jurisdicciones, la reacción del sistema ordinario es activar el proceso judicial sin tener en cuenta otros aspectos que son relevantes para los pueblos indígenas. Como lo sostiene un funcionario del Programa para una Justicia Sostenible de la USAID: “la mayoría de los pueblos no tienen en su vocablo la palabra justicia y esta no es sinónimo de cárcel, policía o delitos” (conversatorio, del 24 de septiembre de 2020). Cuando hay transgresión de la ley de origen en el pueblo arhuaco es necesario iniciar un proceso de reflexión con la naturaleza y un diálogo interior y espiritual con el agresor, pues esta persona está necesitando consejo de los mamos y los mayores. Según una mujer miembro de este pueblo, este proceso puede durar muchas horas, hasta días, para llegar a un acuerdo (conversatorio, 24 de septiembre de 2020).

Una lideresa de la Organización Indígena de Antioquia (OIA), por su parte, señala que el pueblo gunadule “no habla de castigo sino del consejo para recurrir a la raíz y reconstruir desde el vientre, desde la madre tierra (...) más que sanciones se busca una sanación porque es como una enfermedad” (conversatorio, 24 de septiembre de 2020). Según James Jarupia, del pueblo embera katio, cuando se transgrede el orden originario del buen vivir es necesario resarcir el equilibrio y quien lo hace es la familia nuclear acompañada del jaibaná como médico tradicional (Ministerio de Justicia, 2021).

Lo mismo sucede en el pueblo wayúu, donde los conflictos se abordan desde una perspectiva colectiva –familiar

compensación y agradecimiento a la Madre Tierra por los frutos recibidos” (GÓMEZ, s.f., p. 1).

y comunitaria-, y la búsqueda de la verdad no es un supuesto procesal sino una forma de sanar el tejido social a través de la palabra y compensar el daño con el acompañamiento del putchipú quien cumple una labor muy importante de mediador y de armonizador (Ministerio de Justicia, 2021). Para estas autoridades y líderes indígenas la justicia ordinaria no asegura que no haya impunidad o la reparación del daño hacía la víctima, por el contrario, desconoce que la comunidad también es responsable y víctima de la conducta del sujeto y por lo tanto debe ser parte de la solución y de la reparación del daño. Como lo señala Gutiérrez: “A diferencia de Occidente, los pueblos indígenas no tienen un sistema penal retributivo; no culpabilizan al individuo ni existen rótulos sociales o penales. Los sabios escuchan e interpretan a los ancestros a través de sus signos y mensajes de la naturaleza de una manera imparcial. Esa escucha busca el equilibrio permanente” (2019, p. 42).

Estas comprensiones se debían fortalecer en las escuelas de derecho propio y conversar en las mesas departamentales de coordinación interjurisdiccional y en las capacitaciones lideradas por la EJRLB. Sin embargo, para algunas autoridades, a pesar de estos instrumentos, sigue faltando un diálogo intercultural crítico. Por ejemplo, para una autoridad del pueblo zenú no hay un entendimiento por parte de los jueces sobre la ley de origen, lo cual impide que haya coherencia frente al actuar institucional, pues los jueces se encuentran muy distantes de las actividades de formación en JEI que lleva a cabo la EJRLB. En el caso de la formación llevada a cabo en Córdoba, únicamente se presentaron 3 jueces del departamento, lo que refleja la falta de interés (entrevista, 15 de septiembre de 2020). Esta falta de comprensión ha hecho que los centros de armonización se asimilen a las cárceles, exigiendo el

cumplimiento de estrictos criterios de seguridad cuando el encierro también debe ser acompañado de trabajos comunitarios para la restauración del tejido social. Para esta autoridad, cuando la defensa y el castigo se centra en lo individual se olvida la importancia de lo comunitario (entrevista, 15 de septiembre de 2020).

Para una representante de la OIA, la coordinación jurisdiccional ha sido escasa a pesar de los distintos instrumentos que se han diseñado y, especialmente, la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional sobre la cual los jueces en territorio hacen lecturas inapropiadas que impiden el ejercicio de la jurisdicción indígena, como lo es sustentar la impunidad –incapacidad– que existe en las justicias propias cuando hay comisión de delitos graves en caso de que estos no se castiguen a través de penas especialmente con cárcel. De esta misma manera, se explica que los jueces, ante el temor de cometer prevaricato y afrontar procesos disciplinarios, prefieren negar la jurisdicción indígena y por ende el acompañamiento por parte de las autoridades indígenas en los procesos donde hay involucrados miembros de pueblos indígenas y las directivas de la Fiscalía no se aplican (entrevista, 20 de septiembre de 2020), es decir prevalece el formalismo sobre la diversidad cultural.

Lo anterior coincide con los resultados de los últimos informes del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia por parte de la Organización de Estados Americanos (MAPP/OEA) donde se establece lo siguiente:

Se percibe que aún persiste la falta de conocimiento generalizado en funcionarios judiciales y gubernamentales a nivel local, regional y nacional sobre la JEL, los mecanismos de justicia propia de los diferentes pueblos y la normativa

que los cobija. Del mismo modo, la existencia de barreras de lenguaje en el marco de procesos judiciales; la exigencia por parte del personal judicial de que ciertos casos se tramiten por la vía ordinaria; y el desconocimiento de figuras como los Centros de Armonización Indígena por parte de algunos funcionarios y funcionarias (...) No obstante, preocupa a la SG/OEA las recientes limitaciones que por vía judicial se le han impuesto al ejercicio jurisdiccional de la JEI y resalta que aún hay regiones del país donde no hay unas dinámicas claras de coordinación interjurisdiccional como en Amazonas, Caquetá, Putumayo, Vaupés, Chocó, La Guajira, Arauca, Boyacá, Córdoba, Cesar y Valle del Cauca (...) se observan algunas debilidades que en el marco de la autonomía de los pueblos dificultan el afianzamiento de la JEI. Ejemplo de ellas son la dinámica de división interna en algunos cabildos que se ha presentado en el Cesar y el Putumayo; el progresivo debilitamiento de las autoridades tradicionales en la Guajira, Meta, Guaviare y Caquetá; el temor de algunos pueblos por asumir casos de complejidad elevada como homicidio o violencia sexual, ejercida incluso contra NNA, quedando en la impunidad en muchas ocasiones; y el reciente uso de instituciones occidentales en la JEI desdibujando los mecanismos ancestrales de control social (MAPP/OEA, 2020, p. 18).

Estas tensiones también se profundizan con las dificultades que se presentan con la coordinación formal, como son la falta de recursos financieros y logísticos para la implementación de los instrumentos anteriormente mencionados y para el funcionamiento mismo de la JEI, lo que ha llevado a que la COCOIN no pueda socializar los avances de coordinación con los distintos delegados en territorios, o que esté pendiente la activación de las mesas departamentales debido a las dificultades de desplazamiento de las autoridades indígenas, dificultad que también tiene que ver con el poco impacto que tienen las capacitaciones de la EJRLB a los funcionarios judiciales que

se encuentran en municipios alejados y de difícil acceso (ONIC, 2021) y la poca representación de las entidades del nivel nacional –judicial, ejecutivo y órganos de control– en estos encuentros.

Además, estas tensiones se reflejan en las sentencias sobre conflicto de competencias por parte de las altas cortes: mientras que por un lado, el Consejo Superior de la Judicatura suele negar la jurisdicción indígena basado en los elementos establecidos por la Corte Constitucional (Olarte y Ramos, 2020), estas mismas decisiones vía tutela en la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia terminan reconociendo la jurisdicción indígena basadas en los mismos criterios pero con argumentos que reflejan el pluralismo jurídico igualitario y la interculturalidad. A pesar de esto, las Altas Cortes no han sido ajenas a decisiones controversiales⁷ y contradictorias que desconocen la capacidad de los pueblos indígenas para resolver y mediar conflictos. Aunque es importante resaltar que los avances en materia de coordinación jurisdiccional en Colombia se han dado gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha ido construyendo de manera casuística. También es necesario resaltar que en esta construcción jurisprudencial ha faltado un elemento muy importante y es el diálogo intercultural –contrario a lo que sucede en la actual Jurisdicción Especial para la Paz–. Según Aquiles Arrieta, magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, no ha existido un intercambio con

7 Dentro de las decisiones más controversiales se encuentran la sentencia de la Corte Suprema de Justicia src7111-2018 (magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco); y la sentencia de la Corte Constitucional T-208 de 2019 (magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido). Esta última mereció el pronunciamiento de las comunidades indígenas al desconocer la aplicación de la justicia indígena en el territorio específico.

las autoridades indígenas que permita edificar entre las distintas autoridades, así como la integración de conceptos como la justicia, la ley de origen y el buen vivir en una justicia multicultural (EJRLB, 2019).

Lo anterior evidencia que las tensiones que surgen de la coordinación material y formal están orientadas a la concreción de una interculturalidad funcional, que en ningún momento cuestiona las asimetrías en las que se encuentran los pueblos indígenas no solo para el ejercicio de las justicias, sino también para la promoción del buen vivir, la protección de la red vital y en general para la reivindicación de sus derechos en un plano de igualdad.

Pues bien, es importante aclarar que las justicias propias no pueden ser entendidas como sistemas normativos prístinos, aislados y perfectos. Por el contrario, siguiendo a Sierra, son “el resultado de múltiples procesos de transacción, negociación y resistencia, y en gran medida ha sido moldeado por las relaciones de dominación y tensión con los sistemas jurídicos dominantes: del colonizador, primero, del derecho estatal nacional, posteriormente, y hoy en día del derecho internacional” (Sierra, 2011, p. 390).

Esta interpenetración permite comprender que los sistemas normativos contienen influencias mutuas que están dadas de acuerdo con las relaciones de poder que los subyacen (Sierra, 2011). En este caso, la interculturalidad funcional ha provocado que “las justicias” indígenas afronten procesos de asimilación e integración del sistema jurídico nacional.

En Colombia, los pueblos indígenas han enfrentado procesos de asimilación o integración de manera diferente, pues esto ha dependido en gran medida del contexto y las necesidades que han ido surgiendo. Por ejemplo, en el Nuevo Reino de Granada, la Real Audiencia de Santafé fue el mecanismo que los indígenas aprovecharon a su

favor para la solución de controversias, especialmente las de índole criminal. Es así como empiezan a “describirse” y a castigarse delitos que no estaban contemplados por el derecho castellano como *ranchearse*, *hacer guerra* o *desposesión*⁸ o la división entre delitos leves y graves –propia del derecho español– entre los cuales se encontraban la muerte de algún cacique, el adulterio, el incesto –estos últimos de gran influencia religiosa que evidencia el adoctrinamiento cristiano (Maldonado, 2014)–. Hoy en día estas influencias son evidentes, especialmente, en los procesos de conflictos de competencias donde prevalece el español como lengua, la imposición de lo escrito sobre lo oral. Esto último ha llevado a la obligación de demostrar reglamentos internos, la de actuar con un defensor abogado, la incorporación del lenguaje jurídico, la necesidad de certificar la pertenencia a determinado pueblo indígena, la incorporación del castigo –cárcel– en los reglamentos internos; en otras palabras, la burocratización de la justicia indígena a través de la domesticación y dominación (Assies, 2001), que facilitan la creación de categorías (personal, institucional, territorial, orgánico) para propiciar la coordinación funcional.

En todo caso, no se puede desconocer que estos procesos de asimilación también han sido procesos de resistencia (Assies, 2001) que han servido para que las comunidades indígenas adopten los discursos oficiales en la reivindicación

8 “Cuando un cacique ocupaba el territorio de otro para ocuparlo se denominaba “ranchearse”, pero si además en esta incursión se apresaban indios, se tomaban indias contra su voluntad, se quemaban bohíos, se destruían las labranzas y se hurtaban objetos con un alto valor dentro de la cosmogonía indígena, este era entendido como “hacer guerra” (AGN,Cac. e Ind, R. 21, f. 33r). La “desposesión” a la que aludían ciertos caciques en sus querellas se refería a esas ocasiones en la que un cacique de otro pueblo o alguien de su mismo pueblo lo apartaban de su cargo y posición para asumir el cacicazgo y señorío (AGN,Cac. e Ind, R. 9, f. 522r)” (MALDONADO, 2014, p. 10).

de sus derechos colectivos, como es el caso de la protección de los territorios. Como ya se mencionó, para los pueblos indígenas el territorio no es algo aislado del buen vivir. Sin embargo, el discurso oficial del territorio ha sido útil para la defensa del mismo ante el despojo y el desplazamiento. De acuerdo con Sierra, estas incorporaciones en el caso del discurso de los derechos humanos han ayudado a “enriquecer sus formas de gobierno y de justicia, lo que a su vez ha posibilitado que grupos subordinados, como las mujeres, se valgan de estos derechos para discutir temas importantes” (Sierra, 2011, p. 397). En Colombia lo podemos evidenciar en los reglamentos internos en los casos de violencia intrafamiliar o violencia sexual contra niños, niñas, adolescentes y mujeres⁹.

3. HACIA UNA JUSTICIA INTERCULTURAL, ENTRE LA NEGOCIACIÓN Y LA CONFRONTACIÓN

En general, la existencia de una interculturalidad funcional ha provocado que el sistema de justicia ordinario termine administrando la diversidad, imponiendo límites y determinando las competencias entre los sistemas, sin cuestionar los valores, ni las narrativas predominantes, ni los lugares desde donde se están interpretando o qué tipo de relaciones se están creando, es decir, es importante cuestionarse si esta nueva institucionalidad de coordinación está institucionalizando valores hegemónicos, poniendo la diversidad al servicio de los intereses del sistema jurídico nacional o si, por el contrario, está reemplazando ciertos

9 En la mayoría de los reglamentos consultados se describe como falta grave la violencia intrafamiliar y la violencia sexual, faltas que tienen establecidos como castigo la cárcel en los centros penitenciarios de la justicia ordinaria.

valores que han impedido históricamente que los pueblos indígenas participen en igualdad de condiciones en los espacios de interacción social.

Para Fraser (2000), el reconocimiento es una cuestión de estatus social, que no tiene que ver con la identidad cultural, sino con “una política que aspira a superar la subordinación reestableciendo a la parte no reconocida como miembro pleno de la sociedad, capaz de participar a la par con el resto” (p. 61). Para esta autora, el reconocimiento depende de la posición de los grupos en los modelos de valor cultural institucionalizado y su capacidad de interacción. Bajo este concepto, los valores se institucionalizan y se manifiestan de distintas maneras formales e informales, por ejemplo, a través de una ley, de una política de Estado, una práctica social, que limitan la interacción como iguales a ciertos grupos de la sociedad. En este sentido, el reconocimiento más que reivindicar la identidad lo que busca es desinstitucionalizar los valores culturales arraigados para la superación de la subordinación y reemplazarlos por valores que permitan y favorezcan la participación de manera igualitaria (Fraser, 2000).

En materia de coordinación interjurisdiccional en el ámbito penal, en el desarrollo de este artículo se evidencia que en el reconocimiento hay una tendencia de inferiorización por parte de las autoridades y operadores judiciales ordinarios hacia las justicias indígenas y sus autoridades, que se ha reflejado no solo desde el nivel territorial con los jueces municipales sino también en el nivel nacional con las altas cortes. En este sentido, se ha institucionalizado como práctica judicial que entre mayor similitud exista entre los sistemas de justicia hay mayor aceptación, lo que en últimas puede provocar un “apartheid” normativo (Fraser, 2000) frente a las justicias indígenas, negando la posibilidad de interacción entre

los sistemas. De igual forma, esta falta de reconocimiento invisibiliza otras causas estructurales que han impedido el ejercicio de la jurisdicción indígena en Colombia como es el conflicto armado interno y la criminalización de las justicias propias.

Según DeJusticia, en el informe temático sobre *Criminalización y ataques contra los pueblos indígenas que defienden sus derechos* (2018) se evidencia cómo el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas después de la firma del acuerdo de paz en Colombia con la guerrilla de las Farc empeoró reforzando su situación de vulnerabilidad. Sostienen que esta situación se deriva de dos causas: la primera, por el avance de los proyectos extractivos y monocultivos en sus territorios que son fuente de explotación económica y, en segundo lugar, por la aparición y dispersión de nuevos grupos armados que disputan el control territorial y han puesto en peligro comunidades enteras.

Desde el 2016 hasta el 2020, 269 defensores, líderes y lideresas indígenas habían sido asesinados por defender la tierra, por oponerse a los proyectos extractivos, por reclamo de tierras, entre otras (Indepaz, 2020). Paradójicamente, la ausencia del Estado en esos territorios ha fortalecido la aplicación de las justicias propias y el accionar jurisdiccional por parte de algunos pueblos frente a los grupos armados ilegales. Sin embargo, también ha generado ataques contra las autoridades indígenas debilitando el ejercicio de sus derechos y generando aislamientos de comunidades enteras que ante la violencia ejercida muchas veces prefieren abstenerse de actuar en el marco de la jurisdicción especial indígena (MAPP/OEA, 2020).

Esta situación generalizada de violencia en los territorios indígenas ha estado acompañada de la constante criminalización por parte de los grupos armados y autoridades estatales hacia las autoridades tradicionales

–ancestrales y administrativas– y la guardia indígena, que ha ido debilitando el ejercicio de las justicias ya sea por el desplazamiento forzado o el confinamiento al que las comunidades se han visto sometidas. Esto ha representado la violación de derechos colectivos ya reconocidos como la consulta previa o la protección de los territorios ancestrales.

Este no reconocimiento no solo es de parte del Estado, sino que, como lo menciona Fraser (2000), se institucionaliza a partir de prácticas sociales. Este artículo inició con un fragmento de una entrevista por parte de un periodista a un líder indígena, en el cual el primero parte de la presunta incapacidad, de la falta de “civilización” y del actuar violento por parte de la autoridad indígena frente al hecho ocurrido con la estatua de Sebastián de Belalcázar en Cali en el mes de abril en el marco de las protestas en Colombia. Así mismo, la introducción de este capítulo describe la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas que es reforzada por el mismo Estado. Estos ejemplos evidencian la necesidad de transformar los valores de interculturalidad que subyacen en las instituciones –formales e informales–, especialmente aquellos que sostienen las políticas públicas que velan por la diversidad y el pluralismo jurídico.

El reconocimiento de esos “otros” saberes de justicia conlleva poner en un contexto de diálogo y confrontación amplia todos los saberes de justicia que a su vez reflejan diversas prácticas y orígenes en las concepciones de justicia, lo que Santos describe como la *ecología de saberes* (Santos, 2017): esa forma de relacionar diversos tipos de conocimiento y ponerlos en igualdad de oportunidades “con la idea de maximizar sus respectivas aportaciones a la construcción de otro mundo posible, es decir una sociedad más justa y democrática” (Santos, 2017, p. 239).

Para Santos, la ecología de saberes consiste en desafiar la jerarquía entre conocimientos que se ha naturalizado a través de la historia, por lo que se debe dar preferencia al conocimiento “que garantice el mayor nivel de participación a los grupos sociales implicados en su diseño, ejecución y control, y en los beneficios de la intervención” (Santos, 2017, p. 255).

Es en este sentido que en materia de coordinación interjurisdiccional se propone un diálogo intercultural crítico en el que no haya coalición de competencias, sino que permita desafiar las premisas sobre las que se ha basado el sistema de justicia ordinario bajo el cual prima el castigo, lo individual, lo punitivo y que permita integrar lo colectivo, lo restaurativo, la ley de origen y la importancia del tejido social. Unas justicias que deconstruyan las violencias simbólicas, estructurales y directas¹⁰ (Galtung, 1990) para desarraigar valores institucionalizados en las estructuras políticas, económicas, sociales, que no permiten que exista una verdadera participación e interacción de las comunidades indígenas en la construcción de la justicia social, pero especialmente que no permiten ese otro pensar, aprender y sentir distinto.

10 La violencia directa según el autor se puede entender como aquella que se ejerce sin que medie objeto y busca generar un daño directo sobre el sujeto destinatario de la violencia; un ejemplo es la violencia física o verbal. La violencia estructural, en cambio, es indirecta y hay mediaciones como las instituciones o las estructuras que perpetúan condiciones de pobreza o desigualdad. Por último, la violencia simbólica es aquella que se deriva de las prácticas culturales y legitima la violencia estructural y la violencia directa.

CONCLUSIONES

Desde la Constitución de 1991 en Colombia hay un reconocimiento de los pueblos indígenas que ha reivindicado el ejercicio de sus derechos colectivos entre los que se encuentran la facultad de administrar justicia. Dicha facultad ha permitido que los pueblos reconstruyan sus sistemas de justicia a partir de la ancestralidad y la memoria colectiva a través de un proceso que en todo caso no ha sido pacífico ni lineal.

Ese reconocimiento ha llevado a que se construyan políticas públicas en materia de coordinación interjurisdiccional, donde se refleja la voluntad institucional pero no se cuestionan los valores y las dinámicas sobre las que se construyen.

Estos valores han obedecido a una interculturalidad funcional más que a una interculturalidad crítica, que a su vez ha promovido procesos de integración y asimilación por parte de los sistemas de justicia indígenas al sistema de justicia ordinario. Esto ha generado una incomprensión por parte de las autoridades judiciales frente a las concepciones de justicia por parte de los pueblos indígenas y sus formas de control social.

Los diálogos de coordinación interjurisdiccional no se deben reducir a una cuestión instrumental, sino por el contrario se deben abordar de manera integral, identificando las violencias estructurales, simbólicas y culturales a las que han estado sometidas las comunidades indígenas para hacer de este ejercicio un verdadero diálogo horizontal, incluyente y democrático.

Incorporar esos otros saberes, pensares y sentires en la forma en la que se concibe la justicia implica la transformación de las instituciones y práctica sociales y normativas, lo cual permitiría transitar hacia concepciones

más restaurativas en una sociedad marcada por el castigo y el dolor.

REFERENCIAS

- ACDI/VOCA (2019). *Barómetro Colombiano de la Reconciliación*. Disponible en <https://www.acdivoca.org.co/barometro/>. Recuperado el 22 de mayo de 2021.
- ASSIES, W. (2014). “La oficialización de lo no oficial: ¿(re)encuentro de dos mundos?”. En *Alteridades*, 0(21), 83-96. Disponible en: <https://alteridades.izt.uam.mx/index.php/Alte/article/view/397>. Recuperado el 12 de junio de 2021.
- Banco Mundial (2021). Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/country/colombia/overview>. Recuperado el 28 de marzo de 2021.
- Centro Nacional de Memoria Histórica – Organización Nacional Indígena de Colombia (2019). *Tiempos de Vida y Muerte. Memoria y Luchas de los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá, CNMH-ONIC.
- Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia por parte de la Organización de Estados Americanos (2020). *Vigésimo octavo informe del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de los Estados Americanos (MAPP/OEA)*. Disponible en: <https://www.mapp-oea.org/wp-content/uploads/2020/06/xxviii-Informe-Semestral-Espa%C3%B1ol.pdf>. Recuperado el 24 de mayo de 2021.
- Consejo Superior de la Judicatura (2012). Acuerdo n.º PSAA12-9614 de 2012 3 “*Por el cual se establecen las medidas de coordinación inter-jurisdiccional y de interlocución entre los Pueblos Indígenas y el Sistema Judicial Nacional*”. Disponible en: <https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile>.

ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FGaceta+N%C2%B0+131.pdf. Recuperado el 15 de octubre de 2020.

Consejo Superior de la Judicatura (2013). Acuerdo n.º PSAA13-9816 “Por el cual se aclara el Acuerdo n.º PSAA12-9614 de 2012 sobre medidas de coordinación inter-jurisdiccional y de interlocución entre los Pueblos Indígenas y el Sistema Judicial Nacional”. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/4439066/PSAA13-9816.pdf/eee37e5d-6585-4f12-bb75-9adf31a5ea19>. Recuperado el 15 de octubre de 2020

Constitución Política de Colombia (1991) Art. 246. Colombia.

Congreso de la República (2021). Informe de ponencia para primer debate del proyecto de ley estatutaria número 475 de 2021 Senado y 295 de 2020 Cámara, acumulado con el proyecto de ley estatutaria número 430 de 2020 Cámara y con el proyecto de ley estatutaria número 468 de 2020 Cámara. Disponible en: <https://www.comisionprimerasenado.com/documentos-pendientes-de-publicacion/ponencias-y-textos-aprobados/2975-ponencia-primer-debate-ple-475-de-2021-senado-295-de-2020-camara-acumulado-con-los-pl-430-y-468-de-2020-camara/file>. Recuperado el 25 de mayo de 2021.

CORREA, HERNÁN (2019). “Jurisdicción Especial Indígena y sistema judicial nacional: un complejo proceso de construcción social e institucional de una política pública de coordinación y articulación intercultural”. En *Reconfiguraciones políticas de la etnicidad en Colombia*. Editado por FRANÇOIS CORREA RUBIO, MARCELA QUIROGA ZULUAGA, pp. 373-410. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

Dejusticia- Akubadaura (2018). *Insumo para el informe temático sobre criminalización y ataques contra los pueblos indígenas que defienden sus derechos*. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/05/>

informe-dejusticia-akubadaura.pdf. Recuperado el 20 de mayo de 2021.

Departamentos Administrativo Nacional de Estadística (2020). *Pobreza y desigualdad*. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-monetaria>. Recuperado el 20 de mayo de 2021.

Departamentos Administrativo Nacional de Estadística (2019). *Informe población indígena de Colombia. Resultados del Censo Nacional de población y vivienda 2018*. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/grupos-etnicos/informacion-tecnica>. Recuperado el 20 de mayo de 2021.

Departamento Nacional de Planeación (2019). *Propuesta unificada de los pueblos y organizaciones indígenas frente al PND 2018 – 2022*. Disponible en: [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/PROPUESTA%20UNIFICADA%20\(Doc%20Preliminar\)%20RADICADO%2015012019.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/PROPUESTA%20UNIFICADA%20(Doc%20Preliminar)%20RADICADO%2015012019.pdf). Recuperado el 20 de marzo de 2021.

Edelman Trust Barometer (2021). Disponible en: <https://www.eltiempo.com/uploads/files/2021/04/21/503218093-2021-Edelman-Trust-Barometer-Colombia.pdf>. Recuperado el 18 de agosto de 2021.

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2019). *VI Encuentro de la Jurisdicción Especial Indígena* [vídeo]. EJRLB. [no disponible]

FRASER, N. (2000). *Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento*. Disponible en: <https://newleftreview.es/issues/4/articulos/nancy-fraser-nuevas-reflexiones-sobre-el-reconocimiento.pdf>. Recuperado el 13 de marzo de 2021.

GALTUNG, J. (1990). *Cultural Violence*. *Journal of Peace Research*, 27(3), pp. 291-305.

- GÓMEZ, P. (s.f.). *El Carnaval del Perdón (Bëtschnate) en Sibundoy: prácticas comunicativas, solución de conflictos y esbozo de una teoría de la armonización. Humanidades digitales, diálogo de saberes y prácticas colaborativas en red*. Cátedra Unesco de Comunicación. Disponible en: https://www.javeriana.edu.co/unesco/humanidadesDigitales/ponencias/pdf/IV_81.pdf. Recuperado el 28 de mayo 2021.
- GÓMEZ VALENCIA, HERINALDY – Pueblos Indígenas de Colombia (2015). *Justicias Indígenas de Colombia, reflexiones para un debate cultural, jurídico y político*. Consejo Superior de la Judicatura. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdicion-especial-indigena-y-el-sistema-judicial-nacional/justicia-indigena-de-colombia-reflexiones-para-un-debate-cultural-juridico-y-politico>. Recuperado el 15 de septiembre de 2020.
- GUTIÉRREZ QUEVEDO, M. (2019). “Capítulo I. Presunción de inocencia y relativismo cultural”. En GUTIÉRREZ QUEVEDO, M. y OLARTE DELGADO, Á. M. (Eds.), *Los riesgos del puntivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia: Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal n.º 10*. Universidad externado de Colombia. DOI :10.4000/books.uec.3318
- HOEKEMA, ANDRÉ (2002). *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*. El otro derecho, Ilsa, Dupligráficas.
- Indepaz (2020). *Líderes indígenas asesinados*. Disponible en: <http://www.indepaz.org.co/lideres-indigenas-asesinados/>. Recuperado el 14 de marzo de 2021.
- LEFF, ENRIQUE (2004). “Racionalidad ambiental y diálogo de saberes: significancia y sentido en la construcción de un futuro sustentable”. En *POLIS, Revista Latinoamericana*, 2(7),0. ISSN: 0717-6554. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30500705>. Recuperado el 25 de mayo de 2021.

MALDONADO, CINTYA (2014). *El mestizaje jurídico. Una mirada desde los juicios criminales de indios contra indios en la Provincia del Nuevo Reino de Granada (1560-1600)*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia–Icanh Área De Historia Colonial. Disponible en: https://www.icanh.gov.co/nuestra_entidad/grupos_investigacion/grupo_historia_colonial_republicana/resultados_proyectos_investigacion_6472/12147. Recuperado el 15 de marzo de 2021.

Ministerio de Justicia (2021). *Presentación de las herramientas pedagógicas Bastón Jurídico–JEI y Narrativas Ley de Origen*. [vídeo]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=XsRxTWNWE>. Recuperado el 25 de mayo de 2021.

Ministerio de Justicia, Departamento Nacional de Planeación, Consejo Superior de la Judicatura (2017). *Plan Decenal de Justicia*. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Plan+Decenal+de+Justicia++Documento.pdf/80e6164a-e659-44dd-89ab-c90730405973>. Recuperado el 15 de febrero de 2021.

Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas (2020). *Impactos del Covid-19 en los derechos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/sr/COVID-19/Indigenouscsos/COLOMBIA_Observator_de_Derechos_Humanoa_y_Secretar%C3%ADa_T%C3%A9cnica_Ind%C3%ADgena.pdf. Recuperado el 20 de mayo de 2021.

OLARTE, ANGELA y RAMOS, ALDEMAR (2020). “El transitar de la jurisdicción indígena en Colombia: de la jurisprudencia de las cortes colombianas a la cárcel”. En *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*, editado por MARCELA GUTIÉRREZ y ANGELA MARCELA OLARTE, pp. 149-188. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

Organización Nacional Indígena de Colombia (2021). *Respuesta a derecho de petición sobre avances en coordinación interjurisdiccional*. [No disponible]

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER (2009). “La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia”. En *Nueva antropología*, 22(71), pp. 31-49. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-06362009000200003&lng=es&tlng=es. Recuperado el 23 de agosto de 2020.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER (2011). “El Ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena como Fuente de Legitimidad del Estado Colombiano”. En *La legitimidad del poder en los países andinoamazónicos. Recorrido internacional de debate y propuestas sobre la gobernanza*. Institut de recherche et débat sur la gouvernance-IRG. Disponible en: <http://www.institut-gouvernance.org/es/chapitrage/fiche-chapitrage-2.html>. Recuperado el 12 de noviembre de 2020.

SIERRA, MARÍA TERESA (2011). “Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológico en torno al derecho indígenas y las políticas de reconocimiento”. En VICTORIA CHENAUT, MAGDALENA GÓMEZ, HÉCTOR ORTIZ y M. TERESA SIERRA, *Justicia indígena y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, México, CIESAS-FLACSO- Ecuador.

SANTOS, B. D. S. (2017). *Justicia entre saberes: Epistemologías del sur contra el epistemicidio*. Madrid: Morata.

WALSH, CATHERINE (2002). “Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico”. En *Aportes Andinos* n.º 2. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Programa Andino de Derechos, pp. 1-6. Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/543/1/RAA-02-Walsh-Interculturalidad%20reformas%20constitucionales%20y%20pluralismo.pdf>. Recuperado en noviembre de 2020.

WALSH, CATHERINE (2009). *Interculturalidad crítica y educación intercultural*. Disponible en: https://www.uchile.cl/documentos/interculturalidad-critica-y-educacion-intercultural_150569_4_4559.pdf. Recuperado el 15 de septiembre de 2020.

**PRÁCTICAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA
DE LA COMUNIDAD INDÍGENA WAYÚU EN EL
SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA
ADOLESCENTES EN COLOMBIA: POSIBILIDADES
DE SU INCORPORACIÓN PARA SUPERAR EL ESTADO
DE COSAS INCONSTITUCIONAL**

CAMILA ANDREA CIFUENTES CANTE*

Resumen: Actualmente, los procedimientos y sanciones contempladas en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes –SRPA no responden a los principios de la Justicia Restaurativa en los que dice fundarse. Las precarias condiciones de infraestructura y organización institucional han generado un estado de cosas en el que frecuentan las vulneraciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que en ingresan al sistema. En el presente trabajo se analiza la posibilidad de incorporar prácticas de Justicia Restaurativa propias de la comunidad wayú al Sistema de

* Estudiante de pregrado de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante del Centro de Investigación en Política Criminal. El presente artículo es producto del trabajo de grado “Prácticas de Justicia Restaurativa en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia: estudio comparado sobre la incorporación de justicias propias indígenas”. Correo-e: camila.cifuentes@est.uexternado.edu.co. OCIRD ID. 0000-0002-5896-6284

Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia. Esto con el fin de superar el estado de cosas actual del SRPA y de aportar a las partes involucradas mecanismos para solucionar sus conflictos de forma efectiva.

Palabras clave: Justicia restaurativa; Adolescentes; Justicias propias.

RESTORATIVE JUSTICE PRACTICES OF THE WAYUU
INDIGENOUS COMMUNITY IN THE SYSTEM OF CRIMINAL
RESPONSIBILITY FOR ADOLESCENTS IN COLOMBIA:
POSSIBILITIES OF ITS INCORPORATION TO OVERCOME
THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS

Abstract: Currently, the procedures and sanctions contemplated in the System of Criminal Responsibility for Adolescents – SRPA do not respond to the principles of Restorative Justice on which it claims to be based. The precarious conditions of infrastructure and institutional organization have generated a situation in which violations of the rights of children and adolescents who enter the system are frequent. This paper analyzes the possibility of incorporating restorative justice practices of the Wayuu community into the System of Criminal Responsibility for Adolescents in Colombia. The aim is to overcome the current situation of the SRPA and to provide the parties involved with mechanisms to solve their conflicts in an effective way.

Keywords: Restorative Justice; Adolescents; Own Justice.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha hecho evidente la necesidad de que los Estados incorporen dentro de sus sistemas de

justicia juvenil prácticas que garanticen los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Uno de los mecanismos propuestos ha sido la incorporación de prácticas de justicia alternativas como la Justicia Restaurativa que, basándose en prácticas ancestrales de algunas comunidades indígenas alrededor del mundo, busca la resolución de conflictos a través del diálogo entre las partes implicadas.

Dos de las comunidades indígenas que incorporan dentro de su sistema de justicia propio prácticas de Justicia Restaurativa son la comunidad maorí en Nueva Zelanda y la comunidad wayúu en Colombia. Con este tipo de prácticas las comunidades atienden de forma integral las necesidades de las partes implicadas en una controversia y resuelven pacíficamente los conflictos que se presenten dentro de la comunidad.

Tomando como punto de referencia el modelo de Justicia Juvenil Neozelandés, que desde el año 1989 incorporó prácticas de Justicia Restaurativa propias de la comunidad indígena maorí en la solución de conflictos en los cuales se ven involucrados niños, niñas y adolescentes, en el presente artículo se pretende determinar las posibilidades de incorporar algunas prácticas de Justicia Restaurativa propias de la comunidad wayúu dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes –SRPA en Colombia. Esto con el fin de superar el crítico estado de cosas inconstitucional que actualmente atañe al sistema penitenciario y carcelario, que se extiende al SRPA.

Para el desarrollo del presente artículo se realizó una investigación de carácter cualitativo y socio-jurídico. Se utilizaron como fuentes primarias entrevistas realizadas a expertos en el sistema de justicia propio de la comunidad wayúu y en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, así como entrevistas realizadas a jóvenes que siendo menores de edad participaron en el cumplimiento

de algunas de las sanciones contempladas en el SRPA. Así mismo, se analizó la normatividad vigente sobre justicia juvenil en Colombia. Como fuentes secundarias se utilizaron principalmente análisis estadísticos y artículos de investigación.

1. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LOS MODELOS DE JUSTICIA JUVENIL EN EL MUNDO

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas (2016), la mayoría de los niños, las niñas y adolescentes que ingresan a los sistemas de justicia juvenil en el mundo por la presunta comisión de infracciones son susceptibles de sufrir graves vulneraciones a sus derechos. En la mayoría de los casos, los niños, las niñas y adolescentes sufren de violencia psicológica y física en el transcurso del proceso o en el cumplimiento de sanciones como la privativa de la libertad (ONU, 2016).

Con el fin de evitar la perpetuación de escenarios de violencia en el marco de la justicia juvenil en el mundo, la ONU ha resaltado la importancia de implementar mecanismos de justicia alternativos a los procesos penales juveniles y ha exhortado a los Estados a superar dichas vulneraciones de derechos a través de mecanismos como la Justicia Restaurativa (ONU, 2016).

A diferencia de la justicia tradicionalmente aplicada, la Justicia Restaurativa busca proteger el interés superior de los niños, las niñas y adolescentes a través del diálogo y la satisfacción de las necesidades de las partes implicadas en el conflicto (ONU, 2016). De acuerdo con Howard Zehr (2007), la finalidad de la Justicia Restaurativa es involucrar a quienes tengan interés en una ofensa particular, es decir, la víctima, el ofensor, la comunidad y otros miembros

afectados, para que identifiquen y atiendan colectivamente los daños y las necesidades derivadas de dicha ofensa. Lo anterior con el objetivo de restaurar los lazos quebrantados entre las partes (Márquez, 2007).

En otras palabras, la Justicia Restaurativa busca apoyar a las víctimas en el proceso, reparar las relaciones afectadas y restaurar los valores que se perjudicaron dentro de la comunidad. Así mismo, pretende motivar a los ofensores para que acepten su responsabilidad y reparen el daño causado (ONU, 2006).

Teniendo en cuenta los lineamientos dados por la ONU para lograr la superación del estado de cosas irregular en los sistemas de justicia juvenil alrededor del mundo, algunos Estados han incluido en los últimos años prácticas de justicia Restaurativa dentro de sus sistemas de justicia internos (Del Val, 2012).

Este es el caso de Nueva Zelanda, que desde el año 1989 incorporó mecanismos alternativos de resolución de conflictos y prácticas de Justicia Restaurativa propias de la comunidad indígena maorí dentro de su sistema de justicia juvenil (Henwood *et al.*, 2018). Una de las prácticas de justicia maorí más utilizadas dentro del sistema de justicia juvenil neozelandés son las conferencias de grupo familiar con las cuales se busca reunir a los miembros afectados por el conflicto, es decir, la víctima, el ofensor y la comunidad, para que a través del diálogo encuentren las causas, consecuencias de la infracción, las alternativas de solución del conflicto y reparación de los daños causados (O'Driscoll, 2008). Con la inclusión de este tipo de prácticas se ha logrado reducir en más de un 50% el número de adolescentes que son juzgados por las cortes juveniles en nueva Zelanda (Becroft, 2015).

2. MODELO DE JUSTICIA CONTEMPLADO POR LA COMUNIDAD WAYÚU: ESTUDIO DE SUS ELEMENTOS RESTAURATIVOS

La comunidad wayúu es una comunidad indígena asentada en la península de la Guajira, al norte de Colombia y Venezuela. Los wayúu son la comunidad indígena más numerosa de Colombia, pues representa el 20% del total de la población indígena en el país. De acuerdo con el DANE (2019), cuenta con 380.460 miembros. Esta comunidad se encuentra organizada por medio de clanes conformados por personas que comparten una misma condición social, o que provienen de un antepasado común (Guerra, 2002). La mayoría de la comunidad wayú se encuentra distribuida en 19 clanes (DANE, 2019) y a través de los años ha optado por conservar las relaciones de reciprocidad y solidaridad entre los clanes y sus miembros (Guerra, 2002).

El modelo de justicia wayúu se basa en normas de tipo consuetudinario que se transmiten por tradición oral. Las normas propias de esta comunidad giran alrededor del individuo y su rol en la familia y en la comunidad (Fandiño, 2014). En ese sentido, las agresiones generadas entre miembros de la comunidad no solo lesionan los intereses de las partes directamente implicadas, sino también de su grupo familiar o clan, y generan tensión social en los diferentes miembros de la comunidad (Polo, 2018).

De acuerdo con el sistema de justicia wayúu, es ofensor no solamente quien cometió la agresión sino también su grupo familiar o clan. En ese sentido, si un miembro de la comunidad wayúu comete una infracción, él y todo su clan quedarán obligados a reparar el daño. Lo anterior en virtud de un principio colectivo que denominan *aleewa*, con el cual se busca que haya unidad, respeto y solidaridad entre los miembros de cada clan (Polo, 2018).

El clan ofendido es quien se encarga de evaluar el grado de afectación que ha causado la infracción, y determinar cuál es su respuesta frente a la agresión (Guerra, 2002). Se puede optar por aplicar sanciones como el reclamo, la amonestación y la indemnización en especie (Fandiño, 2014). El grupo familiar también puede decidir abstenerse de tomar medidas contra el agresor (Guerra, 2002). Cabe aclarar que en el sistema wayúu ninguna de las sanciones se centra en el castigo físico del ofensor y de su clan; de hecho, las penas de prisión y muerte no se encuentran contempladas dentro de este sistema de justicia (Polo, 2018).

Para dar una solución a las controversias, los wayúu clasifican los conflictos en dos tipos. En primer lugar, existen controversias que por su naturaleza pueden ser resueltas directamente por las autoridades propias de cada clan. En segundo lugar, existen otro tipo de conflictos que por su gravedad son solucionados con la ayuda de un intermediario o mediador conocido en la comunidad wayúu como *pütchipü'ü* o palabrero (Polo, 2018).

En la mayoría de los casos, los grupos familiares optan por dar solución a sus controversias por medio de la intervención del palabrero. En la comunidad wayúu la figura del palabrero se originó a través de la figura del pájaro *Utta*. Este ser mitológico es conocido ancestralmente como un gran legislador que se caracterizó por ser el primer conciliador en las disputas de los miembros de la comunidad (Guerra, 2002).

En principio, el palabrero actúa como intermediario entre las partes involucradas en el conflicto, y su función se limita a transmitir a la parte agresora las peticiones que tiene la parte ofendida para dar solución al conflicto. Sin embargo, en los casos más complejos el palabrero suele tomar un papel de mediador, en el cual no solo comunica el mensaje de la parte ofendida al agresor, sino que también

propone alternativas de solución al conflicto, que pueden o no ser tenidas en cuenta por las partes (Guerra, 2002).

El procedimiento para solucionar las controversias que requieran de la intervención de un palabrero inicia con la reunión del grupo o clan ofendido. En esta reunión se analiza la gravedad de la ofensa, se determina el valor de la compensación y se elige al palabrero apropiado para mediar en la solución de la controversia. Realizado este procedimiento, el palabrero debe dirigirse al clan o grupo familiar que ha realizado la ofensa y debe comunicarles cuáles son las pretensiones compensatorias de la parte agredida. Posteriormente, el representante del clan agresor le comunica al palabrero su respuesta frente a la propuesta de compensación, que a su vez debe ser transmitida por el palabrero al clan ofendido. Desde ese momento inician una serie de diálogos entre las partes con los cuales se busca llegar a un consenso y poner fin al conflicto (Polo, 2018).

La principal medida de reparación contemplada en la comunidad wayúu es la compensación, o pago de perjuicios. Esta reparación no solo es material sino también simbólica. Lo que se pretende con ella es equilibrar las cargas que tuvo que soportar el clan que resultó ofendido con la agresión. El clan agredido tiene la posibilidad de elegir la medida de reparación que más le convenga para que el clan ofensor remedie el daño que les ha causado. Normalmente, los miembros del clan agredido solicitan la reparación de su perjuicio por medio de la entrega de collares o ganado propio de su actividad económica (Polo, 2018). En los casos en los que ocurra la lesión o muerte de uno de los integrantes del clan agredido, también se acostumbra exigir la entrega del objeto con el cual se causó la lesión o la muerte de la persona (Guerra, 2002).

En síntesis, la justicia wayúu es un modelo de justicia que integra medidas de carácter restaurativo en la solución

de sus controversias. En primer lugar, se centra en la necesidad de reparar esos lazos personales, familiares y sociales de quienes resultaron afectados como consecuencia de la agresión. El diálogo es usado como eje fundamental para la solución de controversias. Las instancias de solución de conflictos son de carácter familiar o social dependiendo de la gravedad de la agresión. Las controversias no se solucionan con la imposición de castigos que afectan la integridad de los agresores, sino a través de medidas de carácter compensatorio cuyo fin es la reparación de los daños causados como consecuencia del quebrantamiento de los lazos personales, sociales y familiares de quienes resultaron agredidos. Finalmente, la reparación no se limita a sumas de dinero sino a otros mecanismos de carácter simbólico que logren efectivamente la reparación del daño causado.

3. ESTADO ACTUAL DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA

3.1. Estructura del sistema y tipos de sanciones contempladas

El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes –SRPA– en Colombia fue creado por medio de la Ley 1098 de 2006. A través de este sistema se fijaron los principios, normas y procedimientos utilizados en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que se encuentran entre los 14 y 18 años (Ley 1098, 2006).

El SRPA se concibió como un sistema de justicia con el cual no solo se buscaba llegar a la verdad sino también la reparación del daño causado por el adolescente en el marco del proceso penal y a través del cumplimiento de determinadas sanciones (Ley 1098, 2006).

La Ley 1098 no contempla un procedimiento especializado para los adolescentes que cometan infracciones. Cuando un adolescente ingresa al SRPA por la comisión de alguna infracción, el procedimiento que se utiliza es el contemplado en la Ley 906 de 2004 que aplica a aquellas personas que, siendo mayores de edad, cometan delitos (Ley 1098, 2006). La autoridad competente para realizar el juzgamiento de aquellos adolescentes acusados por cometer una infracción son los Juzgados Penales para Adolescentes. En segunda instancia son competentes para conocer de estos procesos las Salas de Asuntos Penales para Adolescentes dentro de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (Ley 1098, 2006).

La Ley 1098 contempla mecanismos alternativos de terminación del proceso sancionatorio en el cual se encuentre un adolescente, tales como la conciliación y la reparación integral de daños. Estas figuras emanan del principio de oportunidad que es aplicable cuando se suspende el proceso sancionatorio por acuerdo entre las partes implicadas (Ley 1098, 2006). La Resolución 4155 de 2016 resalta la importancia de aplicar este principio con el fin de terminar de forma anticipada el proceso sancionatorio.

La Ley 1098 de 2006 establece seis tipos de sanciones aplicables a los adolescentes infractores. El tipo de infracción impuesta depende de la naturaleza y la gravedad de los actos cometidos, la edad del adolescente en el momento de la comisión de la conducta, las circunstancias frente a las cuales se cometió la conducta, la aceptación de cargos y el incumplimiento de sanciones anteriores (Ley 1098, 2006). Las sanciones contempladas en el marco del SRPA son la amonestación, la imposición de reglas de conducta, la prestación de servicios sociales a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semicerrado y la privación de la libertad en Centro de Atención Especializado (Ley

1098, 2006). A continuación, se explicará cada una de las sanciones aplicables en el marco del SRPA.

La sanción de amonestación se define como “la recriminación que la autoridad judicial le hace al adolescente sobre las consecuencias del hecho delictivo y la exigencia de la reparación del daño” (Ley 1098, 2006). El objetivo principal de esta medida es vincular al adolescente y a su familia a espacios pedagógicos de formación en derechos humanos (ICBF, 2016). La amonestación deja en un segundo plano la participación de la víctima dentro del proceso, pues los talleres formativos se centran en el adolescente infractor y no en la existencia de un espacio de mediación entre el ofensor y la víctima, donde esta última exprese su punto de vista frente a lo sucedido y con ello, se le reparen los daños causados (Camacho, 2015).

La imposición de reglas de conducta es definida como “la imposición por la autoridad judicial al adolescente de obligaciones o prohibiciones para regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación” (Ley 1098, 2006). Con esta medida se busca comprometer al adolescente y a su familia con las obligaciones o prohibiciones impuestas por el juez de conocimiento para su resocialización (ICBF, 2016). En este caso, tampoco se contemplan mecanismos de acercamiento entre el ofensor y la víctima, anulando así la participación de esta última en la ejecución de la sanción (Camacho, 2015).

La prestación de servicios sociales a la comunidad consiste en realizar tareas de interés general para la comunidad por parte del adolescente (Ley 1098, 2006). Con esta sanción se busca que el adolescente reflexione sobre las consecuencias de su conducta y contemple la actividad social como una alternativa indirecta de reparación del daño causado a la víctima (ICBF, 2016). Pese al fin reparador que tiene esta sanción, no se contempla ningún

mecanismo de inclusión a la víctima dentro del proceso (Camacho, 2015).

La libertad vigilada o asistida es definida como “la concesión de la libertad que da la autoridad judicial al adolescente con la condición obligatoria de someterse a la supervisión, la asistencia y la orientación de un programa de atención especializada” (Ley 1098, 2006). Esta sanción tiene como objetivo que el adolescente reconozca la importancia del respeto por los derechos de los demás, asuma la responsabilidad de sus actos, y repare el daño causado (ICBF, 2016). En este caso, tampoco se contempla ningún mecanismo de acercamiento entre el ofensor y la víctima, dejando de lado la participación de esta última en el proceso sancionatorio (Camacho, 2015).

La ley 1098 de 2006 prevé que el incumplimiento de cualquiera de las sanciones anteriormente mencionadas implica que el adolescente debe someterse a la sanción de internamiento hasta que cumpla el tiempo previsto en la sanción impuesta; sin embargo, no existe claridad, ya que la norma citada no especifica el tipo de internamiento al cual debe someterse el adolescente (La Rota y Bernal, 2011). Por su parte, la reiteración de la conducta punible tendrá como efecto la imposición de la sanción de privación de la libertad por parte del juez (Ley 1098, 2006).

La internación en medio semicerrado es definida como “la vinculación del adolescente a un programa de atención especializado al cual deberán asistir obligatoriamente durante horario no escolar o en los fines de semana” (Ley 1098, 2006). Existen tres modalidades para el cumplimiento de esta sanción: semicerrado-internado, semicerrado-externado jornada completa y semicerrado-externado media jornada, las cuales son impuestas por la autoridad judicial dependiendo de las circunstancias personales, familiares o sociales del adolescente sancionado (ICBF,

2016). En este caso, no se contemplan mecanismos de reparación y acercamiento entre las partes afectadas por la conducta y el adolescente dejando de lado la intervención de la víctima y la comunidad en el cumplimiento de la sanción (Camacho, 2015).

La privación de la libertad es definida como “toda forma de internamiento, en un establecimiento público o privado, con personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos, y experiencia probada; ordenada por autoridad judicial, del que no se permite al adolescente salir por su propia voluntad” (Ley 1453, 2011). Esta medida se lleva a cabo en un Centro de Atención Especializada; puede tener una duración de entre uno y ocho años y es impuesta a adolescentes mayores de dieciséis años que sean hallados responsables por la comisión de delitos cuya pena mínima según el Código Penal exceda seis años de prisión (Ley 1098, 2006). Esta sanción tiene el objetivo de propiciar un escenario en el cual el adolescente asuma su responsabilidad en la comisión del delito y con ello desarrolle acciones para reparar el daño causado (ICBF, 2016). Sin embargo, la normatividad vigente no establece ningún mecanismo a través del cual se alcancen las finalidades protectoras, educativas y restaurativas propias del SRPA en el cumplimiento de esta sanción (La Rota y Bernal, 2011). De hecho, la forma por la cual dicha sanción se encuentra estructurada se aleja de los lineamientos de la Justicia Restaurativa ya que se centra exclusivamente en el adolescente y se deja de lado a la víctima y sus intereses (Camacho, 2015).

Situación actual de los adolescentes en el marco del SRPA

Entre 2010 y 2017 han ingresado al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes un total de 209.248

adolescentes, de los cuales el 88%, es decir, 184.894 adolescentes, correspondió al género masculino, mientras que el 12%, es decir, 24.354 adolescentes, correspondió al género femenino. La mayoría de los adolescentes que ingresaron al SRPA entre el 2010 y 2017 se encontraban en el rango de edad de los 16 y 17 años (ICBF, 2018).

Los delitos que más cometieron los adolescentes en el marco del SRPA son hurto y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, los cuales corresponden al 63% del total de delitos. Según el Ministerio de Justicia, la sanción que más se ha impuesto a los adolescentes infractores en el marco del SRPA ha sido la libertad asistida, seguida de imposición de reglas de conducta, privación de la libertad en Centro de Atención Especializado y privación de la libertad en centro semicerrado.

A pesar de que el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes es concebido como un sistema especializado y dice fundarse en los principios de la Justicia Restaurativa, existe una marcada tendencia punitivista en los procedimientos y las sanciones contempladas (Britto, 2010). Es evidente que estos mecanismos excluyen la participación de la víctima y la comunidad en la resolución de conflictos y que, en su mayoría, no buscan la restauración de los lazos quebrantados en el ámbito personal, familiar y social del adolescente.

Es necesario resaltar que la implementación del SRPA en Colombia ha generado graves problemas de hacinamiento en los Centros de Atención Especializada diseñados para el cumplimiento de las sanciones intramurales impuestas a los adolescentes. Por ejemplo, en el año 2010 en el Centro de Atención especializada el Redentor ubicado en la ciudad de Bogotá había un total de 381 adolescentes atendidos, aun cuando la capacidad máxima del Centro era de 340. Esto implicó que algunos adolescentes tuviesen que dormir

incluso en el suelo (La Rota & Bernal, 2011). También se han evidenciado graves problemas de orden interno, tales como amotinamientos, evasiones y riñas por parte de los adolescentes en los Centros de Atención especializada diseñados para el cumplimiento de sanciones intramurales (La Rota y Bernal, 2011).

Otra de las condiciones que más afecta a los niños, las niñas y adolescentes en el marco del procedimiento sancionatorio es la vulneración de principios como celeridad, oportunidad y la aplicación de medidas intramurales solo como último recurso. Lo anterior implica que el estado de cosas inconstitucional que actualmente concierne al sistema penitenciario y carcelario en Colombia también se extiende al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, especialmente en el cumplimiento de las sanciones (La Rota y Bernal, 2011). Por esta razón es necesario pensar en alternativas con las cuales se puedan incorporar al SRPA prácticas que logren el fin restaurativo que propone, y pongan fin a las difíciles condiciones a las que se enfrentan los niños, las niñas y adolescentes en el marco del procedimiento sancionatorio y el cumplimiento de las sanciones.

4. POSIBILIDADES PARA LA INCORPORACIÓN DE ALGUNAS PRÁCTICAS DE JUSTICIA WAYÚU EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA

Como se evidenció en el apartado segundo de este artículo, la comunidad indígena wayúu tiene diferentes prácticas de carácter restaurativo dentro de su sistema propio de justicia. Con este modelo la comunidad usa diferentes mecanismos de solución de conflictos basados en el diálogo entre las partes. Involucra en el proceso no solo a la

víctima y al ofensor, sino también a sus círculos familiares y a los miembros de la comunidad. También establece formas de reparación efectiva de los daños causados de forma material y simbólica.

En ese sentido, la justicia wayúu es un modelo cuyos mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, a través de figuras como la del palabrero, son un referente de Justicia Restaurativa. Sus prácticas son útiles también a las necesidades del contexto colombiano y son acordes con la normatividad vigente. Por esto es necesario contemplar la posibilidad de que en Colombia se incorporen algunas de estas prácticas de justicia en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, tal y como Nueva Zelanda ha incorporado prácticas de justicia maorí en el juzgamiento penal de adolescentes.

Con el fin de determinar la posibilidad de incorporar prácticas de justicia wayúu en el SRPA, se realizó una entrevista a la doctora Marcela Gutiérrez¹, docente investigadora y directora del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia. En su concepto, si bien no se puede reproducir en su totalidad el sistema de justicia wayúu, toda vez que este es un sistema de carácter comunitario, sí es posible incorporar algunas de sus prácticas al SRPA. En esa medida, se podrían incorporar figuras como la del palabrero wayúu, quien en el caso del SRPA se trataría de una persona –no

1 Directora del Centro de Investigación en Política Criminal, coordinadora de la Cátedra UNESCO y profesora de la Cátedra de Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la misma universidad, con posgrados en Derecho Penal, Política Criminal y Derechos Humanos en la Universidad de Paris II y Paris X, respectivamente. Doctora en Derecho Público de la Universidad d'Artois, Francia. En su tesis doctoral denominada *Les Wayuu, l'Etat de droit et le pluralisme juridique en Colombie*, analizó prácticas de justicia wayúu y el pluralismo jurídico en Colombia.

burócrata— que sirviera como mediador y que a través del diálogo guiara a las partes para resolver el conflicto. Otros factores que se podrían incorporar al SRPA serían la escucha y el tiempo, vistos como procesos de reflexión en la justicia wayúu que son importantes en la solución de conflictos. De acuerdo con la doctora Marcela, en el sistema de justicia wayúu es relevante la participación de la comunidad en la solución de conflictos. De esta forma, es importante que en el marco del SRPA se trabaje en la reconstrucción del tejido social para que la implementación de este tipo de prácticas sea efectiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, se describirán las prácticas de justicia wayúu que podrían ser implementadas en el marco del SRPA, tanto en el procedimiento sancionatorio como en algunas de las sanciones contempladas dentro de este sistema que así mismo podrían ser útiles para superar el estado de cosas inconstitucional que afecta a los niños, las niñas y adolescentes que ingresan al SRPA.

Implementación de prácticas de justicia wayúu en el procedimiento sancionatorio del adolescente en el SRPA

Es necesario que en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes se reconozca la participación no solo del ofensor y la víctima dentro del proceso, sino también de sus familias y los miembros de la comunidad en general. En ese sentido, en los procedimientos sancionatorios se deben incorporar a todas las personas involucradas para así lograr un consenso efectivo en la resolución del conflicto.

En la justicia wayúu se otorga un papel preponderante a las comunidades en el proceso de solución de conflictos. Quien se vio afectado por la infracción, junto con sus familiares, es el encargado de evaluar el grado de la

afectación causado. Por el contrario, en el procedimiento sancionatorio contemplado en el SRPA la víctima no interviene de forma activa en la resolución del conflicto. En consecuencia, se deben tomar medidas para garantizar a la víctima y a su núcleo familiar la participación dentro del proceso, en el cual la parte interesada determine el grado de la afectación causada, las formas por medio de las cuales se podría dar por terminado el conflicto y sus mecanismos de reparación.

Cuando se comete un delito en la comunidad wayúu se identifica la gravedad de la conducta y se determina si puede ser resuelta directamente por las partes, o si es necesaria la intervención de un miembro de la comunidad que actúa como mediador o palabrero (*pütchipü'ü*). En el SRPA, el único procedimiento contemplado para dar por terminada una controversia en la cual se encuentre involucrado un adolescente es el proceso judicial sancionatorio que es llevado a cabo por los Jueces Penales para Adolescentes. Es importante pensar en la incorporación de otro tipo de procedimientos diferentes al proceso judicial. También se deben incluir mecanismos a través de los cuales las partes con o sin la ayuda de un mediador resuelvan sus controversias y establezcan las medidas de reparación del daño causado.

En la comunidad wayúu existe la figura del palabrero (*pütchipü'ü*) que actúa como mediador en las controversias. En esencia, el palabrero motiva a las partes a acercarse, busca que los involucrados logren llegar a un consenso mediante el diálogo e, incluso, está facultado para proponer alternativas de resolución del conflicto. En el SRPA no existe la figura del mediador para resolver las controversias que surjan como consecuencia de la comisión de una infracción por parte de un adolescente. Para garantizar el acercamiento de las partes en la resolución del conflicto,

es necesario contemplar la posibilidad de incluir la figura del mediador o palabrero.

En otras palabras, es necesario generar espacios de diálogo en las comunidades, en los cuales podrían intervenir el ofensor y la víctima, sus núcleos familiares y otros miembros de la comunidad para llegar a una solución efectiva de la controversia, tal y como ocurre en la comunidad wayúu. En caso de ser necesario, las partes podrían solicitar la intervención de un mediador que, así como el palabrero en la comunidad, facilitaría el acercamiento de las partes y las ayudaría a encontrar una solución al conflicto mediante el diálogo. La víctima tendría la oportunidad de expresar su grado de afectación y proponer medidas para la reparación del daño causado. La intervención estatal en este tipo de procedimientos se limitaría a la garantía de los derechos de las partes en el marco del proceso de diálogo, y la verificación del cumplimiento de las medidas de reparación acordadas por las partes. Esto reduciría considerablemente el número de casos que ingresarían al sistema, el número de adolescentes sancionados con las medidas tradicionales y permitiría superar el estado de cosas que existe actualmente en los centros de Atención Especializada, tal y como ocurrió en el caso de Nueva Zelanda.

Implementación de prácticas de justicia wayúu en las sanciones contempladas dentro del SRPA: trabajo de campo

Para identificar los mecanismos por medio de los cuales se pueden integrar prácticas de justicia wayúu en el cumplimiento de las sanciones establecidas en el SRPA, se entrevistaron cinco personas que han hecho parte de este sistema, con el fin de que relataran su experiencia en el

mismo. A continuación se realizará una breve descripción de los hallazgos del trabajo de campo y se describirán las posibilidades de incorporar prácticas de justicia wayú en algunas de las sanciones contempladas en el SRPA.

– *Sanción de amonestación*

Se realizó una entrevista a César Augusto Nieto, quien actualmente es uno de los coordinadores del programa de amonestación que está a cargo del Instituto de Estudios del Ministerio Público. La sanción de amonestación se efectúa a través de un curso sobre respeto de los derechos humanos y convivencia ciudadana. El curso tiene una duración aproximada de cuatro horas en las cuales se aborda el tema de los derechos humanos desde una dimensión axiológica, normativa, racional y emocional. En la mayoría de los casos, los cursos son dictados a adolescentes del género masculino que se encuentran en un rango de edad entre los catorce y los dieciocho años.

El curso es dictado de forma grupal, normalmente en grupos de diez a doce personas. Al ser un curso de esta naturaleza, no es posible realizar un trabajo de carácter individual en el cual se aborden de forma específica las causas del delito o las razones de la reincidencia. En el cumplimiento de la sanción de amonestación no se incorporan prácticas de carácter restaurativo. No se contemplan mecanismos de participación de las víctimas y, en la mayoría de los casos, tampoco se logra restaurar los lazos personales, sociales y familiares del adolescente. La asistencia de los familiares del adolescente en el cumplimiento de la sanción no es obligatoria. Sin embargo, en los casos en donde los familiares deciden participar se abren espacios en los cuales se puede lograr la restauración de los lazos familiares rotos.

Desde la perspectiva de César, existe una gran desarticulación de las diferentes entidades estatales frente al cumplimiento de la sanción de amonestación. No existe un trabajo conjunto encaminado a que los adolescentes puedan incorporarse de forma efectiva en su contexto social, lo que dificulta el proceso del adolescente, quien en algunos casos puede reincidir en su conducta. De acuerdo con lo anterior, es posible identificar que en el cumplimiento de la sanción de amonestación no existe participación de la víctima y tampoco se abordan las causas de la infracción. Factores como la corta duración de los cursos impiden en muchos casos que se restauren los lazos quebrantados como consecuencia de la infracción.

Sin embargo, es de resaltar que la sanción de amonestación tiene un carácter educativo y que en algunas ocasiones permite a los adolescentes y sus familias acercarse y restaurar sus lazos rotos. Para fortalecer la finalidad restaurativa que dice tener esta sanción, es importante contemplar la posibilidad de incorporar prácticas de justicia wayúu. En el cumplimiento de este tipo de sanciones es necesario que se generen espacios en los cuales pueda participar el adolescente, las víctimas y sus familiares. También se debe incorporar el diálogo entre las partes que resultaron afectadas por el conflicto y mecanismos de reparación simbólica a través de los cuales el adolescente infractor pueda compensar el daño causado a la víctima.

– *Sanción de libertad asistida*

Se realizó una entrevista a Jefferson Godoy, un joven que hizo parte del SRPA en el año 2011. El cumplimiento de la sanción la realizó en la Asociación Cristiana de Jóvenes, una de las organizaciones no gubernamentales que tiene a cargo el programa de libertad asistida. Jefferson asistió

las instalaciones de la organización todos los sábados y domingos, durante doce meses. El grupo de libertad asistida estaba dividido en dos y cada uno contaba con alrededor de veinte adolescentes, la mayoría del género masculino. En los días que debía asistir al programa tomaba parte de talleres grupales relacionados con el proyecto de vida que estaban a cargo de los trabajadores sociales y psicólogos adscritos al programa.

Mientras Jefferson estuvo en el programa no existió acompañamiento para evitar el consumo de sustancias psicoactivas, lo cual, según Jefferson, era una situación en la que se encontraban la mayoría de los adolescentes que hacían parte del programa. Tampoco se les realizaron actividades de formación, no se les capacitó en ningún tema, ni se les dio la oportunidad de desarrollar una habilidad que les sirviera posteriormente en el ámbito laboral. Después del cumplimiento de la sanción, Jefferson no recibió ningún tipo de acompañamiento o apoyo para poder integrarse de forma eficaz en su contexto social.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que la sanción de libertad asistida, tal y como se encuentra actualmente concebida, no responde a los principios de Justicia Restaurativa en los que se dice fundar el SRPA. No existen espacios de encuentro entre la víctima y el ofensor y tampoco se brindan herramientas a los adolescentes para reparar el daño causado, integrarse nuevamente a su contexto social y restaurar los lazos rotos con la infracción.

Sin embargo, la sanción de libertad asistida, con ciertas adecuaciones, podría permitir a los adolescentes llevar un proceso continuo en el cual se le brindara apoyo para fortalecer sus capacidades, adquirir nuevas habilidades, evitar el consumo de sustancias psicoactivas y con ello restaurar sus lazos personales. Para que la sanción de libertad asistida cumpla con los fines restaurativos

sobre los cuales dice fundarse, se debería contemplar la posibilidad de incorporar prácticas propias de la justicia wayúu. Por ejemplo, incorporar espacios de diálogo en los cuales puedan participar las víctimas, el adolescente y los miembros de la comunidad; brindar herramientas con las cuales los adolescentes puedan reparar el daño causado; y contemplar mecanismos a través de los cuales los adolescentes, durante y después del cumplimiento de la sanción, puedan integrarse a su contexto social.

– *Sanción privativa de la libertad*

Se realizó una entrevista a David Naranjo Sánchez, quien ingresó al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en el año 2013. Por cometer el delito de hurto agravado, David fue condenado a veinte meses de privación de la libertad cuando tenía 15 años. Cumplió la sanción en un Centro de Atención Especializada ubicado en el municipio de Sasaima, Cundinamarca. A pesar de esto, David solamente estuvo en el programa durante quince meses, ya que se escapó del Centro en el que estuvo.

En el Centro de Atención Especializada David debía cumplir un horario que empezaba a las 4:00 a. m. Después de bañarse y vestirse, David y sus compañeros (que eran alrededor de 300 adolescentes) debían organizar una fila para desayunar. Posteriormente se hacían terapias grupales de 25 personas y realizaban las labores de aseo. Tomaban una merienda, luego iban al cafetal de la finca para recoger frutas o sembrar. Al medio día recibían el almuerzo y posteriormente estudiaban. En las horas de la tarde realizaban otras actividades grupales, cenaban e iban a dormir.

En el cumplimiento de la sanción David tuvo la posibilidad de recibir visitas semanales por parte de sus

familiares, quienes debían darle los implementos de aseo y en algunos casos le llevaban comida. Si había un comportamiento negativo por parte de alguno de los adolescentes todos eran sancionados y las visitas se suspendían. Su familia solo lo visitó durante los cinco primeros meses. Posteriormente él no tuvo dicho acompañamiento, pues a pesar de que intentaron contactar a su núcleo cercano, este nunca volvió a asistir. En el tiempo en el que su familia lo visitó nunca tuvieron la oportunidad de realizar actividades de integración con las cuales pudieran restaurar sus lazos familiares.

En las reuniones y actividades realizadas en el Centro de Atención Especializada, nunca se abordaron las causas por las cuales David cometió la infracción. Tampoco tuvo la posibilidad de hablar personalmente con un psicólogo o trabajador social, dada la alta demanda de estos servicios por parte de sus otros compañeros. Nunca se le realizó un programa de control y rehabilitación frente al consumo de sustancias psicoactivas, estado en el que se encontraban él y algunos de sus compañeros. El consumo de sustancias era frecuente, incluso al interior del Centro.

Durante el proceso penal, y en el cumplimiento de la sanción, David nunca tuvo la oportunidad de tener un diálogo abierto y consensuado con la víctima. Sin embargo, manifestó en la entrevista que, de haber tenido ese espacio de diálogo, habría reconocido su error, pedido disculpas a la víctima, e incluso habría buscado la manera de compensar el daño que le causó.

David manifestó que, a pesar de asistir regularmente a clases durante el transcurso del cumplimiento de la sanción, esta formación académica no le fue certificada y no fue validada para poder continuar con sus estudios después del cumplimiento de la sanción. Tampoco recibió otro tipo de formación que le permitiera vincularse

posteriormente en el ámbito laboral. David consideró en la entrevista que eso habría sido fundamental para evitar reincidir en su conducta.

De acuerdo con lo anterior, se puede evidenciar que la sanción de privación de la libertad no responde a los principios restaurativos sobre los cuales dice estructurarse el SRPA en Colombia. En el curso del proceso penal y en el cumplimiento de la sanción de privación de la libertad los adolescentes infractores no tienen la posibilidad de mantener un diálogo con la víctima. No se les brinda la oportunidad de reconocer su responsabilidad ni de reparar el daño causado. No existen mecanismos a través de los cuales el adolescente pueda restaurar sus lazos familiares rotos. En el curso del proceso sancionatorio no se abordan las causas del delito. El apoyo psicosocial para tratar el consumo de sustancias psicoactivas es reducido en el programa. En la sanción de privación de la libertad el adolescente no tiene la oportunidad de formarse académicamente, lo cual dificulta su integración al contexto escolar e incluso laboral después del cumplimiento de la sanción.

Es importante aclarar que la restricción o privación de la libertad a los adolescentes desde temprana edad implica una pérdida del entorno habitual del adolescente en sus diferentes esferas. Esto contribuye a incrementar su desarraigo y autopercepción de abandono y rechazo en su núcleo familiar y social. Con este tipo de medidas sancionatorias se somete a los adolescentes a circunstancias que reproducen el modelo del sistema carcelario, y con ello, a las prácticas propias de la subcultura carcelaria o a los fenómenos conocidos como “prisionización” que representan en el adolescente factores de riesgo en la comisión de nuevas conductas o en su reincidencia (Sarmiento, Alfredo, Ghiso, Siderakis & De Simone, 2016).

En esa medida, es importante contemplar la posibilidad de suprimir las sanciones privativas de la libertad contempladas en el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes, tal y como ocurre en la justicia wayúu, en donde las medidas tendientes a la limitación de derechos del ofensor, tales como la pena de prisión, se encuentran excluidas. No obstante, mientras este tipo de sanciones se encuentren vigentes en el ordenamiento jurídico es necesario introducir prácticas de Justicia Restaurativa que permitan al sistema cumplir realmente con su finalidad y así lograr superar el estado de cosas inconstitucional que se presenta sobre todo en el cumplimiento de las sanciones contempladas en el SRPA.

Es importante aclarar que la introducción de este tipo de prácticas no necesariamente supone la modificación total del sistema que actualmente se encuentra contemplado. Al fundarse en los principios de la Justicia Restaurativa, es posible incorporar al SRPA este tipo de prácticas a través la elaboración de políticas públicas y de una gestión administrativa que articule a nivel nacional el trabajo de las instituciones y agentes involucrados en el SRPA antes, durante y después del proceso sancionatorio. Por ejemplo, a través de la creación de programas y espacios locales de integración social juvenil que, de la mano las alcaldías locales y municipales, ayuden a prevenir que el adolescente cometa infracciones. Así mismo, a través de la capacitación de los servidores de la Rama Judicial encargados del juzgamiento de los adolescentes por la presunta comisión de infracciones para que, en el curso del proceso penal, incluyan espacios de diálogo y contemplen medidas de reparación alternativos, haciendo uso de figuras como el principio de oportunidad. Finalmente, a través de la formación continua del personal encargado de vigilar el cumplimiento de las sanciones y la adecuación

de espacios destinados para este fin, con el objetivo de que el adolescente pueda restaurar sus lazos familiares y sociales rotos teniendo un acompañamiento constante de su círculo familiar y de personas capacitadas para ello.

CONCLUSIONES

1. La incorporación de prácticas de Justicia Restaurativa en los modelos de justicia juvenil en el mundo responde a la necesidad de crear sistemas de justicia que garanticen los derechos de los niños, las niñas y adolescentes y a su vez que atiendan a las necesidades de las víctimas en un conflicto.

2. El sistema de justicia propio de la comunidad indígena wayúu es un modelo de justicia alternativo y comunitario que integra prácticas restaurativas para dar solución a las controversias. Con la intervención de mediadores como el palabrero se pretende que las partes pongan fin al conflicto, reparen de forma material o simbólica los daños causados y restauren los lazos personales, familiares y sociales quebrantados con la infracción.

3. El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia dice fundarse en los principios de la Justicia Restaurativa. Sin embargo, los procedimientos aplicables y las sanciones contempladas dentro del sistema dan cuenta de su marcada tendencia punitivista, toda vez que no incorpora mecanismos de diálogo, reparación y restauración de lazos quebrantados por medio de los cuales las partes involucradas puedan resolver sus conflictos.

4. En Colombia es posible incorporar prácticas de justicia wayúu en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes a través de la incorporación de políticas públicas que supongan la inclusión de mecanismos de diálogo y participación de las partes involucradas en el

conflicto, tanto en el procedimiento como en el cumplimiento mismo de la sanción.

5. La incorporación de algunas prácticas restaurativas de origen wayúu al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes podría suponer un avance significativo en la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en Colombia frente a la situación actual del sistema penitenciario y carcelario que también se extiende al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, sobre todo en el cumplimiento de las sanciones privativas de la libertad.

REFERENCIAS

- BECROFT, A. (2015). *Playing to Win— Youth Offenders Out of Court (And Sometimes In): Restorative Practices in the New Zealand Youth Justice System*. Australia: Queensland Youth Justice System Forum.
- BRITTO, D. (2010). *Justicia Restaurativa: Reflexiones sobre la experiencia en Colombia*. Ecuador: Colección Cultura de la Paz.
- CAMACHO, M. (2015). *Análisis de las Sanciones del Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes a la Luz de la Justicia Restaurativa*. Bogotá D.C: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Recuperado de: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11542/CamachoCamacho-Maria-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Congreso de la República de Colombia (8 de noviembre de 2006). *Código de la Infancia y la Adolescencia*. [Ley 1098 de 2006] DO: 46.446.
- Congreso de la República de Colombia (24 de junio de 2001). Ley 1453 de 2001. *Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*. DO: 48.110.

- DANE (2019). *Pueblo wayúu: Resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda 2018*. Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/files/censo2018/informacion-tecnica/presentaciones-territorio/190816-CNPV-presentacion-Resultados-Guajira-Pueblo-Wayuu.pdf>
- DEL VAL, T. (2012). *Antropología de la Mediación: Influencia de la Justicia Restaurativa de antiguas etnias en la actualidad*. Ponencia. II Congreso sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Facultad de Derecho de Burgos, España, del 21 al 23 de marzo de 2012.
- FANDIÑO, Y. (2014). *La cosmovisión de la Justicia Wayúu, ¿una justicia diferente?* Revista Amauta. Barranquilla: Universidad del Atlántico. Recuperado de: <http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/Amauta/article/view/1073>
- GUERRA, W. (2002). *La disputa y la Palabra en la Sociedad wayúu*. Bogotá D.C: Ministerio de Cultura.
- HENWOOD, C. et al. (2018). *Rangatahi Māori and Youth Justice*. Recuperado de: <http://iwichairs.maori.nz/wp-content/uploads/2018/02/RESEARCH-Rangatahi-Maori-and-Youth-Justice-Oranga-Rangatahi.pdf>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF (2016). *Lineamiento de Servicios Para Medidas y Sanciones del Proceso Judicial SRPA*. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/procesos/lm14.p_lineamiento_para_servicios_medidas_y_sanciones_proceso_judicial_srpa_v1.pdf
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF (2018) *Tablero SRPA–Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Recuperado de: <https://www.icbf.gov.co/bienestar/observatorio-bienestar-ninez/tablero-srpa>
- LA ROTA, M. y BERNAL, C. (2011). *Consejo Superior de la Judicatura monitoreo de sanciones a adolescentes: Formulación de*

metodologías. Recuperado de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_341.pdf

MÁRQUEZ, A. (2007). *La Justicia Restaurativa Versus la Justicia Retributiva en el Contexto del Sistema Procesal de Tendencia Acusatoria*. Bogotá D.C: Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/04/doctrina38574.pdf>

Organización de las Naciones Unidas [ONU] (2006). *Manual Sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

Organización de las Naciones Unidas [ONU] (2016). *Promover la Justicia Restaurativa para Niñas, Niños y adolescentes*. Recuperado de: https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/documents/publications/restorative_justice_spanish.pdf

O'DRISCOLL, S. (2008). Youth Justice in New Zealand: A Restorative justice approach to reduce youth offending. Recuperado de: https://unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No75/No75_10VE_O'Driscoll.pdf

POLO FIGUEROA, N. (2018). *Sistema normativo Wayúu: módulo intercultural (línea de investigación indigenista)*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

SARMIENTO, A.; GHISO, C.; SIDERAKIS, M.; DE SIMONE, C. (2016). Aproximación teórica: efectos de la privación de la libertad en jóvenes infractores a la ley penal. Facultad de psicología – UBA. Anuario de Investigaciones volumen XXIII, 237-241.

ZHER, H. (2007). *El Pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_la_justicia_restaurativa.pdf

JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: APORTES A UNA POLÍTICA CRIMINAL PARA SUPERAR EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL CARCELARIO EN COLOMBIA

Laura ORDÓÑEZ-VARGAS*
Douglas RODRÍGUEZ HEREDIA**

Resumen: El objetivo de este artículo es analizar la implementación del componente restaurativo en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Esto, desde una mirada socio jurídica, particularmente desde el campo de la antropología jurídica y de una mirada etnográfica. Para desarrollar el análisis, el texto se divide en cuatro partes. En un primer momento se localiza y contextualiza la Jurisdicción Especial para la Paz dentro del Sistema Transicional actual. En seguida se realiza una descripción de la investigación de la cual se deriva la presente reflexión. En un tercer momento

* Doctora en Antropología Social. Profesora principal, Universidad del Rosario, Escuela de Ciencias Humanas. Correo-e: laura.ordonez@urosario.edu.co. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0755-0158>

** Doctorando en Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Magíster en Estudios Sociales. Profesor Catedrático, Universidad Pedagógica Nacional, Departamento de Ciencias Sociales. Correo-e: dgrodriguez@pedagogica.edu.co. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-9256-0352>

se analiza lo que se ha dado a entender como el enfoque restaurativo expuesto en los acuerdos y su incidencia en el diseño de la JEP. Posteriormente, a partir de la observación y los hallazgos realizados durante el trabajo de campo, se analiza el desarrollo de la implementación del enfoque restaurativo en la JEP a la luz de cuatro elementos: responsabilización, verdad, dimensión social del delito y daño. A partir de estos hacemos algunos aportes de la experiencia de la JEP a la formulación de la política criminal a la superación del estado de cosas inconstitucional carcelario.

Palabras clave: Jurisdicción Especial para la Paz (JEP); Política criminal; Justicia restaurativa; Justicia transicional; Justicia ordinaria; Estado de cosas inconstitucional carcelario; Acuerdo de paz en Colombia.

RESTORATIVE JUSTICE IN THE SPECIAL JURISDICTION
FOR PEACE: CONTRIBUTIONS TO A CRIMINAL POLICY
TO OVERCOME THE UNCONSTITUTIONAL PRISON
STATUS IN COLOMBIA

Abstract: The objective of this article is to analyze the implementation of the restorative component in the Special Jurisdiction for Peace (JEP). This, from a socio-legal perspective, particularly from the field of legal anthropology and from an ethnographic perspective. To develop the analysis, the text is divided into four parts: First, the Special Jurisdiction for Peace is located within the current Transitional System. Next, a description of the research from which this reflection is derived is made. In a third moment, what has been given meaning as the restorative approach set forth in the agreements and its impact on the design of the JEP is analyzed. Subsequently, based on the observation and the findings made during the field work, the development of the implementation of the restorative

approach in the JEP is analyzed in the light of four elements: responsibility, truth, social dimension of crime and harm. Based on these, we make some contributions from the experience of the JEP to the formulation of criminal policy to overcome the unconstitutional state of affairs.

Keywords: Special Jurisdiction for Peace (JEP); Criminal Policy; Restorative Justice; Transitional Justice; Ordinary Justice; Unconstitutional Prison state of affairs; Peace Agreement in Colombia.

INTRODUCCIÓN

En este artículo se busca analizar la implementación de la justicia restaurativa en el marco del actual modelo de justicia transicional colombiano con el fin de explorar algunas contribuciones frente a los retos en la superación del estado de cosas inconstitucional carcelario y las críticas a la excesiva criminalización¹. Para dar cuenta de este propósito presentaremos algunas aclaraciones sobre el sentido y alcance del concepto de *estado de cosas inconstitucional carcelario*.

Esta figura, que ha sido declarada por la Corte Constitucional Colombiana en tres decisiones distintas, frente a la crisis penitenciaria (Sentencia T-153/1998; Sentencia T-388/2013 y Sentencia T-762/2015), significa que la situación que se presenta al interior de las prisiones colombianas es contraria al orden constitucional de manera estructural y general, por tanto, al Estado Social de Derecho y a la

1 Este artículo es resultado de la reflexión realizada para el XI Congreso de Política Criminal, organizado por el Centro de Política Criminal de la Universidad del Externado de Colombia, durante el 7 y 8 de octubre de 2020, sobre los retos en la superación del estado de cosas inconstitucional carcelario y las críticas a la excesiva criminalización.

dignidad humana². Esta figura responde a una situación de vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales, que afecta a un número significativo de personas y que es consecuencia de un desarreglo institucional de diferentes entidades estatales (Ariza y Torres, 2019, p. 640)³.

Este estado de cosas refleja el continuo fracaso y necesidad de reforma de las prisiones⁴ y el despojo de toda humanidad para quienes están privados de su libertad, cuya escena volvimos parte de nuestro paisaje: hacinamiento, espacios físicos insalubres, falta del servicio de agua potable, ventilación, luz solar, alimentos dañados, difícil acceso a salud, trabajo, visitas íntimas. La violencia sistemática, extorsión, corrupción, tortura y malos tratos también hacen parte del repertorio de situaciones cotidianas que caracterizan estos espacios, institucionalizando prácticas completamente inconstitucionales, contrario a la resocialización, a la disminución de la criminalidad y de la violencia.

Aunque todas las sentencias apuntan al carácter estructural de la crisis del sistema penitenciario, cada una ha puesto énfasis en aspectos diferentes. En la Sentencia T-153/1998, el foco del problema se dirigió al atraso del

-
- 2 Esta doctrina, según ARIZA y TORRES (2019), resulta de la judicialización del mundo penitenciario o juridificación de la experiencia carcelaria, es decir que la declaratoria del estado de cosas inconstitucional carcelario es producto de los usos que las personas privadas de la libertad han hecho de instrumentos jurídicos como la tutela para reclamar condiciones de reclusión dignas.
 - 3 En la Sentencia T-025 de 2005 sobre desplazamiento forzado, la Corte Constitucional presenta con mayor claridad el desarrollo de los elementos que se requieren para la declaración de un Estado de Cosas Inconstitucional
 - 4 Para FOUCAULT (2003, p. 197), existe un paralelismo y simultaneidad entre el surgimiento de la prisión y los proyectos reformistas que debían corregirla, haciendo del fracaso y la reforma parte de su propio funcionamiento.

país en relación con la infraestructura carcelaria, siendo la construcción de más cárceles y el aumento de cupos carcelarios el lineamiento principal ordenado. En la Sentencia T-338 de 2013 se retoma el análisis estructural de la crisis carcelaria que evidentemente no fue superada por las acciones exhortadas en la primera declaratoria, pues a pesar del cumplimiento en materia de infraestructura⁵, este se mostró insuficiente en la resolución de las demandas individuales presentadas ante la Corte y los sufrimientos del cautiverio (Ariza, 2011).

En esa dirección establece órdenes generales encaminadas a la garantía de derechos humanos fundamentales. Con el establecimiento de la regla de equilibrio y equilibrio decreciente en los establecimientos de reclusión, encaminada a la reducción progresiva de hacinamiento, la Sentencia T-388 de 2013 cierra la posibilidad de aplicar mecanismos más efectivos en el corto plazo como la excarcelación o sustitución de la pena por medidas extramurales, pautando la prevalencia de la privación de la libertad en centro carcelario en la política criminal actual.

Poco tiempo después, en la Sentencia T-762 de 2015, la Corte Constitucional reitera la declaración del estado de cosas inconstitucional realizada en la Sentencia T-388 de

5 En el corto plazo, se llevó a cabo una expansión carcelaria y “el índice de hacinamiento se redujo constantemente durante diez años, hasta 2008, cuando el hacinamiento vuelve a aumentar hasta estabilizarse desde 2015 por encima del 45%, con una población aproximada de 120,000 personas” (ARIZA y TORRES, 2019, p. 641). En el largo plazo, entre 1993 y el año 2014, aunque los cupos carcelarios aumentaron 173,39%, el número de personas privadas de la libertad creció en una proporción superior a los cupos habilitados, esto es, 315,39%. Lo anterior, considerando que, el valor de esta inversión supuso el 91,09% del presupuesto total asignado al sector (CONPES 3086, p. 19).

2013, divide el análisis de la crisis en cinco problemáticas⁶, contempladas en la anterior sentencia, situando el énfasis en la relevancia de construir un sistema de seguimiento y monitoreo constante por parte de los jueces a través de la medición y creación de indicadores que permitan rastrear la superación progresiva de esta situación. Según el VII Informe de Seguimiento de la Sociedad Civil a esta sentencia, realizado en 2020, identifica un conjunto de falencias en el cumplimiento de la sentencia que agrupa en tres grandes problemas:

i) la falta de claridad en el contenido, los objetivos y resultados de los planes anunciados; ii) la tendencia a reportar información ambigua o descontextualizada, la cual no permite identificar los problemas que enfrenta la población reclusa ni cómo las medidas implementadas responden a ellas; y iii) la falta de implementación real de un enfoque diferencial como una medida transversal al seguimiento y a los planes diseñados para superar la crisis.

El punto es que, pese a estos pronunciamientos y al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, las realidades carcelarias a lo largo y ancho del país continúan siendo denigrantes y la crisis persistente⁷. Sin embargo, a

6 1. La desarticulación de la política criminal, 2. el hacinamiento, 3. la reclusión conjunta de sindicados y condenados, 4. la deficiente atención en salud y, 5. las condiciones de salubridad e higiene (Sentencia T-762 de 2015).

7 Según información del INPEC, el sistema penitenciario y carcelario del país, en abril de 2020 contaba con una población carcelaria de 124.188 personas. Sumando los 132 establecimientos penales que hay en el país, tiene capacidad para albergar 80.683 personas privadas de la libertad (INPEC, 2021), es decir que, había un hacinamiento del 54,9% (44.032 personas). Esto, sin contar los centros de detención transitoria (Estaciones de Policía y las URI), las cuales también se encuentran en situaciones agravadas de sobrepoblación. Debido a la pandemia y al Decreto Legislativo 546 de 2020 emitido por el Ministerio de Justicia para implementar una política de excarcelación con el fin de descongestionar las cárceles y disminuir el

pesar de su contundente fracaso, por las finalidades que no cumple (Baratta, 2002; Foucault, 1975; Wacquant, 2000; Zaffaroni, 1991), “la pena privativa de libertad en prisión continúa constituyendo el núcleo central de las sanciones impuestas en los sistemas punitivos del mundo contemporáneo” (Zaffaroni, 1991). En Colombia, por ejemplo, no existen mecanismos sustitutivos de la pena de prisión que sean lo suficientemente robustos para que los jueces apliquen medidas sancionatorias diferentes a la prisión. “Las únicas medidas adoptadas en los últimos años para descongestionar las cárceles ha sido la flexibilización de subrogados penales y beneficios administrativos, las cuales son un paso insuficiente” (Ariza & Torres, 2019, p. 653), para la magnitud del problema.

De este modo, la justicia en Colombia como monopolio estatal ha sido equiparada a la sanción penal, a la privación de libertad y a las instituciones de encierro como bastión de la política criminal actual. Del mismo modo, la justicia transicional⁸, entendida como una justicia excepcional y temporal, accionada para alcanzar la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable

número contagiados de Covid-19 al interior de las prisiones, actualmente, el sistema cuenta con 97.235 personas privadas de la libertad, disminuyendo el hacinamiento a un 20%, es decir que hay una sobrepoblación de 16.552 personas. Cabe resaltar que la emisión del decreto de excarcelación le costó a Bogotá una masacre al interior de la cárcel La Modelo, el 21 de marzo de 2020, justamente, por el amotinamiento de los internos demandando una solución por parte del Gobierno frente a la pandemia. La respuesta del Estado dejó un saldo de 23 muertos y 83 heridos (Ver: [https://www.semana.com/nacion/articulo/en-exclusiva-masacre-carcel-la-modelo-pruebas-del-amotinamiento-carcelario/677853/Consultado 15/01/2021](https://www.semana.com/nacion/articulo/en-exclusiva-masacre-carcel-la-modelo-pruebas-del-amotinamiento-carcelario/677853/Consultado%2015/01/2021))

- 8 Las Naciones Unidas definen la Justicia Transicional como: “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables puedan rendir cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación” (ONU, 2014, p. 17).

y duradera en nuestro país ha estado cooptada por este mismo modelo punitivo (Restrepo, 2013; Tonche y Umaña, 2015; Correa-Saavedra y Gómez, 2015).

Dentro de este panorama, la Justicia Restaurativa como otra expresión de justicia que se suma y está llamada a coexistir con las otras justicias, continúa siendo marginal en la política criminal actual, aunque esté enunciada en el ordenamiento jurídico⁹. Así, si su implementación en contextos de justicia ordinaria no ha sido exitosa, debido a la falta de una verdadera y profunda discusión política sobre el tema que permita avanzar en un debate nacional, que se refleja en su implementación (Brito, 2010; Sampietro-Arrubla, 2010), la implementación de una justicia restaurativa en contextos de transición política y de juzgamiento de crímenes de lesa humanidad y de atrocidad masiva como el colombiano es un desafío aun mucho mayor. Sobre este desafío trataremos en el presente artículo.

La contribución a esta discusión es una reflexión sobre la implementación de los principios de la Justicia Restaurativa en el Tribunal de Justicia Transicional colombiano y sobre la relevancia de su articulación e integración a la política criminal y penitenciaria del país, en clave de la superación del estado de cosas inconstitucional. Parte de una investigación¹⁰ centrada en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)¹¹, que cumple con las funciones judiciales dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación

9 Ley 906 de 2004 (Ley de procedimiento penal), Ley 1098 de 2006 (Ley de infancia y adolescencia) y Ley 497 de 1999 (Jueces de Paz).

10 Esta investigación denominada *Justicia Restaurativa en contextos transicionales: Una mirada etnográfica a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia*. Está financiada por los fondos de la Universidad del Rosario (FIUR), entre octubre de 2020 hasta octubre de 2021.

11 Aprobada mediante Acuerdo 01 de 2018.

y Garantías de No Repetición (SIVJRNR)¹², particularmente, centrada en el análisis de la puesta en marcha de este Tribunal de Justicia Transicional y la implementación de su componente restaurativo.

Para desarrollar el análisis, el texto se divide en cuatro partes: en un primer momento se localiza y contextualiza la Jurisdicción Especial para la Paz dentro del Sistema Transicional actual. En seguida, se realiza una descripción de la investigación de la cual se deriva la presente reflexión, poniendo el acento en la aproximación etnográfica. En un tercer momento, se analiza lo que se ha dado a entender como el enfoque restaurativo expuesto en los acuerdos y su incidencia en el diseño de la JEP. Posteriormente, a partir de la observación y los hallazgos realizados durante el trabajo de campo, se analiza el desarrollo de la implementación del enfoque restaurativo en la JEP a la luz de cuatro elementos: responsabilización, verdad, dimensión social del delito y daño. A partir de estos, hacemos algunos aportes de la experiencia de la JEP a la formulación de la política criminal y a la superación del estado de cosas inconstitucional carcelario.

1. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: TRIBUNAL DE JUSTICIA TRANSICIONAL CON UN MANDATO RESTAURATIVO

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR) ha sido, sin duda, uno de los puntos del acuerdo más controversiales y cuestionados por amplios sectores de la opinión pública nacional, específicamente, debido a su impronta restaurativa que centra la atención

12 Reglamentado por medio del Acto legislativo 01 de 2017.

en las víctimas y enfatiza en nociones como verdad, reparación, responsabilización y no repetición como “otras claves” para pensar la justicia, complementarias a las retributivas y punitivas. Sin embargo, las resistencias y tensiones frente a sanciones no privativas de libertad y su identificación con impunidad reflejan la prevalencia de una concepción punitivista.

El SIJVRNR está compuesto por mecanismos extrajudiciales como: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV)¹³ y la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD)¹⁴. También, por mecanismos judiciales como la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Es la consecuencia de un largo camino legislativo, cuyos antecedentes se remiten a la Ley de Justicia y Paz (975 de 2005), Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (1448 de 2011) y Marco Jurídico para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2012), los cuales, desde un punto de vista normativo, consolidaron la justicia transicional como una realidad institucional y constitucional en nuestro país. Resulta también de una mirada crítica sobre los aciertos y desaciertos del primer modelo transicional colombiano (Justicia y Paz) y del estudio de experiencias y modelos de transiciones políticas en otras partes del mundo.

Como se mencionó, la JEP, que es el foco de nuestro análisis, es el componente que cumple con las funciones judiciales dentro del SIVJRNR, así: “de manera autónoma y preferente ejerce las labores de investigar, esclarecer, perseguir, juzgar y sancionar a las y los responsables de las violaciones a los DDHH y las infracciones al DIH, que

13 Creada a través del Decreto 588 de 2017.

14 Creada mediante el Decreto 589 de 2017.

tuvieron lugar con ocasión del conflicto armado”¹⁵, ocurridas en Colombia durante más de 50 años de conflicto armado, teniendo como límite temporal el 1 de diciembre de 2016¹⁶].

La JEP es un tribunal mixto, es decir que, sin perder de vista su misionalidad de investigar, juzgar y sancionar, también es un tribunal que se fundamenta en los principios restaurativos y de reparación para los más de nueve millones de víctimas que ha dejado el conflicto¹⁷. Esta es tal vez una de las tensiones fundantes y la más dramática de la JEP, que incluso puso en jaque su legitimidad. El hecho de que existan sanciones no privativas de libertad en centros carcelarios y que algunos de los máximos responsables estén en el Senado de la República y no en una cárcel han convertido a la JEP, desde su nacimiento, en un blanco de múltiples ataques, acusaciones y hostigamientos jurídicos, políticos y mediáticos que buscan desprestigiar el accionar de los magistrados y del tribunal.

La JEP también puede ser definida como un escenario transicional, esto es, como uno de los contextos, entre otros, relacionados con los procesos sociales y los procedimientos jurídicos y administrativos que se han derivado de la entrada en vigor de la Justicia Transicional en Colombia, esto es, de la Ley de Justicia y Paz en 2005 y los Acuerdos de Paz de 2016 (Ordóñez Vargas y Rodríguez, 2019). Por tanto, los escenarios transicionales deben ser concebidos

15 Tomado del Protocolo de comunicaciones con víctimas de la JEP. Página 10. <https://www.jep.gov.co/SiteAssets/Paginas/jep/uaia/Grupos-misionales/Preliminar%20protocolo%20de%20comunicacio%CC%81n%20con%20vi%CC%81ctimas.pdf>

16 (<https://www.jep.gov.co/Infografas/conozcalajep.pdf>).

17 De acuerdo con el Centro Nacional de Memoria Histórica (2013), alrededor de 9,1 millones de personas sufrieron afectaciones directas como consecuencia del conflicto armado interno entre 1958 y 2012.

como el resultado de un contexto de tensiones profundas, en el cual, una parte de la sociedad decide acudir a la negociación política en aras de buscar una salida a un conflicto de intereses y otra que se empeña vehementemente en darle continuación.

En ese sentido, los escenarios transicionales como la JEP no deben confundirse como resultado de una negociación general y consensuada, pues son justamente estas circunstancias las que han traído consigo la irrupción de nuevas y más radicales formas de lucha por parte de fuerzas económicas y políticas que defienden la existencia misma del conflicto –y en muchas ocasiones la continuación de la atrocidad masiva– como único proyecto legítimo de Estado. De este modo, la justicia transicional no solamente existe en clave de “diálogo y acuerdos”, sino en virtud del recrudecimiento de la confrontación. Ejemplo de ello es el número de excombatientes¹⁸ asesinados después de la firma del acuerdo, y de líderes sociales en todo el territorio nacional¹⁹.

Sin embargo y pese a todas las dificultades mencionadas, la JEP, cuyo funcionamiento está proyectado a 15 años, con la posibilidad de ser prorrogado por 5 más, ya cumplió 3 años de funcionamiento y, de acuerdo con informe presentado a 31 de diciembre de 2020: 12.711 personas se han

18 Según el Partido Político Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común, al 28 de diciembre de 2020 249 excombatientes habían sido asesinados desde la firma de los acuerdos en noviembre de 2016. (Ver en: <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/el-2020-cierra-con-249-excombatientes-asesinados-segun-farc-557423>. Consultado el 15/01/2021).

19 Según datos de Indepaz, en el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2016 y el 3 de noviembre de 2020, 1.055 líderes sociales y comunitarios han sido asesinados. (Ver en: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/lideres-sociales-cifras-de-asesinatos-subieron-en-el-2020-pese-a-la-pandemia-547693>. Consultado el 15/01/2020)

sometido a su jurisdicción. Entre estas, 9.773 son miembros de las FARC (76,9%), 2801 de la Fuerza Pública (22%) y 125 Agentes del Estado diferentes de la Fuerza Pública (01%). El número de víctimas que han sido acreditadas ante la JEP también ha superado ampliamente las expectativas que rodearon su creación. De acuerdo con cifras de la propia JEP, hay 229 sujetos colectivos acreditados en calidad de víctimas; 6.078 víctimas que han recibido asesoría jurídica; 3.134 víctimas que han sido representadas en procesos judiciales; 121 audiencias judiciales; y 36.990 decisiones judiciales (aclarando que no se trata de sentencias)²⁰.

El enfoque restaurativo de la JEP, al hacer énfasis en el reconocimiento de las víctimas, incorpora los enfoques territoriales, étnicos y de género. Con estos enfoques busca hacer visible las “características de victimización propias de cada territorio y población”²¹ y las necesidades de grupos históricamente excluidos y particularmente afectados por el conflicto armado. Estos enfoques determinan el funcionamiento y operación de la JEP. Además, es relevante resaltar que el enfoque diferencial se extiende a la composición actual del tribunal por magistrados afrocolombianos e indígenas, como por la paridad entre hombres y mujeres. Es la primera vez que vemos esta heterogeneidad de jueces en un tribunal colombiano materializando lo establecido en el reglamento del Acuerdo²².

20 (Ver en: <https://www.jep.gov.co/jepcifras/JEP%20en%20cifras%20%20%20diciembre%2031%20de%202020.pdf> . Consultado 15/1/2021)

21 Protocolo de comunicación con víctimas. Unidad de Investigación y Acusación. JEP, p. 12.

22 El reglamento general de la JEP, establecido mediante acuerdo 001 de 2020, señala en el literal H del artículo cuarto que uno de los principios rectores de la entidad será “un enfoque diferencial, territorial, ambiental, étnico y de género. Así mismo, en el párrafo dos del mismo artículo señala que las autoridades de los pueblos indígenas, las comunidades negras,

La justicia restaurativa es un mandato de la JEP y los magistrados del tribunal cuentan con la disposición para su implementación. Además, hay un bagaje teórico y conceptual importante que se alimenta de diversas experiencias internacionales de transición. Sin embargo, el gran desafío es traducir la justicia restaurativa en mecanismos, procedimientos, prácticas y sanciones.

2. ENFOQUE TEÓRICO Y CAMINO METODOLÓGICO: MAPEANDO LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA JEP

La investigación que da origen al presente artículo se basa, analítica y teóricamente, en el diálogo e interfaces entre la antropología (jurídica), las teorías críticas del derecho, la sociología del castigo y los estudios de conflicto y paz. Particularmente, se sitúa en el campo de la antropología jurídica, definida por Krotz (2002) como el estudio del derecho y de los fenómenos jurídicos desde una perspectiva socio antropológica. La esfera de lo jurídico es vista por la antropología como un aspecto de la realidad social, así, parafraseando al autor,

La perspectiva antropológica, a diferencia de la visión jurídica, no busca construir modelos de aplicación general, abstrayendo los contextos sociales, sino dar cuenta de la manera en que los sistemas jurídicos se encuentran inmersos en la cultura y el poder (...) el estudio social de lo jurídico sobrepasa los límites del fenómeno legal propiamente dicho y contribuye al conocimiento de la sociedad estudiada en su conjunto (Krotz, 2002, p. 24).

afrocolombianas, raizales y palenqueras, y el pueblo rom coadyuvarán en los trámites procedimientos y decisiones de la JEP.

Con relación a la comprensión de la Justicia Restaurativa como un paradigma de justicia, debido a la heterogeneidad de sus raíces no es posible establecer una definición única del concepto que, por el contrario, denota significados, procesos, mecanismos y teorías plurales, que emergen desde las prácticas restaurativas concretas ocurridas en contextos y conflictos particulares (Clamp and Doak, 2012; Clamp, 2016; Bueno, Parmentier & Weitekamp, 2016). Sin embargo, existen algunos consensos, entre ellos que es una justicia que busca reconocer que las conductas punibles o los delitos más que una violación a la ley, causan daños concretos a las personas y a las relaciones sociales, por tanto, propone que a todas las partes en conflicto se les permita participar activamente en el proceso de solución, como aspecto fundamental para alcanzar un resultado restaurativo, de reparación y paz social (Zehr, 1990; Christie, 1981; Braithwaite, 1999; Sampetro-Arrubla, 2010; Britto, 2010). La restauración, la responsabilidad y la reintegración son las claves de este modelo (Dignam & Lowey, 2000).

La Justicia Restaurativa incluye a las víctimas, a los ofensores y a las comunidades, con el objetivo de comprometer a los directamente afectados por el delito, reparar el daño a las víctimas, responsabilizar a los infractores por el mal causado, buscar su reintegración a la sociedad, como también reestablecer los vínculos sociales afectados por el delito.

En la literatura académica existe un debate en torno a la forma de aproximarse a la Justicia Restaurativa. Por un lado, existe una perspectiva orientada a enfatizar en los procesos restaurativos (aproximación purista o minimalista) que busca reunir a todos los actores involucrados (Mc Cold, 2000). Por otro lado, está la perspectiva orientada a resultados restaurativos (aproximación maximalista), cuyo principal objetivo es reparar el daño que se causó

a partir de un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo (Walgrave, 2008). Para efectos de la investigación y claramente, considerando el contexto judicial estudiado, se tuvieron en cuenta, tanto los procesos, como los resultados restaurativos.

En la investigación se realizó un abordaje cualitativo, particularmente, una etnografía de este escenario judicial (Nader, 2002; Cubells, 2002), con el fin de comprender las realidades sociales a partir de la experiencia de los sujetos que hacen parte de ellas. La JEP como escenario transicional de carácter judicial es extremadamente interesante por concentrar en un mismo lugar diversos actores como: excombatientes y agentes del Estado –en adelante–, comparecientes, víctimas, operadores de justicia y funcionarios técnicos (psicólogos, politólogos, antropólogos, entre otros). También, porque este contexto engloba un conjunto de procedimientos, diligencias, mecanismos y discursos que atraviesan el proceso judicial de las víctimas y los comparecientes que, justamente, son objeto de análisis en esta indagación.

Así, para lograr el objetivo de mapear la implementación de la justicia restaurativa en la JEP, rastreamos e identificamos el conjunto de procedimientos y ritualidades procesales y extraprocesales, diseñadas por los operadores de justicia de la JEP, analizamos el contexto y la cotidianidad en los cuales se desarrolla la experiencia del tribunal. En suma, acompañamos algunos bastidores de la escena judicial y participamos de la artesanía detrás de la construcción de la verdad judicial, enfocándonos en la implementación de su componente restaurativo.

También rastreamos las representaciones otorgadas por parte de los operadores de justicia, comparecientes y víctimas a la justicia restaurativa en el contexto de su participación en la JEP. Y, por último, analizamos las formas

como se incluyen y aplican los enfoques diferenciales (género, territorio, étnico) en la construcción y el desarrollo del abordaje restaurativo.

Dada la gran cantidad de hechos cometidos en el marco de 50 años de conflicto armado interno y la imposibilidad de investigar todos los casos, la JEP está diseñada desde un enfoque estructural del conflicto, es decir, fue pensada para trabajar en clave de macrocasos y macrocriminalidad, seleccionando y priorizando los hechos más graves y representativos del conflicto, así como a los máximos responsables en las respectivas cadenas de mando debido a la imposibilidad de investigar y sancionar a todos los perpetradores. En este sentido, metodológicamente, se toman los macrocasos como unidades de análisis de nuestra indagación. Hasta la fecha, se han abierto siete (7) macrocasos²³.

A partir de los macrocasos, se busca analizar diversos momentos procesales de la JEP, tanto aquellos previos a las sanciones (relativos a los componentes sustantivos y adjetivos), como las sanciones mismas (las cuales solo estarán en firme hasta dentro de aproximadamente 3 o 4 años).

23 Caso 001 (abierto el 6 de julio de 2018)–Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP; Caso 002 (abierto el 10 de julio de 2018)–Prioriza la grave situación de derechos humanos padecida por la población de los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas (Nariño); Caso 003 (abierto el 17 de julio de 2018)–Sobre muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado; Caso 004 (abierto el 11 de septiembre de 2018)–Prioriza la situación humanitaria de los municipios de Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá, Dabeiba (Antioquia) y El Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandí (Chocó); Caso 005 (abierto el 8 de noviembre de 2018)–Prioriza la situación humanitaria de los municipios de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Morales, Caloto, Corinto, Toribío y Caldono (Cauca); Caso 006 (abierto el 4 de marzo de 2019)–Victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP); Caso 007 (abierto el 6 de marzo de 2019)–Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado colombiano.

De esta manera articulamos la perspectiva maximalista y minimalista de la justicia restaurativa.

Debido al poco tiempo de funcionamiento que tiene el tribunal y al hecho de que es un modelo transicional muy novedoso en el mundo y no existen experiencias anteriores, hay muchísimos desafíos y la necesidad de ir avanzando en medio de aciertos y desaciertos. Así, aunque haya un diseño claro, otra cosa, es poner el modelo a andar en la práctica, en el mundo social.

El acceso a la JEP para realizar trabajo de campo se realizó bajo la figura de trabajo colaborativo entre el Semillero Antropología, Género y Derecho y el Grupo de Análisis de la Información (GRAI). El GRAI se constituye como una unidad adscrita a la magistratura, encargada de realizar análisis de contexto, identificación y caracterización de los patrones de conducta criminal y gestión de la información, para contribuir a la toma de decisiones de la magistratura en particular y de la JEP en general, incluyendo la aplicación de los elementos restaurativos de la justicia para la paz, con enfoque territorial, étnico, diferencial y de género (art. 71 del Acuerdo 001 del 9 de marzo de 2018 mediante el cual fue establecido el reglamento general de la JEP)²⁴.

Esta entrada es interesante porque es aquí de donde se recoge de diversas fuentes (estatales y de la sociedad civil), y se procesa toda la información para configurar, investigar, construir la verdad judicial y abrir los diferentes macro casos judiciales.

El trabajo colaborativo dentro de la JEP permitió aplicar técnicas de recolección de la información cualitativas como la observación, entrevistas formales y conversaciones

24 <https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Grupo-de-Analisis-de-la-Informacion.aspx>

informales. Al mismo tiempo, realizamos un seguimiento exhaustivo a prensa, análisis documental (académico, jurídico e institucional) de carácter público, análisis de audiencias judiciales y del desarrollo jurisprudencial que ha ido surgiendo después de la firma de los acuerdos de paz. Asistimos a diversos eventos académicos e institucionales sobre la experiencia del tribunal organizados por entidades públicas y de la sociedad civil. A pesar de la pandemia y dada la cantidad de trabajo de archivo que tiene la JEP, continuamos trabajando en acceso remoto.

3. SANCIONAR, ESCLARECER, REPARAR Y RESTAURAR: EL COMPONENTE RESTAURATIVO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Tal como se ha indicado en los apartados anteriores, el acuerdo de paz entre el Estado colombiano y las FARC-EP contempla un complejo sistema de justicia transicional cuya institucionalidad se conforma por tres organismos, entre los cuales, como se dijo, solamente la JEP tiene competencias y funciones jurisdiccionales (Presidencia de Colombia, 2016). A pesar de que el modelo de justicia transicional pone en juego una mirada compleja de la justicia en la cual se conjugan organismos judiciales y no judiciales y, por lo tanto, los principios y finalidades de la justicia restaurativa rebasan los límites de la práctica judicial, la investigación adelantada centra su mirada en las dinámicas y desarrollos del escenario de la JEP.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que nuestro propósito es sistematizar algunos aportes de la experiencia del *componente restaurativo del SIVJRNR*, a continuación describiremos los elementos más significativos de dicho componente. Para ello, tomaremos como base el texto de los acuerdos donde quedó inscrito el espíritu restaurativo del

tribunal en su arquitectura institucional. En primer lugar, es clave señalar que, a través del enfoque de la justicia restaurativa, los autores del acuerdo pretenden desarrollar una perspectiva substantiva del derecho a la reparación. Es decir, además de crear una serie de mecanismos que, desde un conjunto de requerimientos eminentemente procesales, entregue a las víctimas las herramientas necesarias para perseguir la satisfacción de su derecho a ser reparadas, se trata de dar forma a una idea de justicia en la cual los propósitos y alcances del ejercicio del poder jurisdiccional no se limiten al ámbito penal.

La idea de restauración se visibiliza en los puntos 4 y 5. En el primero de ellos, relativo a los cultivos ilícitos, se refiere a la reparación de los daños ambientales. No obstante, es en el punto 5, o componente de justicia, donde se logra un desarrollo real. En el acápite introductorio se reafirma la idea de que el principio fundamental de la JEP contempla “el deber de reparar el daño causado y restaurarlo cuando sea posible” (p. 127). Así mismo, se establece que el énfasis de las medidas adoptadas debe ser restaurativo y reparador (p. 128). Pero es en el punto 5.1.2 donde se encuentran descritos los principios de la JEP, el apartado del acuerdo donde se posiciona con mayor fuerza la justicia restaurativa.

El sexto principio establece que las actuaciones de la JEP deben tener como eje central la reparación de las víctimas y la gravedad del sufrimiento infringido por los actores armados, reafirmando el deber de restaurar en la medida de lo posible los proyectos de vida individuales y colectivos. Para dar cumplimiento a dicho mandato, el acuerdo reconoce a la justicia restaurativa como uno de los paradigmas fundantes –de manera implícita, el acuerdo no renuncia a un paradigma retributivo o punitivista– del sistema de justicia acordado:

Uno de los paradigmas orientadores del componente de justicia del SIVJRNR será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido (p. 144).

En el principio 8, mediante el cual se introduce el enfoque de género, se advierte que las medidas restaurativas deben atender a las formas particulares de sufrimiento de las cuales son objeto las mujeres y niñas, advirtiendo que las medidas reparadoras y restaurativas deben atender a tal enfoque.

Ahora bien, la justicia restaurativa no solamente aparece como un paradigma necesario en la reparación de las víctimas y su reconocimiento como sujetos de derechos, pues también lo hace con respecto de las funciones sancionatorias del Estado. Los principios básicos en materia de sanciones se encuentran en el numeral 60 del punto 5.1.2. Las partes acordaron que la función de las sanciones proferidas por la JEP debe privilegiar la satisfacción de los derechos de las víctimas, otorgando a la pena un objetivo restaurador y reparador. No obstante, dichas funciones deben ser logradas en relación con el grado de reconocimiento de responsabilidad y aporte a la verdad de lo ocurrido:

Las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga ante el componente de Justicia del SIVJRNR mediante declaraciones individuales o colectivas (p. 164).

Para tal efecto, la JEP combina un sistema de sanciones restaurativas y retributivas cuya gradualidad depende del momento procesal en el cual los comparecientes den estricto cumplimiento a las exigencias en materia de construcción de la verdad y reconocimiento de responsabilidad. De conformidad con el citado numeral 60, los comparecientes que reconozcan responsabilidad y digan la verdad de lo ocurrido ante la Sala de Reconocimiento –inicios del procedimiento– podrán tener penas alternativas ligadas a la restricción de derechos por un periodo no inferior a 5 años y no superior a 8 años. Por su parte, los excombatientes que no reconozcan su responsabilidad y sean vencidos en juicio podrán enfrentar penas de privación de libertad en centro carcelario hasta por un periodo de 20 años.

Si bien el sistema contempla la práctica de sanciones no consistentes en encarcelamiento, estas no son desestimadas del todo para quienes no contribuyan efectivamente al proceso mediante el reconocimiento de responsabilidad. Claramente, este mecanismo encierra diversos riesgos para los derechos de las víctimas, pues no es sencillo constatar si la responsabilización o el reconocimiento de verdad son genuinos o, por el contrario, se trata de simples estrategias para evitar penas retributivas.

Así las cosas, el paradigma restaurativo se limita predominantemente al primero de los tres grupos de sanciones, esto es, a las personas que hagan reconocimiento pleno de responsabilidad y de verdad en el inicio del procedimiento. Según el texto final del Acuerdo de Paz, las sanciones previstas para este grupo de comparecientes tendrán un carácter restaurativo y reparador; así mismo, su cumplimiento no se regirá por las normas del derecho penal, sino que deberán ser evaluadas en cuanto a sus efectos reparadores y restauradores.

Los comparecientes ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad podrán presentar un proyecto detallado, individual o colectivo, de ejecución de los trabajos, obras o actividades reparadoras y restaurativas. En dicho proyecto se indicarán obligaciones, objetivos, fases temporales, horarios y lugares de la ejecución, así como las personas que los ejecutarán, y el lugar donde residirán. Las sanciones impuestas por el tribunal preestablecerán los lugares donde residirán las personas que ejecutarán los proyectos. Los lugares donde residirán tendrán condiciones apropiadas de habitabilidad y dignidad (p. 172).

Frente a los dos grupos de sanciones, esto es, quienes hagan reconocimiento de responsabilidad de manera tardía o simplemente no lo hagan, el sistema de justicia previsto por la JEP es eminentemente retributivo, haciendo uso del *ius puniendi* tradicional del paradigma penalista. Frente a este conjunto de dispositivos restaurativos, no deja de llamar la atención su similitud con el Sistema Penal Acusatorio (Ley 906 de 2004) vigente en Colombia; a lo largo del proceso judicial, los imputados y acusados pueden realizar reconocimientos voluntarios de responsabilidad para obtener descuentos en las condenas privativas de libertad. Cuanto más temprana se lleva a cabo la concesión, los beneficios jurídicos serán mayores.

Entonces, ¿cuál es la diferencia? Y en tal sentido, ¿de qué manera aporta a la política criminal? Pues bien, en primera instancia, porque la apuesta restaurativa acordada en La Habana no tiene por objeto la “economía procesal” o el evitar el “desgaste del aparato judicial”. A diferencia del sistema de justicia ordinario vigente en Colombia, el diseño de sanciones propias y alternas persigue la responsabilización y el esclarecimiento de lo ocurrido en el marco de un sistema no necesariamente adversarial. No basta con la confesión de los hechos por parte de los comparecientes.

Además, las víctimas y el Ministerio Público tienen los recursos necesarios para impugnar, cuestionar y ampliar los relatos de los comparecientes.

4. APORTES DE LA EXPERIENCIA DE LA JEP A LA FORMULACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA SUPERACIÓN DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

Una vez descrito el componente restaurativo de la JEP que, además de mecanismos procesales, contempla la promoción de prácticas, discursividades y concepciones acerca de la justicia (Gómez, 2019), en este acápite sintetizaremos los avances más significativos del mencionado enfoque y sus aportes a la política criminal colombiana. Es preciso mencionar que la mayor parte de los análisis son el fruto del trabajo de campo, inscrito en una perspectiva etnográfica-participativa y colaborativa (Katzner & Samprón, 2011; Ruiz, 2018) y, en tal sentido, no pretende construir una visión totalizadora de la experiencia de la JEP, especialmente, en un contexto político polarizado en el que la justicia transicional se encuentra en el centro de la discusión pública.

Ahora bien, antes de entrar en materia, creemos que es necesario comprender las razones por las cuales una experiencia de justicia transicional puede ser un insumo lo suficientemente sólido para el diseño de la política criminal ordinaria (Arrieta, 2015). En relación con este asunto expondremos tres argumentos a explorar: 1) el papel de la justicia ordinaria en relación con lo “no acordado”; 2) el lugar del sistema de justicia como factor explicativo del conflicto; 3) las dinámicas criminales propias del posconflicto.

El primero tiene que ver con el hecho de que, históricamente, el sistema de justicia ordinario asume las

consecuencias de lo “no acordado”. En un conflicto como el colombiano, cuya complejidad involucra una aproximación explicativa más allá de la descripción clásica de la disputa entre insurgencia y fuerzas estatales (Pizarro, 1998), no hay duda de que los seis puntos acordados en La Habana apenas dan cuenta de una parcialidad de la guerra. Buena parte de los hechos y formas de criminalidad que se vienen desarrollando con posterioridad a la refrendación de los acuerdos en 2016, a pesar de no hacer parte de la competencia de la JEP, son una herencia evidente del actual ciclo de violencia (Bernal, 2018).

En segundo lugar, es clave reconocer que la administración de justicia ha tenido un papel protagónico en el surgimiento y prolongación del actual ciclo de violencia (Arrieta, 2015). El propio gobierno colombiano ha reconocido que la debilidad de la presencia institucional, y con ello, de la administración de justicia, abrió la posibilidad para que diferentes actores legitimaran prácticas de resolución de conflictos basadas en la violencia física, la intimidación y el miedo colectivo (Gómez L., 2004). En tal sentido, la administración de justicia no es una simple operadora del acuerdo, sino que además representa una porción concreta de una transición política.

Y, en tercer lugar, porque a diferencia de las promesas ciertamente triunfalistas de pacificación social por parte de los protagonistas del acuerdo, la experiencia histórica reciente sugiere la intensificación de la conflictividad social y, por lo tanto, de la criminalidad y la escalada de la violencia. Por ejemplo, aun a dos décadas de los acuerdos de Chapultepec (1990) (Fernández, 2002), El Salvador logró ser considerado uno de los cinco países más peligrosos del mundo con una tasa de homicidios que en 2015 fue de 105.4 homicidios por cada 100 mil habitantes, mientras que en 1995 –cuatro años del acuerdo de paz– era de

142.20 (UNODC, 2012)²⁵. La dificultad para incorporar a los excombatientes a nuevos ámbitos laborales, la persistencia del mercado ilegal de armas y la estigmatización social de los antiguos insurgentes son algunas de las razones (Mejía, 2014).

Ahora bien, una vez expuestas algunas articulaciones entre escenarios de la justicia transicional y la justicia ordinaria, y los motivos por los cuales la justicia transicional es un insumo sólido para contribuir con la política criminal ordinaria, a continuación damos cuenta de algunos de los avances en la implementación del componente restaurativo y su relevancia para la política criminal en los próximos años.

4.1. La responsabilización como base del proceso judicial

En una entrevista a profundidad realizada a una funcionaria de la JEP, ante la pregunta por los cuestionamientos que de manera pública el Gobierno nacional hace al sistema de sanciones de la JEP, respondió: “los despachos de la magistratura están creando estrategias para construir una verdad de lo sucedido, pero una verdad que responsabilice éticamente a comparecientes de sus hechos (...) eso es lo que no dicen los medios” (entrevista realizada a funcionaria de la JEP en noviembre de 2020). Así mismo, haciendo uso de matrices de observación, se analizaron audiencias judiciales ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los

25 Al respecto, se sugiere revisar el informe titulado, “El Salvador: el país con más asesinatos en el mundo”, elaborado por el portal www.datosmacro.com. (consultado el 16/01/2021).

Hechos y Conductas²⁶. Luego de observar una audiencia del caso 001 sobre retenciones ilegales, registramos:

la verdad y la responsabilidad son elementos que, aunque se relacionan, deben ser analizados en el marco de dos procesos ciertamente independientes (...) la responsabilidad no es la consecuencia directa del reconocimiento y relato de los hechos, sino una actitud personal, íntima. (...) la magistrada intenta, desde el inicio de la diligencia, propiciar este proceso personal en una audiencia que no tiene una lógica de confrontación (diario de campo, Bogotá, diciembre 12 de 2020).

Las dos acepciones al trabajo de campo adelantado en la JEP sugieren la relevancia de la noción de responsabilización en el diseño restaurativo. Por una parte, se contempla una mención explícita a dicha idea en el organigrama de la entidad, donde, además, ha sido diferenciada de la noción de verdad. Y por otra, su realización material parece ser asumida en una dimensión superior a la de la operacionalización de la justicia.

En cuanto a lo primero, es clave resaltar que, en concordancia con el paradigma restaurativo, verdad y responsabilización no son equivalentes. A diferencia de la experiencia de la justicia penal ordinaria, en la cual el reconocimiento de responsabilidad por parte del procesado se desprende de hechos como la confesión, es preciso desnaturalizar el papel aparentemente reparador del esclarecimiento de lo acaecido. Saber lo ocurrido no siempre repara o apacigua el dolor y los daños causados. Depende de las justificaciones elaboradas por parte de los individuos, pero también de sus expresiones, de las formas como se refieren a las

26 Ver organigrama de la JEP. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/Transparencia/Talento/Organigrama.aspx>

víctimas, incluso de su corporalidad, en suma, se trata de una actitud personal, íntima. La experiencia inicial de la JEP nos permite suponer que, aunque se trata de una dimensión que no se inscribe propiamente en el proceso penal, puede estar al alcance de las aspiraciones de la administración de justicia.

4.2. El derecho a la verdad más allá del debate probatorio

Con el objetivo de generar un marco constitucional para la implementación del acuerdo y la terminación del conflicto fue establecida una reforma constitucional mediante el acto legislativo 01 de 2017. Al respecto de la verdad, en tanto obligación de los comparecientes a la JEP, el art. 5 –transitorio– señala:

Aportar verdad plena significa relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición. El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades (art. 5, acto legislativo 01 de 2017).

Este conjunto de principios o requerimientos a los comparecientes ha sido retomado permanentemente como preámbulo o introducción a las diligencias de audiencias por parte de los magistrados. En uno de los diarios de campo registramos la audiencia de entrega de un informe colectivo por parte del Estado Mayor Central de la antigua guerrilla de las FARC-EP, de la siguiente manera:

La magistrada a cargo de dirigir la diligencia advierte a los comparecientes que la entrega de verdad tiene dos

dimensiones: una colectiva y otra individual (...) las víctimas tendrán el derecho de objetar y solicitar aclaraciones y (...) los relatos y explicaciones deberán satisfacer unos requisitos mínimos de verdad. Llama la atención que el informe debe dar cuenta de un cuestionario previamente entregado (diario de campo, Bogotá, diciembre 9 de 2020).

Veamos brevemente el propósito de las dos notas de campo a la luz de dos cuestiones que pretenden articular justicia transicional y justicia ordinaria. Una vez establecido que verdad y responsabilización son dos nociones que deben diferenciarse, reafirmamos que el enfoque restaurativo toma como base de la administración de justicia el hecho de que el esclarecimiento de lo sucedido tiene por objeto construir una dimensión de los daños y aportar a las estrategias de reparación. La lógica de “no desgaste” del aparato judicial infortunadamente promueve una instrumentalización a ultranza de la verdad. En muchas oportunidades los relatos de los procesados son el cálculo preciso entre aquello que no puede ser probado por la víctima y la dosis precisa de esclarecimiento que materialice un acuerdo aceptable para jueces y fiscales.

El segundo elemento se relaciona con el deber del Estado en la elaboración de la verdad. Más allá de la confesión de un hecho puntual, con la cual el ente acusador celebra el no tener que adelantar el trabajo de investigación, la verdad, en un sentido garantista y restaurador, solamente puede ser construida con la participación activa de los operadores de justicia.

4.3. El delito es un hecho sociocultural

El ámbito de acción de la JEP tiene que ver con el desarrollo del conflicto armado interno en el que las FARC-EP no fueron los únicos protagonistas. Entre los años 2002

y 2010, el gobierno de Álvaro Uribe Vélez promovió una visión negacionista del conflicto, haciendo uso de la idea de amenaza terrorista (Mendoza, 2013) y, sin duda, el primer paso para las negociaciones en La Habana fue el reconocimiento expreso de un conflicto armado interno. Más allá de todas las consecuencias jurídicas o políticas, nos interesa retomar la mirada sociológica y con ella asumir que la JEP no juzga hechos que son consecuencia de decisiones individuales, sino un intrincado conjunto de prácticas y procesos que deben ser encuadrados en un ciclo de violencia que tiene raíces estructurales.

Así lo hicieron saber las delegaciones del Gobierno nacional y las FARC-EP en el acto de instalación de la mesa de negociaciones, en la ciudad de Oslo en 2012. El jefe guerrillero Iván Márquez resaltó que: “Una paz que no aborde la solución de los problemas económicos, políticos y sociales generadores del conflicto es una veleidad y equivaldría a sembrar de quimeras el suelo de Colombia”²⁷. A su vez, el negociador, Humberto de la Calle, coincidió en que: “el Gobierno ha reconocido la inequidad y desigualdad existentes en Colombia”²⁸. Esta concepción del conflicto fue incorporada al acuerdo final y, en ese sentido, hace parte del mandato que da origen a la JEP.

A lo largo del trabajo de campo, advirtiendo la existencia de gran cantidad de matices, el trabajo de la JEP ha buscado mantener un ejercicio de administración de justicia que no pierda de vista las condiciones sociales, de pobreza o desigualdad que dieron origen a la guerra. Una funcionaria de la JEP, ante la pregunta por la importancia

27 Ver discurso completo: http://viva.org.co/cajavirtual/svc0325/pdfs/articulo584a_325.pdf

28 Ver discurso completo en: <https://www.semana.com/politica/articulo/discurso-del-gobierno-nacional-instalacion-dialogos/266735-3/>

del Grupo de Análisis de la Información –GRAI–, mencionaba: “su trabajo es la base de los casos. La construcción del universo provisional de hechos (...) implica conectar los hechos criminales con los contextos, (...) el conflicto no fue igual en todos los territorios” (entrevista a funcionaria de la JEP, Bogotá, noviembre de 2020).

En este orden de ideas, valoramos la apuesta de la JEP para construir una serie de aproximaciones al delito allende al contexto inmediato. Reconocer las circunstancias sociales y culturales que, en la vida cotidiana, posibilitan o legitiman un repertorio de conductas contrarias al disfrute pleno de derechos por parte de la ciudadanía puede aportar a una dimensión preventiva o disuasiva del derecho penal (Zaffaroni, 1991). La propia Corte Constitucional en la Sentencia T-338 de 2013, en virtud de la cual se declaró por segunda vez el estado de cosas inconstitucional carcelario, resalta esto:

El castigo penal –teniendo en cuenta el valor propio del derecho de las víctimas– debería ser el último recurso (*ultima ratio*) que se emplee para controlar a las personas; la política criminal debe ser, ante todo, *preventiva y tener como objetivo central buscar la resocialización de las personas condenadas; no sólo justicia retributiva, también restaurativa*; ser sensible a la protección efectiva de los derechos fundamentales en general y de la dignidad humana, específicamente; ser sostenible (Sentencia T 338 – 2013).

Desde luego, esta no es una tarea exclusiva de los operadores de justicia, sino que involucra el esfuerzo de todos los actores de la política criminal. Para ello, es menester revisar el acuerdo social que se presume del catálogo de los “bienes jurídicamente tutelados”, previsto en el ordenamiento penal. Es decir, por un lado, atender al hecho de que las valoraciones o sentidos socialmente construidos

alrededor de bienes jurídicos como la vida, la propiedad o la integridad personal, se construyen localmente (Cubells, 2002; Garland, 1990). Y, por otro lado, resaltar que no se trata de una relativización de los derechos o garantías que persigue el ordenamiento penal, sino de comprender que los efectos o daños causados como consecuencia de un delito son una elaboración sociocultural a la que, por lo general, la administración pública de justicia no ha logrado atender.

4.4. No hay reparación adecuada sin una dimensión del daño

En una entrevista a una antigua integrante de las FARC-EP, ante la pregunta por la posibilidad de reparar a las víctimas de hechos tan graves como la violencia sexual, respondió:

(...) somos conscientes de que en esta guerra pasaron muchas cosas graves, imperdonables, que causaron daños irreparables a las mujeres y a sus familias (...) muchas de las víctimas directas ya no están, pero podemos intentar reparar el daño, así sea en parte, a sus hijos, a sus padres, a sus comunidades" (entrevista con excombatiente de las FARC-EP, Bogotá, noviembre de 2020).

Frente a la misma pregunta, una funcionaria de la JEP dijo:

Yo sé que hay cosas imposibles de reparar. ¿Cómo reparas el daño causado por una agresión sexual a una niña de 14 o 25 años? (...) Yo creo que es imposible. Pero ¿te cuento algo? Hay mujeres que nos han dicho: "vea, a mí ya no me pueden cambiar lo vivido, pero si mis hijos tienen salud, educación, alimentación, me voy a sentir reparada". A veces son las mismas víctimas quienes hacen ver que la tarea puede ser más fácil de lo que pensamos (entrevista a funcionaria de la JEP, Bogotá, noviembre de 2020).

Si bien es cierto que, en los últimos años, la experiencia de la Ley 1448 de 2011, e incluso, las decisiones de organismos internacionales como la Corte IDH, sugieren que la caracterización de los daños supera las posibilidades propias de las indemnizaciones económicas, la administración de justicia en Colombia no ha logrado escapar completamente a la lógica del “lucro cesante y daño emergente”²⁹. A pesar de la enorme experiencia en el tratamiento de graves violaciones a derechos humanos, involucrando reparaciones inmateriales, simbólicas, colectivas, etc., en el contexto de la justicia penal ordinaria, las reparaciones son uno de los eslabones más débiles del proceso. Esta es la consecuencia de un aparato judicial que no cuenta con los recursos técnicos y de análisis para una mejor comprensión de los daños sufridos por las víctimas.

La experiencia de la JEP sugiere que la centralidad de las víctimas y de sus voces, más allá de constituirse en un medio de prueba, permite a los operadores judiciales comprender mejor las dimensiones de los daños sufridos, tanto en lo individual como en lo colectivo. Significa ampliar la pregunta acerca de lo ocurrido hacia una que se dirija a la comprensión de las consecuencias de lo ocurrido.

29 Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento (Ver: https://www.gerencie.com/lucro-cesante-y-dano-emergente.html#:~:text=%C2%ABenti%C3%A9ndese%20por%20da%C3%B1o%20emergente%20el,cumplido%20la%20obligaci%C3%B3n%2C%20o%20cumplido.)).

CONCLUSIONES

La justicia transicional no es en sí misma un enfoque particular de la administración de justicia. Por el contrario, constituye un conjunto de instituciones, medidas administrativas y reformas legales que facilitan, en el caso colombiano, la finalización de un conflicto armado (Uprimny, 2006). Incluso, autores como Arrieta (2015) han acuñado la noción de *justicia ordinaria en período de transición (JOPT)*. Teniendo en cuenta que el objetivo del presente artículo no es el de realizar una revisión exhaustiva de las aproximaciones analíticas a la justicia transicional, hemos incorporado esta idea con el fin de reafirmar la articulación entre la justicia penal ordinaria y la justicia transicional, concretamente la trayectoria de la JEP.

Una y otra jurisdicción enfrentan el reto de administrar justicia en el contexto de una coyuntura política que pretende transitar de la guerra a la paz. Así mismo, la política criminal debe aceptar el hecho de que el aparato judicial tiene una cuota de responsabilidad en el actual ciclo de violencia (Arrieta, 2015), y en ese orden de ideas, la justicia cumple un papel doble: por una parte, es instrumento para la transición política, y por otra, debe recrearse a sí misma como objeto de dicha transición. En esta perspectiva, hemos procurado generar algunos insumos o recomendaciones para la elaboración de una política criminal que permita superar el *estado de cosas inconstitucional* al que nos hemos referido en los primeros apartados. Tales elaboraciones devienen de la evaluación de la implementación del componente restaurativo en el marco institucional de la JEP.

En síntesis, los hallazgos de campo sugieren importantes avances en cuatro líneas de discusión: responsabilización, evaluación del daño, concepción del delito y

esclarecimiento de la verdad. Además del reconocimiento normativo de figuras y recursos legales que le impriman al procedimiento judicial de la JEP un enfoque restaurativo, valoramos enormemente las apropiaciones logradas por los operadores de justicia. Ello se refleja en la construcción de prácticas o estrategias metodológicas de carácter restaurativo cuya existencia no es la consecuencia de un mandato legal expreso, sino de una interpretación reflexiva del derecho. Dentro de este repertorio en construcción resaltamos la disposición del espacio en las audiencias; las formas de interacción entre víctimas, comparecientes y operadores judiciales; la conducción de las audiencias en clave del respeto y reconocimiento de los derechos de las víctimas y, en general, la superación de una cultura instrumentalizante y rutinaria de la administración de justicia.

Al mismo tiempo, llamamos la atención sobre las posibilidades que tiene la política criminal de contribuir a las transformaciones propuestas en el acuerdo final de paz y, al mismo tiempo, sobre los aportes que la justicia transicional le puede hacer a la política criminal. Sin lugar a duda, la situación penitenciaria es, ante todo, la expresión exterior de una crisis social que refleja un ordenamiento fundado en la experiencia histórica de la guerra. Sabemos que la administración de justicia pocas veces tiene la posibilidad de intervenir en aquellos órdenes de la vida social en los cuales se constituye el delito en tanto fenómeno social. Sin embargo, a través de la aplicación del derecho penal, la administración de justicia tiene las herramientas y competencias para prevenir la reproducción de los ciclos de violencia transferida intergeneracionalmente.

Finalmente, hacemos un llamado para articular a la política criminal colombiana la coexistencia entre varias expresiones de justicia como la justicia transicional y la

justicia restaurativa, las cuales están llamadas a configurar y a comparecer al escenario actual de la política criminal en Colombia. Al final de cuentas, si la JEP tendrá una vigencia de 15 años prorrogables por 5 más, no tiene sentido pensarlas de manera independiente, entre otras, porque los conflictos que, por cualquiera de las razones de orden jurídico o político sean excluidos de la JEP, deberán ser tramitados ante la justicia ordinaria.

AGRADECIMIENTOS

Reconocemos los aportes, contribuciones y trabajo de los estudiantes que hacen parte del Semillero de Investigación Antropología, Género y Derecho de la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario. Particularmente a: Daniela Bustos, Sofía Rivera, Samantha Marroquín, Ana María Urbano, Catalina Joya, Paula Cabra, Juan Zabala y Jessica Angulo.

REFERENCIAS

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. 12 de noviembre de 2016, Bogotá, Colombia.

ARRIETA, ENÁN (2015). "Justicias alternativas e injusticias alternas: crítica de la justicia ordinaria en períodos de transición". En Duque, Andrés. *Perspectivas y retos del proceso penal*. Medellín (Colombia): Universidad Pontificia Bolivariana.

ARIZA, LIBARDO y TORRES, MARIO ANDRÉS (2019). "Constitución y Cárcel: la judicialización del mundo penitenciario en Colombia". En *Revista Direito e Práxis*, 10(1), 630-660. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39501>

- BARATTA, ALESSANDRO (2002), "Do labelling approach a uma criminologia crítica". Em *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Editora Revan, pp. 35-56.
- BERNAL, C. (2018). *Mutaciones de la criminalidad colombiana en la Era del Posconflicto*. Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/279/27957769005/index.html>
- BRAITHWAITE, JHON (1999), "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts". In M. Tonry (ed.) *Crime and Justice: A Review of Research*, vol 25, 1-127.
- BRITTO, DIANA (2010). *Justicia restaurativa: Reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Universidad Técnica Particular de Loja.
- CORREA-SAAVEDRA, JULIÁN y GÓMEZ, ALEJANDRO (2015). "Sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? Reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia". En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 26: pp. 193-247.
- CUBELLS, J. (2002). *Construcción social del delito: Un estudio etnográfico en la práctica del derecho penal*. Tesis para optar al título de Doctora de Psicología. Barcelona. Universidad Autónoma de Barcelona.
- DIGNAM, JIM & LOWEY, KERRY (2000). *Restorative Justice Options for Northern Ireland: A Comparative Review* (HMSO, Belfast).
- FERNÁNDEZ, J. (2002). *El Proceso de Paz de El Salvador diez años después a través de la prensa salvadoreña*. Disponible en: <file:///C:/Users/nahua/Downloads/Fernandez-Garcia-2002-ElprocesodePazdeElSalvador....pdf>
- GARLAND, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*. S. XXI editores.

- GÓMEZ, G. I. (2020). "Las disputas por la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): una reflexión crítica sobre su sentido político y jurídico". En *Vniversitas*, 69, pp. 1-16. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.djep>
- GÓMEZ L., A. J. (2004). "Los pájaros, los sicarios y los paramilitares: ¿Los grupos de justicia privada o la privatización de la violencia oficial?". En *Universitas Humanística*, 40(40). Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/univhumanistica/article/view/9872>
- FOUCAULT, MICHELLE. *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
- KATZER, L. y SAMPRÓN, A. (2011). "El trabajo de campo como proceso. La 'etnografía colaborativa' como perspectiva analítica". En: *Revista Latinoamericana de Metodología de la Investigación Social*. n.º 2. Año 1. Oct. 2011–Marzo 2012. Argentina. ISSN 1853-6190, pp. 59-70.
- MEJÍA, FERNANDA (2014). *La reintegración social y económica de los grupos armados ilegales en Colombia: Reflexiones a partir de la trayectoria de nueve excombatientes*. Tesis de grado presentada para optar al título de magíster en Estudios políticos e internacionales, Bogotá, Universidad del Rosario. Disponible en: <http://www.reincorporacion.gov.co/es/la-reintegracion/centro-de-documentacion/Documentos/La%20reintegraci%C3%B3n%20social%20y%20econ%C3%B3mica%20de%20los%20grupos%20armados%20ilegales.pdf>
- MENDOZA, C. (2013). *Políticas de la memoria y transmisión generacional de pasados recientes en h.i.j.o.s. Argentina e hijos e hijas por la memoria y contra la impunidad en Colombia*. México: UNAM- Tesis de grado para optar al título de Doctora en Estudios Latinoamericanos.

- NADER, L. (2002) "The Life of the Law.", pp. 18-71. LA – California: University California Press.
- Organización de Naciones Unidas (ONU), oficina del alto comisionado (2014) *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*. New York y Ginebra.
- ORDÓÑEZ-VARGAS, RODRÍGUEZ, HEREDIA (2019). "Más allá del Castigo Penal: un diálogo entre la Justicia Restaurativa y algunos escenarios de transición en Colombia". En *Análisis Político*, [S.l.], v. 32, n.º 96, pp. 36-60, mayo 2019. <https://doi.org/10.15446/anpol.v32n96.83749>
- PIZARRO, E. (1998). *Insurgencia sin revolución*. Bogotá D.C. Universidad Nacional de Colombia. IEPRI.
- RESTREPO, ESTEBAN (2013). Justicia de las imágenes, justicia por las imágenes: algunos apuntes para pensar la relación entre derecho penal y representación de la atrocidad masiva. *Law Yale*: pp. 1-30. Disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Restrepo_CV_Sp_20130427.pdf, p53
- RUIZ, L. (2019). "Haciendo etnografía participativa: Técnicas representativas como una estrategia metodológica alternativa". En: *Raíces-Revista Nicaraguense de Antropología*. Managua: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, año2, No. 4, pp. 65-73. Disponible en: <https://www.camjol.info/index.php/raices/article/view/7842>
- SAMPEDRO-ARRUBLA, J. A. (2010). "La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal". En *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (17).
- TONCHE, J. y UMAÑA, C. (2015). "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación, y No repetición: un acuerdo de justicia

¿restaurativa?”. En: *Serie Documentos de Trabajo* 66. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

UNODC (2012). *Delincuencia transnacional organizada en Centroamérica y el Caribe*. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/TOC_Central_America_and_the_Caribbean_spanish.pdf

UPRIMNY, R. y SAFFON, M. (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia).

VII Informe de Seguimiento de la Sociedad Civil al Estado de Cosas Inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario (2020).

WALGRAVE, L. (2008). “Restorative Justice: an alternative for responding to crime?”. In: SHLOMO SHOHAM, O. BECK and M. KETT (eds.), *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, Oxford: Tylor & Francis, CRC Press.

WACQUANT, L. (2000). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 186 páginas. EURE (Santiago), 28(84), 149-152. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0250-71612002008400010>

ZAFFARONI, E. (1991). *Em busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan.

ZEHR, H. (1990). *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Scottsdale PA: Herald Press.

Marco jurídico

Acto legislativo (2012). Acto legislativo 01 de 2012.

Congreso Nacional de Colombia (2005). Ley 975 de 2005.

Congreso Nacional de Colombia (2011). Ley 1448 de 2011.

Congreso Nacional de Colombia (2006). Ley 1098 de 2006.

Congreso Nacional de Colombia (2011). Ley 1448 de 2011.

Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencia T-153 de 1998.

Corte Constitucional de Colombia (2013). Sentencia T-338 de 2013

Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia T-762/2015

Corte Constitucional de Colombia (2004). Código de procedimiento penal.

JUSTICIA RESTAURATIVA INTRAMUROS: EL CASO DE LA CÁRCEL DISTRITAL DE BOGOTÁ*

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**
LORENA CECILIA VEGA DUEÑAS***

Resumen: En este capítulo se analiza la aplicación de la justicia restaurativa como parte del tratamiento penitenciario y carcelario, dentro de un contexto declarado por la Corte Constitucional colombiana como estado de cosas inconstitucional. Para este efecto, de manera preliminar

* Una versión preliminar de este texto fue presentada en el Congreso Internacional *Dificultades y retos en la superación del estado de cosas inconstitucional carcelario y críticas a la excesiva criminalización*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 7 de octubre de 2020.

** Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política y tutor del Semillero en Derecho Penitenciario. Abogado, especialista y magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en Criminología y Ejecución Penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Correo-e: norbertohernandezj@javeriana.edu.co. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5074-5049>

*** Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, miembro del grupo de investigación en Estudios de Derecho Público. Abogada, magíster en Estudios Latinoamericanos y Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Correo-e: vegalorena@javeriana.edu.co ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0852-5074>

se exponen las generalidades de este modelo de justicia, así como sus ventajas y desventajas y las particularidades que implica su uso en los establecimientos de reclusión. El estudio de caso corresponde a la Cárcel Distrital de Bogotá, lugar en donde se implementó un programa restaurativo en el periodo comprendido entre los años 2018 y 2019, con algunos resultados exitosos, pero que en la actualidad se encuentra suspendido en su ejecución.

Palabras clave: Crisis carcelaria; Justicia restaurativa; Cárcel restaurativa.

INTRAMURAL RESTORATIVE JUSTICE:
THE CASE OF THE BOGOTÁ'S DISTRICT JAIL

Abstract: This chapter analyzes the implementation of restorative justice as part of prison treatment, in a context declared by the Colombian Constitutional Court as an unconstitutional state of affairs. For this purpose, generalities of restorative justice (as a model of justice) are presented. The description explores the advantages and disadvantages of the model and operational aspects in the prisons. The chapter offers a case study based on Bogotá's District Jail, a place where a restorative program was implemented in the period 2018-2019 with some successful results. This prison, however, suspended the program at the end of 2019.

Keywords: Prison Crisis; Restorative Justice; Restorative Prison.

INTRODUCCIÓN

A propósito del proceso de paz en Colombia, la justicia restaurativa se ha posicionado en el debate jurídico nacional promocionándose como una herramienta útil para la solución de los conflictos, que tiene en cuenta los intereses

de la víctima¹ y procura la reconstrucción del tejido social². En todo caso, la aparente novedad frente a la utilización de este modelo de justicia cuenta con un desarrollo normativo de antaño que se encuentra consagrado tanto en el Código de Procedimiento Penal (artículo 518 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004), como en el Código para la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), siendo la justicia restaurativa la principal finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, junto con la verdad y la reparación del daño (artículo 140). En este último ámbito, este modelo de justicia ha contado con una vigorosa aplicación, fruto de su consagración legal, y ha mostrado resultados satisfactorios³.

Por otra parte, sabida es la difícil situación carcelaria por la que atraviesa el país, en virtud de la cual se ha declarado el estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario, por nuestro Tribunal Constitucional, tras constatar la violación masiva y generalizada de los derechos fundamentales de los reclusos⁴ (Hernández, 2018, pp.

- 1 “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 (...)” SAMPEDRO (2019, p. 250).
- 2 Dentro de ese contexto transicional, véase recientemente ACOSTA y ESPITIA (2020), COTE (2020), HERNÁNDEZ (2020) y VEGA (2020).
- 3 Cfr., entre otros, Bogotá (2019a, pp. 21-29), Bogotá (2019b), CALVO (2018), AGUDELO (2017), RODRÍGUEZ (2010).
- 4 A partir de la sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa ha depurado esta doctrina y valora los siguientes aspectos para establecer

95-161). Para solucionar esta crisis, la Corte Constitucional (Sentencia T-388 de 2013), algunos académicos⁵ e incluso algunas personas privadas de la libertad (Hernández, 2018, p. 178), proponen como una solución la implementación de un modelo restaurativo. En todo caso, la misma Corte Constitucional avaló la limitación de las víctimas en torno a su participación en la fase posterior al juicio oral cuando se relaciona con la decisión respecto de los subrogados penales (Sentencia C-233 de 2016).

A su vez, dentro de los *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala como medida de prevención para combatir la violencia y las situaciones de emergencia, la promoción de la mediación y la resolución pacífica de conflictos internos (Principio XXIII).

Aunque la justicia restaurativa pretende ser una alternativa a la prisión, también se emplea en la ejecución de la pena privativa de la libertad (Barros, 2010, p. 49; UNODC,

que una situación fáctica se adecua al estado de cosas inconstitucional: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante y (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial

- 5 “En las últimas décadas, muchos de los que han criticado el encarcelamiento han sugerido que la justicia restaurativa es el camino a seguir” (traducción propia). JOHNSTONE, G. (2014, p. 2).

2020, pp. 42-44). En este contexto, desde hace algunos años se vienen adelantando propuestas en la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá⁶, con miras a implementar programas de justicia restaurativa que permitan no solo dignificar a la víctima, sino también al victimario y la comunidad, buscando mecanismos para la reintegración a la comunidad de los afectados por el conflicto que genera el delito y así reconstruir el tejido social.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente trabajo analizamos la aplicación de los programas de justicia restaurativa en prisión. Para responder a nuestra pregunta de investigación: ¿De qué manera se concreta el enfoque restaurativo de la Cárcel Distrital de Bogotá?, de manera primigenia y desde una revisión bibliográfica, abordaremos el estudio de las generalidades de esta forma de administrar justicia y su aplicación en el ámbito carcelario (ejercicio hermenéutico que tiene como objetivo la interpretación y fijación de conceptos) para documentar con posterioridad los detalles identificados en este establecimiento de reclusión en particular.

El diseño metodológico cualitativo obedece a un estudio de caso, para lo cual se obtuvo la información disponible a través del encargado del área de antropología en la Cárcel Distrital de Bogotá (Nolberto Olaya Santos). Igualmente, se realizaron solicitudes en ejercicio del derecho de petición a la Procuraduría General de la Nación (PGN), el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y la Secretaría de Seguridad, Convivencia y Justicia de la Alcaldía de Bogotá y se aprovechó la información recaudada en el *workshop* realizado el 7 de octubre de 2020, en el marco del

6 A lo largo de este texto se hará referencia a este establecimiento de reclusión como la Cárcel Distrital de Bogotá.

Congreso Internacional *Dificultades y retos en la superación del estado de cosas inconstitucional carcelario y críticas a la excesiva criminalización* (Universidad Externado de Colombia), en el que participaron algunos de los actores de este proceso en el establecimiento de reclusión seleccionado.

I. JUSTICIA RESTAURATIVA: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Alrededor del concepto y de las características de la justicia restaurativa existen diversas aproximaciones. Para dar un panorama general de estos elementos partiremos, por un lado, de tres definiciones desde documentos de diferente índole y, por otro lado, de tres características que suponen un cambio de paradigma en el modelo y en el fundamento de la solución a los conflictos penales.

Concepto. En primer lugar, si revisamos la doctrina alrededor de la materia, encontramos que una de las definiciones que goza de mayor divulgación y consenso ha sido la otorgada por Zehr (2010), quien afirma que la justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar a todos aquellos que tengan un interés en una ofensa particular para identificar y atender colectivamente los daños, las necesidades y las obligaciones derivados de dicha ofensa con el fin de sanar y enmendar estos daños de la mejor manera posible (p. 45).

En segundo lugar, en los documentos publicados por organizaciones internacionales, específicamente la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, encontramos que la justicia restaurativa es entendida como “cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto de manera activa para la resolución de los asuntos derivados

del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador” (UNODC, 2006, p. 6).

Finalmente, en la Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal colombiano, encontramos que el Libro VI de esta ley está dedicado a la justicia restaurativa, definiéndola en el artículo 518 como “todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador”.

Las tres definiciones anteriores nos permiten plantear que la justicia restaurativa surge como alternativa ante la siguiente realidad: las víctimas, los ofensores y los miembros de la comunidad, afectados por la comisión de hechos violentos y delictivos, se dan cuenta de que el proceso penal no responde en forma adecuada a sus necesidades y con frecuencia solo sirve para agudizar las heridas y polarizar el conflicto social. Ante este panorama, resulta necesaria una nueva percepción del crimen y del castigo, así como un cuestionamiento alrededor de la norma penal como única vía para resolver los conflictos (Rodríguez, 2015).

Características. La justicia restaurativa está marcada por tres características que denotan un cambio de paradigma en la justicia (Flores, 2015)⁷: primera, la participación y el

7 En relación con las características de la justicia restaurativa, la Corte Constitucional (Sentencia C-979 de 2005) se pronunció de la siguiente manera: “El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido. Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla

protagonismo de las víctimas de los delitos en el proceso penal y en la solución del conflicto, representando un cambio de paradigma subjetivo en el sistema penal; segunda, el diálogo, el consenso y el acuerdo como pilares de la estructura de la decisión del proceso penal, representando un cambio de paradigma metodológico en el sistema penal; y tercera, la reparación del daño como objetivo de la justicia penal, representando un cambio de paradigma en los fines de la justicia penal.

La primera característica es la *participación y el protagonismo de las víctimas de los delitos en el proceso penal y en la solución del conflicto*. Lo anterior surge como respuesta al paradigma retributivo que tiende a centrar su atención en el ofensor, en el castigo penal y en la estigmatización (Olalde, 2017, p. 31). La participación y el protagonismo de las víctimas son fundamentales para la justicia restaurativa porque de esta manera el sistema penal adopta una visión de justicia desde y hacia las víctimas, es decir, la justicia se debe a ellas y emana de ellas (Sampedro, 2010), lo que permite que las víctimas compartan sus realidades y experiencias, se involucren activamente, y puedan proponer y construir medidas y acciones que atiendan a sus necesidades e intereses (Rodríguez, 2015).

La segunda característica es *el diálogo, el consenso y el acuerdo, como pilares de la estructura de la decisión del proceso penal*. Lo anterior surge como respuesta a que en el marco de la justicia retribucionista el ofensor es objeto de sanciones, no existen oportunidades reales de asumir las

en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica”.

consecuencias negativas de sus actos y el interrogatorio *prima* sobre el diálogo (Ortiz, 2013). El diálogo es un elemento esencial de la justicia restaurativa porque se busca la recomposición de los vínculos de confianza lesionados con el delito (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2018, p. 5) y porque a través de él pueden generarse procesos de profunda transformación en víctimas y ofensores (Olalde, 2017, p. 30).

La tercera característica es *la reparación del daño como objetivo de la justicia penal*. Lo anterior surge como respuesta a que el modelo retributivo de justicia busca principalmente una pena o el encierro para el infractor y no una rehabilitación de este a través de la reparación del daño (Estrada, 2013). La reparación es primordial para la justicia restaurativa porque esta reconoce que el delito causa daños a las personas y a las comunidades y que es necesario y urgente reparar esos daños (Olalde, 2017, p. 32). De esta manera, se puede señalar que la justicia restaurativa tiene interés en una reparación integral (Flores, 2015), es decir, busca atención al daño ocasionado a la víctima en todas sus dimensiones: afectiva, patrimonial, moral o cualquier otra (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2018, p. 5); y si la reparación y el acuerdo logrado entre el infractor y la víctima satisface en lo posible la demanda de reparación en cada uno de estos aspectos, traería ventajas prácticas para todos los afectados por el hecho punible: víctima, ofensor y también para la administración de justicia (Roxin, 1999).

La reparación del daño, como tercera característica de la justicia restaurativa, va de la mano con la responsabilidad del infractor por el daño causado. Esta responsabilidad requiere que: primero, el ofensor reconozca la responsabilidad por lo ocurrido y por sus decisiones de vida (Van Ness y Heetderks, 2010, p. 101); segundo, el ofensor comprenda el impacto de sus acciones, es decir, sea consciente,

no solo del daño sino de la ruptura de las normas sociales (Barboni y Valls, 2014) y de que el delito ha perturbado el orden existencial de la víctima (Subijana, 2012); y tercero, el ofensor repare los daños en la medida de lo posible (Zehr, 2010, p. 22), incluyendo reparaciones simbólicas y reparaciones de las relaciones deterioradas entre este y la víctima (Olalde, 2017, p. 32).

II. JUSTICIA RESTAURATIVA Y CÁRCELES

La justicia restaurativa ha despertado gran interés en los últimos años. Uno de los campos de acción de este nuevo paradigma se localiza en el ámbito carcelario (Wallace & Wylie, 2013, p. 58) con el objetivo de ofrecer un proceso de reintegración a la sociedad exitoso tras cumplirse el tiempo de privación de la libertad intramural (Wallace & Wylie, 2013, p. 59; UNODC, 2020, p. 43).

Congruente con lo anterior y fusionando los postulados de Dharni (2009, pp. 437-438), Johnstone, G. (2014, pp. 6-12) y Van Ness (2007, pp. 313-314), las prácticas restaurativas en prisión persiguen alguno de los siguientes objetivos: (i) reconocer la responsabilidad de sus actos, (ii) fomentar la empatía con las víctimas, (iii) reparar el daño, (iv) facilitar la mediación entre víctimas, internos, familias y la comunidad, (v) reforzar los lazos entre la prisión y la comunidad, (vi) resolver pacíficamente los conflictos en prisión y (vi) transformar a las personas privadas de la libertad.

En consecuencia, la justicia restaurativa intramuros puede servir para abordar el conflicto precedente a la privación de la libertad (consecuencia del delito cometido), o para solucionar conflictos entre las personas privadas de la libertad (Lozano, 2010; Pastor & Huertas, 2014; Fernández, *et al.*, 2012) e incluso entre ellos y la institución

penitenciaria⁸ (Butler & Maruna, 2016, UNODC, 2020, p. 39). En estos espectros, las prácticas restaurativas en los establecimientos de reclusión pueden permitir una transición del paradigma de las sociedades de control (Garland, 2005) hacia sociedades enfocadas en el cuidado y la calidad de la vida, tanto para las personas en particular, como para la comunidad en general (Ávila *et. al*, 2019, pp. 177-178).

En todo caso, siguiendo a Wallace & Wylie (2013, p. 61), la aplicación de la justicia restaurativa intramuros no está exenta de críticas relacionadas con los aspectos que se señalan a continuación: (i) diferencias socioeconómicas entre los delitos cometidos, sus ofensores y las víctimas, (ii) la conjunción de la calidad de víctima y victimario en una misma persona, como ocurre frente al reclutamiento de menores por grupos armados al margen de la ley, (iii) el enfoque en cabeza de la persona privada de la libertad por encima de la víctima⁹ y (iv) las víctimas pueden carecer de la disponibilidad de tiempo requerida.

De esta manera, una vez expuestos los objetivos y las críticas de manera general, nos detendremos en algunos inconvenientes y ventajas específicos de la aplicación de la justicia restaurativa intramuros.

Inconvenientes. Por una parte, dentro de los inconvenientes identificados en relación con el desarrollo de programas de justicia restaurativa en las cárceles (Albrecht, 2011), destacamos los siguientes: (i) deseo de venganza y castigo impregnado en nuestra sociedad y (ii) incompatibilidad

8 Piénsese en las faltas contenidas en el régimen disciplinario (HERNÁNDEZ, 2018, pp. 242-249), que conllevan a una sanción, la cual puede ser restaurativa.

9 Una crítica similar en la implementación de la justicia restaurativa al interior de la Justicia Especial para la Paz colombiana, en HERNÁNDEZ (2020, p. 11), en donde se privilegian las sanciones restaurativas (en pro de los victimarios) versus los procesos restaurativos (en pro de las víctimas).

de los principios restaurativos con los principios que proyectan los centros carcelarios.

En primer lugar, sigue existiendo desconfianza frente a la justicia restaurativa, en general, y más frente a la justicia restaurativa para aquellas personas que se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad, porque sigue estando presente *el deseo de venganza y castigo en nuestra sociedad* y sigue vigente la idea de que la justicia penal debe ir asociada a la imposición de una pena coactiva (Carnevali, 2017).

Sin embargo, y justamente por esta realidad, la justicia restaurativa ofrece una oportunidad para revisar y replantear la visión del mundo propia de la justicia penal y de las concepciones dogmáticas sobre la ley y la justicia (Tamarit, 2013). En efecto, los programas de justicia restaurativa en las cárceles permiten, no solo buscar resultados de carácter emocional y relacional (Barros, 2011), sino que ponen sobre la mesa la necesidad de seguir cuestionándose la cárcel como espacio de reeducación y reinserción social, teniendo en cuenta, por ejemplo, los efectos de estos centros penitenciarios sobre los penados (Ríos *et al.*, p. 32): sensación de permanente peligro, desconfianza como sistema de supervivencia, intenso sentimiento de indefensión, exacerbamiento de un sentimiento de odio y “prisionización” (Clemmer, 1940).

En segundo lugar, aparentemente, la justicia restaurativa es incompatible con un centro carcelario. Es decir, existe un *contraste entre los principios y reglas que guían un proceso restaurativo y los principios y reglas que guían un proceso en una institución carcelaria* (Guidoni, 2003).

Por un lado, los principios y las reglas de los centros carcelarios se caracterizan porque la persona privada de la libertad se somete de manera inapelable a la autoridad, pierde su capacidad de decisión, no se responsabiliza

por sus actos (Ortiz, 2013), y queda excluida física y simbólicamente de la sociedad (Ariza e Iturralde, 2016). Por otro lado, los principios y las reglas que guían un proceso restaurativo son (Van Ness y Heetderks, 2010, p. 41): encuentro, reparación, reintegración y participación. El encuentro se da entre las partes afectadas por el delito y promueve una narrativa común y un entendimiento mutuo; la reparación se brinda a la víctima del delito a través de diferentes medidas que reconozcan los daños ocasionados; la reintegración está planteada para el victimario, pero también para la víctima, con el fin de que se reinserten como personas íntegras a la comunidad después de la comisión del delito; y la participación es una posibilidad voluntaria que se le brinda a las partes afectadas por el hecho delictivo con el fin de que participen activamente en la solución del conflicto (González, 2012).

Sin embargo, y justamente por ese contraste entre los principios y las reglas que guían un proceso en una institución carcelaria y aquellos que guían un proceso restaurativo, se puede pensar en el desarrollo de programas de justicia restaurativa en la cárcel de una manera más desinteresada y honesta, pues es el lugar donde estos programas se pueden centrar más en el intercambio de información y en la expresión emocional (Presser y Van Voorhis, 2002). Es justamente en un centro carcelario donde se hace fundamental poner en marcha procesos restaurativos que se sustenten en la responsabilidad del victimario, en el diálogo y en la no violencia (Ortiz, 2013), pues este tipo de programas aportan a la construcción de vínculos sociales y evitan que las personas reiteren su conducta delictiva, lo cual traspasa el campo de acción del castigo y aporta a la convivencia ciudadana (Suárez, 2016, p. 13).

Ventajas. Por otra parte, dentro de las ventajas identificadas en relación con el desarrollo de programas de

justicia restaurativa en las cárceles, los cuales pueden dirigirse generalmente a la conciliación y encuentros entre los ofensores y sus víctimas (Vega y Olalde, 2018), la mejoría de las condiciones intramuros, o a la prevención y gestión de los conflictos entre las personas privadas de libertad (Barros, 2011), destacamos las siguientes (Núñez, 2010): (i) mejor reinserción social y (ii) disminución de los niveles de reincidencia.

En primer lugar, de acuerdo con la Ley 599 del 2000 (artículo 4), la pena debe cumplir varias funciones y entre ellas la función de reinserción social. Así, la resocialización de aquellas personas que se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad es un deber del Estado y como tal debe velar por su correcto cumplimiento (Universidad de los Andes, 2019, p. 11). Según Hernández (2018), la resocialización es un tratamiento que se le brinda al condenado tras la sentencia de responsabilidad penal; le permite retornar a la sociedad con conocimiento de los hechos delictivos cometidos y con respeto por las normas de la sociedad; y desincentiva o bloquea la comisión de nuevos delitos.

No obstante, las cárceles, y en el caso particular las cárceles colombianas, no son lugares donde se cumpla el objetivo de resocializar ni donde las personas se pueden rehabilitar para volver a la sociedad (Moreno, 2019). De hecho, la cárcel se ha revelado como un fracaso por la imposibilidad de cumplir sus objetivos de punición, intimidación y resocialización (Barros, 2011), lo que se explica por razones filosóficas, como el atentado a la dignidad y a la libertad de conciencia que los centros carcelarios suponen, o razones sociológicas, como la imposibilidad de enseñar a alguien a vivir en sociedad por medio de su aislamiento de ella (Ávila *et al.*, 2019).

Teniendo en cuenta el panorama anterior, el desarrollo de programas de justicia restaurativa en las cárceles colombianas produce *una mejor reinserción social* debido a que este tipo de programas pueden atender de mejor manera las necesidades de los reclusos y las reclusas. En efecto, se considera que los ofensores necesitan de la justicia, aparte de reclusión temporal para algunos de ellos, programas que, de acuerdo con Zehr (2010), les permitan: primero, asumir su responsabilidad por los hechos cometidos, fomentar la empatía y reparar los daños ocasionados; segundo, encontrar motivación para una transformación personal que incluya la sanidad de su pasado, oportunidades para el tratamiento de sus adicciones o problemas, y el fortalecimiento de sus habilidades y destrezas personales; y tercero, hallar motivación y apoyo para reintegrarse a la sociedad (p. 23).

De esta manera, los programas de justicia restaurativa en las cárceles son una alternativa para que los ofensores puedan conocer y adquirir otras visiones, habilidades y herramientas que les permitan hacer frente de una mejor manera a la realidad que los espera afuera. Una realidad que, desafortunadamente, está marcada por prejuicios, falta de oportunidades laborales o carencia de asistencia postpenitenciaria, elementos que solo afianzan la sensación de desesperanza, los inconvenientes para elaborar un proyecto a futuro, y la dificultad de reinserción social¹⁰ (Dechiara *et al.*, 2009).

10 En relación con la reinserción social y la justicia restaurativa, la Corte Constitucional (Sentencia T-388 de 2013) se pronunció de la siguiente manera: “Las políticas de resocialización y cabal reintegración de las personas condenadas a una sociedad libre y democrática deben buscar mecanismos efectivos para alcanzar sus propósitos. En tal medida, el Estado debe considerar la creación de mecanismos de justicia alternativa o complementaria de carácter restaurativo. Es indudable el derecho de

En segundo lugar, otra de las funciones de la pena es la prevención especial. Así, la pena debe procurar evitar la comisión de nuevos comportamientos punibles por parte de quien ya ha transgredido el ordenamiento penal (Córdoba Angulo y Ruiz López, 2001); en otras palabras, la pena debe procurar evitar la reincidencia.

No obstante, las penas, y en este caso las penas en el sistema penal colombiano, especialmente la pena privativa de libertad, no cumplen este fin y no evitan la comisión de nuevos hechos delictivos por parte de quien ya ha cometido delitos. De hecho, se considera una posición unánime el hecho de que la cárcel no solamente ha sido ineficaz para disminuir la reincidencia, sino que en muchas ocasiones estas respuestas tradicionales del sistema penal han sido factores que han aumentado la reincidencia (Mera, 2009). De esta manera, el modelo de prisión y castigo no resuelve problemas sociales, sino que, por el contrario, crea otros nuevos y termina constituyendo un círculo vicioso y una mala política pública (Ariza e Iturralde, 2016). La situación anterior es una realidad en el sistema carcelario en Colombia, unido a una violación sistemática de derechos humanos, al trato cruel e inhumano de los reclusos y las

toda persona en un estado de derecho a acceder a una justicia de carácter retributivo, que asegure que la persona que ha cometido un crimen pague por este. Pero este tipo de aproximación no garantiza que la retribución del daño traiga consigo, necesariamente, la restauración de la ruptura en el tejido social que aquel acto criminal produjo. En tal medida, es importante que las políticas criminales y carcelarias incluyan elementos de justicia restaurativa que no solo busquen resarcir a las víctimas, sino también reconstruir un contexto social pacífico que asegure el derecho a vivir en paz y a la no repetición. La Organización de Naciones Unidas, a través de la Oficina para la Droga y el Delito, ha hecho énfasis en la necesidad de los estados para buscar alternativas al encarcelamiento, propias de justicia restaurativa. No solo se debe permitir que el victimario retribuya a la víctima, sino que se genere un proceso que restaure los lazos sociales destruidos”.

reclusas, al deterioro de las infraestructuras, al hacinamiento, a la incapacidad para albergar más condenados, y a la desclasificación de los condenados y procesados, lo que ha traído consecuencias negativas evidentes, entre ellas el fenómeno de la prisionización (Ávila *et al.*, 2019).

Teniendo en cuenta el panorama anterior, el desarrollo de programas de justicia restaurativa en las cárceles colombianas produce *una disminución en el nivel de reincidencia* (Mera, 2009), debido a que estos programas parecen beneficiar el aumento de los sentimientos de satisfacción para ambas partes involucradas en el conflicto, las víctimas y los ofensores, en términos de justicia recibida (Wallace y Wylie, 2013). Además, el carácter comunitarista de la justicia restaurativa, fundando en los lazos de amistad y fraternidad, se convierte en garante del comportamiento futuro del ofensor y en la no reincidencia en la acción delictiva¹¹ (Patiño Mariaca y Ruiz Gutiérrez, 2015).

Caso colombiano. Para finalizar este apartado, consideramos convenientes destacar algunos antecedentes importantes de justicia restaurativa y cárceles para el caso colombiano. Dentro del proyecto *Cárceles para la paz*, implementado en los años noventa para la Cárcel Bellavista (Medellín), se formaron 500 internos en Métodos de Resolución Pacífica de Conflictos (MARPC), se creó la Asesoría

11 En relación con la reincidencia y la justicia restaurativa, la Corte Constitucional (Sentencia T-762 de 2015) se pronunció de la siguiente manera: “Se puede concluir que en Colombia se debe ampliar y potencializar el uso de penas alternativas a la privación de la libertad, no solo como estrategia para enfrentar el hacinamiento carcelario, sino porque “las medidas alternativas así implementadas, de acuerdo con los informes que sobre ellas se han elaborado, han impactado positivamente en la reducción de la reincidencia, en la prevención del delito y en el mejoramiento de las condiciones de funcionamiento de los sistemas carcelarios, con efectos positivos palpables sobre los derechos fundamentales de los reclusos”.

de Paz y Convivencia y se trabajó por la disminución de la criminalidad en los barrios de donde provenían los internos (Sepúlveda, 2016, pp. 8-9)¹².

Por su parte, la PGN (Resolución 336 de 2017) creó el programa de justicia restaurativa, teniendo en cuenta la crisis carcelaria por la que atraviesa el país y dentro del plan piloto de prácticas restaurativas con personas privadas de la libertad (artículo 5º), se seleccionó el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá (COMEB), la Reclusión de Mujeres de Bogotá y el Centro de Atención Especializado (CAE Bosconia). En este último, el trabajo se desarrolló en 2 fases: (i) sensibilización colectiva con la población del CAE (durante el mes de octubre del año 2017) y (ii) trabajo individual con 5 adolescentes y/o jóvenes durante los meses de noviembre y diciembre del año 2017 (Bogotá, 2020)¹³.

A su vez, mediante las Directivas transitorias 000001 del 16 de abril de 2018 y 00013 del 26 de marzo de 2019 (INPEC) se imparten instrucciones y asignan responsabilidades para la implementación del programa de justicia restaurativa que lidera la PGN en el INPEC.

De manera paralela, encontramos el proyecto Árbol sicómoro, como programa de justicia restaurativa desarrollado por la Confraternidad Carcelaria de Colombia

12 Semana (2000) reseñó este proceso, advirtiendo que: “Las bandas que sembraron el terror en la década de los noventa en Medellín adelantaron un ejemplar proceso de reconciliación que ha logrado disminuir la criminalidad en la capital paisa”.

13 En respuesta a una solicitud en ejercicio del derecho de petición (29 de julio de 2020), la PGN se limitó a enviar unas diapositivas (7 de octubre de 2020), en donde se observan unos datos sobre la implementación de este programa en el CAE Bosconia. Se indica una participación de 47 jóvenes, de los cuales el 51% expresaron su deseo de realizar prácticas restaurativas con las víctimas.

y de otros países (UNODC, 2020, p. 38; Van Ness, 2007, pp. 314-315), que reúne víctimas y victimarios y mediante el apoyo de un facilitador se busca sanar las heridas, lograr el perdón y la reconciliación. Los encuentros restaurativos se dan dentro y fuera de los establecimientos de reclusión.

III. CÁRCEL DISTRITAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA

La Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá fue creada mediante Acuerdo 019 de 1934 del Concejo de Bogotá y reglamentada por el Decreto 277 de 1934. En el año 2018 fue acreditada internacionalmente por la Asociación Americana de Correccionales (ACA) y es considerada como una de las mejores cárceles de Sudamérica (Semana, 2019). Este establecimiento de reclusión es una dependencia adjunta a la Subsecretaría de Acceso a la Justicia, de la Secretaría de Seguridad, Convivencia y Justicia de la Alcaldía de Bogotá y no depende del INPEC (Ávila *et. al*, 2019, pp. 178-179). Su lema de promoción es “*Sí es posible una Cárcel digna y Humana en Colombia*” (Bogotá, 2017, p. 7).

Frente a la infraestructura, la Cárcel Distrital cuenta con 1028 cupos distribuidos en 6 pabellones de la siguiente manera:

TABLA 1. PABELLONES CÁRCEL DISTRITAL

| | Ala sur | Ala norte |
|----------|------------|--------------------------------|
| Pabellón | Transición | Esperanza |
| | Básico | Autonomía |
| | Opción | Libertad |
| | | Protección y seguridad mujeres |

Fuente: Bogotá (2017, p. 69) y Bogotá (2019, p. 87).

Dentro de los talleres para la resocialización, la sana convivencia y la modificación de la conducta desviada que brinda el área de antropología, se encuentra el programa de justicia restaurativa que promueve la Fiscalía General de la Nación y que persigue la siguiente finalidad: “*Primera Cárcel en Colombia con enfoque restaurativo*”. Su principal objetivo es cambiar los modelos del tratamiento del delito, de la pena, de las condiciones de dignificación de la víctima, el victimario y la comunidad y buscar mecanismos para la reintegración a la comunidad de los afectados por el conflicto que genera el delito y poder reconstruir el tejido social.

Como se analizó en el anterior apartado, son dos las variantes en las que se puede aplicar la justicia restaurativa en prisión: (i) respecto del conflicto que conllevó a la privación de la libertad y (ii) frente a conflictos suscitados al interior de los establecimientos de reclusión. En la Cárcel Distrital de Bogotá se ha utilizado para fomentar la reconciliación entre víctima y victimario, es decir, en relación con la primera arista.

Así, en el mes de abril de 2018, con el apoyo de la PGN y en el marco del Diplomado *Cultura en justicia restaurativa: una práctica restaura vidas*, se inició con la capacitación a 60 funcionarios administrativos y 165 miembros del personal de custodia y vigilancia, aproximadamente (Olaya, 2018), concluyendo el diplomado en el mes de diciembre del mismo año (Olaya, 2020). Dentro de este interregno se realizaron (i) una jornada de información y sensibilización al personal administrativos de la Cárcel, la cual contó con el apoyo del Departamento Nacional de Planeación (DNP)–(4 de abril de 2018), (ii) una actividad de sensibilización e información a una parte del personal de guardia, aplicando la encuesta de opinión sobre justicia restaurativa que adelantó el DNP (5 de mayo de 2018), (iii)

una capacitación general sobre justicia restaurativa y el desarrollo del programa para la Cárcel Distrital de Bogotá, con el cubrimiento del 93 % del Grupo de Guardia de la misma (8, 9 y 10 de octubre de 2018) y (iv) una reunión en el área de atención integral de la Cárcel Distrital de Bogotá con Jueces de Ejecución y Penas y Medidas de Seguridad, personal de la PGN y de la Cárcel, buscando acercamientos con la justicia penal y el desarrollo de la justicia restaurativa en Colombia (Olaya, 2020).

Sin duda, este es el punto de partida de un largo camino que exige seriedad y competencia (Barros, 2010, p. 49) y que debe tener en cuenta la preparación de ambiente carcelario para recibir a las víctimas, permitiendo la confidencialidad del encuentro, su seguridad y el trato que se le debe brindar (Biermans & D’Hoop, 2011, p. 7; UNODC, 2020, p. 43).

Ahora bien, en el mes de febrero de 2019 se desarrolló un ejercicio restaurativo, en cooperación con el Instituto Distrital para la Protección de la Niñez y la Juventud (IDIPRON), en el que participó una persona privada de la libertad por el delito de hurto. Este ejercicio arrojó una perspectiva favorable como alternativa restaurativa, habilitándose que durante el cumplimiento de la pena privativa de la libertad (54 días), se realizara trabajo social (embellecimiento del sector y siembra de árboles). El participante ofreció disculpas a la comunidad mediante carta enviada a la Junta Administradora Local (JAL) de la localidad en donde ocurrieron los hechos. Aunque no ha logrado hablar con su víctima, sí quiere hacerlo con miras a sanar el conflicto. A esta persona se le otorgó la libertad por pena cumplida mediante auto del 8 de marzo de 2019, proferido por el Juzgado 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y sigue vinculada a IDIPRON, trabajando en TRANSMILENIO. Es líder y personero

de una unidad de IDIPRON y representante de SIMONU¹⁴. Para la fecha no ha reincidido en el delito (entrevistas realizadas a Norberto Olaya los días 29 de septiembre y 16 de octubre de 2020).

Por otra parte, en el mes de marzo se realizó la primera jornada de sensibilización y capacitación de *cultura en justicia restaurativa* en la que participaron 632 personas privadas de la libertad. Los resultados fueron positivos en la medida del interés mostrado y la asimilación de los contenidos. Posteriormente, en el mes de abril de 2019 se aplicaron las encuestas a todas las personas privadas de la libertad para realizar el sondeo sobre intereses, conocimientos y expectativas y como insumo para tener en cuenta en la inclusión de las personas a participar. El 17 de junio de 2019 se llevó a cabo una reunión con las personas interesadas para definir las fechas, metodologías, espacios de capacitación para el desarrollo de talleres en *cultura en justicia restaurativa*. En este mismo mes se revisaron y sistematizaron las encuestas, se analizaron los resultados y se dejaron los insumos para la implementación del programa. También se recibió por parte de la PGN la estructuración del taller y se realizó la selección de las personas que participarían en el programa teniendo como base las encuestas, la voluntad de participación y aceptación de culpabilidad. En el mes de septiembre de 2019 se elaboraron los listados y comenzaron las capacitaciones del programa de cultura en *justicia restaurativa: cárcel con enfoque restaurativo*¹⁵. Finalmente, en el mes de octubre de

14 Disponible en: <https://nacionesunidas.org.co/simonu/integracion-curricular/#:~:text=SIMONU%20Bogot%C3%A1%20es%20una%20iniciativa,CINU%2C%20que%20al%20constituirse%20como>

15 Se fijaron ciclos de 4 sesiones semanales de 6 horas para cada grupo.

2019 se realizaron las capacitaciones con el cubrimiento de 462 personas privadas de libertad (Olaya, 2020).

Las fases del programa se relacionan a continuación:

TABLA 2. FASES DEL PROGRAMA

| | |
|------------------------|--|
| Primera (Realizada) | Sensibilización, capacitación y promoción del concepto y la aplicación de la justicia restaurativa, como la orientación hacia el cambio de paradigmas ortodoxos en las maneras de ver y aplicar la justicia. |
| Segunda (Realizada) | Sensibilización y capacitación de las personas privadas de la libertad (victimarios, incluyendo a sus familias) y víctimas y miembros de la comunidad. |
| Tercera (Pendiente) | Práctica en el desarrollo del programa, con la realización de los encuentros restaurativos entre víctimas, victimario y/ o comunidad en la búsqueda de resultados restaurativos. |

Fuente: Olaya (2018).

El proyecto actualmente se encuentra pendiente de continuidad, desconociéndose el porqué de su interrupción.

CONCLUSIONES

La pena privativa de la libertad es la respuesta favorita en ejercicio del poder punitivo del Estado. En todo caso, la reclusión de las personas condenadas no busca su destrucción sino su resocialización, lo que resulta incompatible con la violación masiva y sistemática de sus derechos fundamentales (estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario). En esta coyuntura, la justicia restaurativa intramural puede transformar la experiencia de la persona privada de la libertad brindando un mejor tratamiento penitenciario que privilegie los intereses de la víctima frente a los de un Estado represor, el diálogo entre la víctima y el victimario y la reparación del daño ocasionado.

Los programas de justicia restaurativa en cárceles pueden, teniendo en cuenta las diferencias entre delitos, ofensores y víctimas, así como las diferencias entre los principios que promueve un proceso restaurativo y un proceso carcelario, fortalecer los lazos entre la prisión y la comunidad y resolver pacíficamente los conflictos en prisión. Especialmente, los programas de justicia restaurativa en las cárceles pueden transformar a las personas privadas de la libertad debido a que pueden tener resultados positivos, por un lado, en relación a la mejor reinserción social de estas personas, por las visiones, habilidades y herramientas que les permiten enfrentar de mejor manera su vida fuera de prisión y, por otro lado, en relación a la disminución de los niveles de reincidencia por el aumento de satisfacción en los ofensores en términos de justicia recibida.

Los hallazgos identificados en la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá muestran que existe un terreno fértil para implementar esta clase de programas, pero lamentablemente se encuentran detenidos, sin observar una voluntad férrea para darle continuidad. Frente a la crisis carcelaria se deben explorar alternativas que seguramente deben estar enfocadas en la política penal como esa fase de criminalización primaria. En todo caso, mientras alcanzamos la racionalización de las leyes penales resulta importante impulsar el mejoramiento de las condiciones para las personas privadas de la libertad, siendo la justicia restaurativa una herramienta útil para contribuir en su tratamiento penitenciario y carcelario dentro del marco de la resocialización, buscando a su vez combatir la reincidencia.

REFERENCIAS

- ALBRECHT, B. (2011). "The Limits of Restorative Justice in Prison". In *Peace Review*, 23, 327-334.
- ARIZA, L. J. e ITURRALDE, M. (2016). "La prisión como espacio de exclusión o de reconciliación". En *Dearq*, 18, 20-31.
- ÁVILA, F.M.; CLADERA, J.E.; WOOLCOTT, O. y MARTIN, V. (2019). "Biopoder, biopolítica, Justicia Restaurativa y Criminología Crítica: una perspectiva alternativa de análisis del sistema penitenciario colombiano". En *Utopía y praxis latinoamericana: revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, (2), pp. 169-189.
- AGUDELO, C. (2017). "Implicación del enfoque restaurativo en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes: el caso del Centro de Atención Especializado Carlos Lleras Restrepo". En *Revista Ratio Juris*, Vol. 12, n.º 25, pp. 117-130.
- ACOSTA, J. y ESPITIA, C. (2020). "Justicia restaurativa y reparación: desafíos de la JEP frente a una relación en construcción". En *Vniversitas*, 69, pp. 1-31. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.jrrd>
- BARBONI, L. y VALLS, J. (2014). La reparación del daño en la justicia penal. *Ciencias Psicológicas*, VIII, 2, 199-207.
- BARROS, C. (2010). "La justicia restaurativa: una visión global y su aplicación en las cárceles". *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Vol. 10 (10), pp. 45-51.
- BUTLER, M., & MARUNA, S. (2016). "Rethinking prison disciplinary processes: A potential future for restorative justice". *Victims & Offenders*, 11 (1), pp. 126-148.

- CARNEVALI, R. (2017). La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal. *Justicia Juris*, 13, 122-132.
- CALVO, R. (2018). *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*. NED Ediciones.
- CLEMMER, P. (1940). *The prison community*. Boston: Cristopher Publishing Co
- CÓRDOBA, M. y RUIZ, C. (2001). "Teoría de la pena, Constitución y Código Penal". En *Derecho penal y criminología*, 71, pp. 55-68.
- COTE, G.E. (2020). "El carácter dialógico del proceso con reconocimiento de responsabilidad ante la Jurisdicción Especial para la Paz: retos del derecho penal en contextos de justicia transicional". En *Vniversitas*, 69, pp. 1-30. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.cdpr>
- DECHIARA, P.; FURLANI, L. B.; GUTIÉRREZ, N. G.; y KRATJE, P. (2009). "Efectos del cautiverio de las cárceles sobre las personas privadas de la libertad". En *Revista de Epistemología y Ciencias Humanas*, 2, pp. 161-190.
- DHAMI, M.K.; MANTLE, G. & FOX, D. (2009). "Restorative justice in prisons". En *Contemporary Justice Review*, 12 (4), pp. 433-448, DOI: 10.1080/10282580903343027
- ESTRADA, M. E. (2013). Una alternativa al problema del sistema penitenciario. *Alegatos*, 83, pp. 255-280.
- FERNÁNDEZ, M.; DEL HIERRO, E. y ARCHILA, M. (2013). "Mediación penitenciaria": una nueva propuesta para mediar en una cárcel de mujeres". En *Revista de mediación*, n.º 11, pp. 39-43.
- FLORES, I. (2015). "Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal". En *Revista*

Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, pp. 1-45.

GARLAND, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Sozzo, M. Barcelona: Gedisa

GONZÁLEZ, I. X. (2012). “¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”. En *RJR Revista de Justicia Restaurativa*, 2, pp. 5-36.

GUIDONI, O. V. (2003). “The ambivalences of restorative justice: Some reflections on an italian prison Project”. In *Contemporary Justice Review*, 6, pp. 55-68.

LOZANO, E. (2010). “La mediación penitenciaria. C.P. Madrid III, Valdemoro”. En *Familia* 41, pp. 119-125.

HERNÁNDEZ, N. (2020). “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?”. En *Vniversitas*, 69, pp. 1-23. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.prls>

HERNÁNDEZ, N. (2018a). *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.

HERNÁNDEZ, N. (2018b). “El fracaso de la resocialización en Colombia”. En *Revista de Derecho*, 49, pp. 1-41.

MERA, A. (2009). “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”. En *Revista Ius et Praxis*, 15, pp. 165-195.

- MORENO, A. (2019). "El delito como castigo: las cárceles colombianas". En *URVIO. Revista Latinoamericana de estudios de Seguridad*, 24, pp. 134-149.
- NÚÑEZ, G. (2010). "Justicia restaurativa y la función de la criminología: saliendo del cuarto de los espejos". En *Revista CENIPEC*, 29, 145-161.
- OLALDE, A. J. (2017). *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*. Dykinson.
- ORTIZ, A. L. (2013). "La Justicia restaurativa: enfoque desde el ámbito penitenciario". En *Cuadernos penales José María Lidón*, 9, pp. 237-256.
- PATIÑO, D. M. y RUIZ, A. M. (2015). "La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos". En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB*, 122, 213-255.
- PRESSER, L. & VAN VOORHIS, P. (2002). "Values and Evaluation: Assessing Processes and Outcomes of Restorative Justice Programs". In *Crime & Delinquency*, 48, pp. 162-188.
- PASTOR, E. y HUERTAS, E. (2014). "Mediación penitenciaria: Una alternativa a la resolución pacífica de conflictos entre internos". En *Pedagogía Social. Revista Interuniversitaria*, Num. 23, pp. 199-229.
- RÍOS, J. C.; RODRÍGUEZ, J. A.; y PASCUAL, E. (2015). *Manual Jurídico para evitar el ingreso en la cárcel. Estudio doctrinal y jurisprudencial de las alternativas a la prisión*. Comares.
- RODRÍGUEZ, L. (2010). "Análisis de la Justicia Restaurativa en Materia de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia". En *Anuario de Psicología Jurídica*, n.º 22, pp. 25-35.
- RODRÍGUEZ, M. G. (2015). "La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad".

En *Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad de Puebla*, 39, pp. 172-187.

ROXIN, C. (1999). "Pena y reparación". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LII, pp. 5-15.

SAMPEDRO, J.A. (2019). *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.

SAMPEDRO, J. A. (2010). "La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal". En *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 17, pp. 87-123.

SUÁREZ, O. D. (2016). *Justicia Restaurativa, más allá del castigo*. [Trabajo de grado, Facultad de Derecho]. Universidad de los Andes.

SUBIJANA, I. J. (2012). "El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa. Eguzkilore". En *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 26, pp. 143-153.

TAMARIT, J. (2013). "El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012". En *Ars Iuris Salmanticensis*, 1, pp. 139-160.

VAN NESS, D.W. (2007). "Prisons and restorative justice". In JOHNSTONE, G. & VAN NESS, D.W. (Ed.), *Handbook of restorative justice*. Portland: William Publishing, pp. 312-324.

VEGA, L.C. (2020). "Participación de las víctimas en la JEP: especial referencia a los informes de las organizaciones de víctimas, étnicas y de derechos humanos". En *Vniversitas*, 69, pp. 1-18. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.pvje>

VEGA, L. C. y OLALDE, A. J. (2018). "La justicia restaurativa como paradigma orientador de paz: los encuentros restaurativos". En *Icade. Revista De La Facultad De Derecho*, 103, pp. 23-35.

WALLACE, R. & WYLIE, K. (2013). "Changing on the inside: Restorative justice in prisons: A literature review". In *International Journal of Bahamian Studies*, 19 (1), pp. 57-69.

ZEHR, H. (2010). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Books.

Documentos y otros informes

Bogotá, Alcaldía de Bogotá, Secretaría de Seguridad, Convivencia y Justicia (2020). *Respuesta datada 18 de agosto de 2020 frente a la solicitud realizada en ejercicio del derecho de petición por los investigadores Norberto Hernández Jiménez y Lorena Cecilia Vega Dueñas*.

Bogotá, Alcaldía de Bogotá, Secretaría de Seguridad, Convivencia y Justicia (2019a). *Justicia para todos. Resultados 2016 – 2020*.

Bogotá, Alcaldía de Bogotá (2019b). *Una buena práctica en justicia restaurativa para jóvenes*.

Bogotá, Alcaldía de Bogotá–Cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá (2017). *Manual de ingreso y orientación para las personas privadas de la libertad*. Versión 3.0.

Bogotá, Alcaldía de Bogotá–Cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá. *Documento actividades de resocialización*.

BIERMANS, N., & D'HOOP, M. N. (2001). "Development of Belgian prisons into a restorative perspective". *5th international conference on restorative justice*, Leuven, 16-19 Sept., pp. 1-9. Disponible en: <http://www.justiciarestaurativa.org/www.restorativejustice.org/10fulltext/biermansandhoop/view>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Principios y buenas Prácticas sobre la protección de las Personas Privadas de la Libertad.*
- Colombia, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario–INPEC (2019). *Directiva transitoria 000013 del 26 de marzo de 2019. “Aplicación del programa de justicia restaurativa en el INPEC.”*
- Colombia, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario–INPEC (2018). *Directiva transitoria 000001 del 16 de abril de 2018. “Implementación del programa de justicia restaurativa en el INPEC.”*
- Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho (2018). *Circular No CIR18-0000080-DMA-2100. Recomendaciones sobre prácticas de justicia restaurativa en Casas de Justicia y Centros de Convivencia Ciudadana.*
- JOHNSTONE, G. (2014). *Restorative justice in prisons: Methods, approaches and effectiveness.* Disponible en: <https://hull-repository.worktribe.com/output/1739096>
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC] (2006). *Manual sobre Programas de Justicia restaurativa.* Organización de las Naciones Unidas [ONU].
- OLAYA, N. (2020). *Memorando. Asunto: Informe general de las actividades de justicia restaurativa, 2017, 2018, 2019.*
- OLAYA, N. (2018). *Programa de justicia restaurativa (Propuesta).*
- SEPÚLVEDA, J.G (2016). *Cárceles restaurativas. Para el posconflicto y la paz en Colombia.*
- United Nations Office on Drugs and Crime–UNODC (2020). *Handbook on resttorative justice programmes.* Second Edition. Vienna: United Nations.

Universidad de los Andes (2019). *Informe de derechos humanos del sistema penitenciario en Colombia (2017-2018)*. Universidad de los Andes.

Documentos *on line*

“¿Cómo una cárcel bogotana se convirtió en una de las mejores de Suramérica?” (23 de septiembre de 2019). *Semana*. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/el-encierro-en-la-carcel-distrital-de-bogota/632952>

“*Paz de verdad*” (6 de mayo de 2000). *Semana*. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/paz-verdad/42186-3>

PERCEPCIÓN Y POSIBILIDADES DE CONSTRUCCIÓN DE PAZ EN MUJERES PRIVADAS DE LA LIBERTAD PERTENECIENTES A LAS FARC-EP

GIOVANNY PAREDES ÁLVAREZ*
PAOLA BUSTOS BENÍTEZ**
VALENTINA VILLAMARÍN MOR***
MÓNICA MENDOZA MOLINA****

Resumen: La investigación abordó los diferentes significados que se otorgan a la paz en el texto del Acuerdo Final: la comprensión de los términos desmovilización, reintegración, reincorporación y normalización; la introducción del enfoque de género en el proceso de paz; el tránsito de las mujeres de combatientes a agentes de paz; y la cuestión del delito político y la amnistía, con el fin de

* Magíster en Economía. Investigador del Instituto SERES de la Universidad del Rosario. giovanny.paredes@nabiconsulting.co. ORCID: 0000-0001-5128-8583

** Magíster en Psicología Jurídica. Investigadora del Instituto SERES de la Universidad del Rosario. paobus55@gmail.com. ORCID: 0000-0001-8040-7748

*** Magíster en Estudios de Paz y Resolución de Conflictos. villamarinvalentina10@gmail.com. ORCID: 0000-0002-3465-9722

**** Magíster en Desarrollo Educativo y Social. Coordinadora de investigación del Instituto SERES de la Universidad del Rosario. monica.mendoza@urosario.edu.co. ORCID: 0000-0003-2966-8779

contrastarlo con la información recogida en campo a través de algunos aportes de la metodología EPI y el método Delphi, de la técnica de grupo focal y de la aplicación de una cartilla de actividades propia. Desde allí fue posible cuestionar la noción de paz institucional con respecto a indicadores de paz cotidianos construidos con la información compartida por seis participantes privadas de la libertad pertenecientes a las FARC-EP, y tres posliberadas a través de las reflexiones, anécdotas y emociones que plasmaron en dibujos, escritos y palabras. Los resultados señalan que los indicadores de paz cotidianos se relacionan fundamentalmente con: el acto del perdón (ofrecido y concedido), la sana convivencia en medio de un contexto de alta conflictividad, la no repetición de situaciones victimizantes, el consuelo espiritual, aspectos actitudinales y posibilidad de libre expresión sin retaliaciones. Se concluye que las comprensiones institucionales de paz se alejan de la percepción, vivencias y posibilidades reales de estas mujeres. Por último, se reconoce la relevancia de lo colectivo y lo comunitario en las posibilidades de construcción de paz y como soporte de las necesidades sentidas de las mujeres y de su agencia en el postacuerdo.

Palabras clave: Construcción de paz; Mujeres; Privación de la libertad; Prisión; Indicadores de paz cotidianos; FARC-EP.

PERCEPTION AND POSSIBILITIES OF PEACE
BUILDING IN WOMEN DEPRIVED OF LIBERTY
BELONGING TO THE FARC-EP

Abstract: The research approached the different meanings of peace that appeared in the text of the final Agreement; the understanding of terms like: demobilization, reintegration, reincorporation and normalization; the

introduction of gender perspective in the peace process; the transition of women from combatants to peace agents; and, the inquire about political crime and amnesty, in order to contrast it with the information collected in the field, through some contributions of the EPI methodology and the Delphi method, the focus group technique and the application of an own activity booklet. From there, it was possible to explore the notion of institutional peace as opposed with the everyday peace indicators, built with the information shared by six participants who were ex-combatants FARC-EP women and that are deprived of their liberty and three that are released from prisons, through reflections, anecdotes and emotions, expressed in drawings, writings and words. The results indicate that the everyday peace indicators are fundamentally related to the act of forgiveness (offered and granted), healthy coexistence in a context of high conflict, non-repetition of victimizing situations, spiritual comfort, attitudinal issues and possibility of free expression without retaliation. It is concluded that the institutional understandings of peace are far from the perception of the participants. Finally, they recognize collective and the community actions as possibilities of peace building and as a support for their felt needs in their post-agreement agency.

Keywords: Peace Building; Women; Deprivation of Liberty; Prison; Everyday Peace Indicators; FARC-EP.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El rol de la mujer dentro de los grupos armados ha sido objeto de estudio, teniendo en cuenta las particularidades que se sugieren desde lo socialmente esperado. Mientras que la historia de los procesos de paz pareciera dar especial relevancia al acto de la desmovilización y la entrega de

armas, el Acuerdo de Paz entre las FARC-EP y el gobierno de Colombia, aunque da un lugar preponderante al enfoque de género como parte del cumplimiento a los tratados internacionales y a la tendencia actual en el abordaje de los derechos humanos, no demarca claramente los alcances que tiene para las Mujeres Privadas de la Libertad (MPL FARC-EP) en tanto se encuentran enfrentando una doble condición: la prisionalización y la reincorporación. Este escenario ubica a estas mujeres en el centro de unas tensiones cotidianas, como son: haber sido parte de un grupo armado, estar cumpliendo una condena y la expectativa que genera el proceso de paz como alternativa al estilo de vida que llevaban antes de ingresar a prisión.

Si bien en Colombia se han realizado diversas exploraciones sobre las FARC-EP y los procesos de reincorporación a la vida civil, los registros académicos que dan cuenta sobre los procesos en el marco de la justicia transicional de las MPL FARC-EP son pocos, por lo que la incorporación del enfoque de género en los estudios sobre el conflicto resulta fundamental. La invisibilidad de estas mujeres ha estado presente desde los mismos estatutos de la guerrilla; sus roles femeninos en el marco de las acciones de la organización reproducen dinámicas del sistema patriarcal a pesar de que, conforme a los mismos datos mencionados por el secretariado, el 40% de sus miembros eran mujeres (*El Tiempo*, 2017).

En medio de esas relaciones diferenciales en cuanto a género, dentro de una guerrilla que promulgaba la igualdad de clases, pero relegó a un papel secundario a las mujeres, se firmó el Acuerdo (agosto, 2016), incluyendo en el proceso a 3.916 mujeres (Agencia para la Reincorporación y la Normalización, 2020), quienes actualmente se encuentran en el proceso de reincorporación. De esta cifra, a julio de 2020, aún se encontraban “6 mujeres, privadas

de la libertad en ERON, 10 mujeres, en detención o prisión domiciliaria otorgada como medida sustitutiva de la pena por la autoridad judicial a cargo de sus procesos. 18 mujeres, designadas por el Gobierno Nacional como Gestores de Paz, las cuales se encuentran en domiciliaria. En total, bajo la custodia del INPEC, se encuentran 34 mujeres” (INPEC, 2020).

Por las razones expuestas, la investigación tuvo como objetivo analizar la percepción y posibilidades de construcción de paz de MPL FARC-EP, en un establecimiento de reclusión¹, logrando describir los indicadores de paz cotidianos construidos por ellas en el marco de su privación de la libertad, como agentes en su trayectoria de vida y en el contexto del Acuerdo.

METODOLOGÍA

La recolección de información y datos en las investigaciones siempre plantea escenarios en los que la complejidad propone retos que deben ser abordados de manera flexible y comprometida con el rigor que la búsqueda de miradas exige tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo; cuando a este panorama se le suman condiciones de aislamiento motivadas por la pandemia del Covid-19 y por la privación de la libertad, se visualiza un escenario en el que las restricciones son una constante. La emergencia sanitaria impidió el contacto directo con las mujeres, por lo que se recurrió a las técnicas descritas a continuación:

1 Con el fin de mantener la confidencialidad y anonimato de las participantes, no se indica el nombre del establecimiento de reclusión.

Método delphi

Este método es presentado por Reguant y Torrado (2016) como una línea cualitativa recomendable cuando no se dispone de información suficiente de algún tema y se hace necesario recoger opiniones de individuos que pertenecen a un colectivo. Por su parte, Cabero e Infante (2014) presentan un listado de posibles usos del método de acuerdo a determinadas situaciones, por ejemplo, que la información acerca del tema es insuficiente, que los encuentros presenciales entre los participantes resultan costosos en tiempo o dinero (en este caso resultan imposibles por la medida de aislamiento), cuando se requiere un perfil heterogéneo y se intuye que esta diferencia pueda causar liderazgos dentro del grupo que produzcan sesgos y, finalmente, destacan su utilidad cuando se requiere del anonimato de participantes o cuando se encuentran dispersos geográficamente.

Indicadores de paz cotidianos

La construcción de paz se abordó desde una perspectiva de base (*Bottom up*) en la que la comunidad, en este caso mujeres excombatientes privadas de la libertad, construye su definición de paz y las estrategias que desde su acervo social pueden crear o han creado para la construcción de paz. Conviene resaltar la importancia del sujeto para el abordaje de la construcción y conceptualización de la paz: los imaginarios de estas mujeres son expuestos desde la base, presentando contrastes y similitudes con la paz que se constituye “desde arriba” (*Top down*). Así pues, se utilizaron Indicadores de Paz Cotidianos EPI (Firchow, 2018). Esta estrategia cuenta con un enfoque participativo en contextos complejos en los que es difícil realizar medición

sobre paz o reconciliación desde un abordaje global. Desde esta metodología, tanto los parámetros de medición como los indicadores son diseñados por la comunidad, evidenciando sus necesidades e imaginarios.

De esta manera, se entendió la paz como un concepto holístico (Richmond, 2011), dinámico, cambiante con el tiempo y adaptable a un contexto con condiciones culturales particulares (Firchow, 2018). Asimismo, se tuvieron en cuenta aspectos como las relaciones sociales, la percepción del territorio y las formas propias en las que la comunidad decide construir paz, para crear herramientas de prevención, resolución y reconciliación. Por esta razón, se analizaron los indicadores y las dimensiones de paz que expresó la comunidad, así como su afinidad con la paz negativa² o la paz positiva (Galtung, 1995).

Instrumento de recolección: cartilla caminando la paz

La caja de herramientas en formato de cartilla fue el instrumento que se diseñó como estrategia emergente. Allí se abordaron las definiciones de paz de las FMPL FARC-EP, la forma en que se mide en su cotidianidad, y sus experiencias de paz y conflicto. Desde el mismo abordaje se produjeron unas dimensiones y características de paz que dan cuenta de sus necesidades e inquietudes como actores armados/políticos en procesos de transición. El instrumento se creó a partir de la construcción de Indicadores de Paz Cotidianos (Firchow, 2018) con un lenguaje

2 *Paz negativa* es entendida como la ausencia de guerra y de violencia directa; se mide la ausencia de guerra, mas no la presencia de paz. La *paz positiva* en cambio articula la ausencia de guerra con la justicia de paz y las formas de adquirir bienestar social.

sencillo y con actividades básicas para ser desarrolladas individualmente y en grupos.

Posterior al diseño de la cartilla, se realizó el envío la misma, siendo el mecanismo de comunicación con la comunidad. Una vez recibida se analizaron los datos obteniendo así los resultados.

Grupo focal

Se acogió esta técnica de entrevista grupal, consistente en socializar la cartilla a partir de reuniones dirigidas por un especialista y un ambiente relajado e informal para analizar las interacciones entre los participantes y los significados que se construyen en torno al tema (Hernández, Fernández, y Baptista. 2014). Debido a la emergencia sanitaria, el grupo focal fue realizado de manera remota con tres mujeres posliberadas acogidas por el Acuerdo. Esta alternativa permitió el encuentro desde diferentes regiones de Colombia.

MARCO TEÓRICO

Acuerdo y percepción de la construcción de paz

El texto del Acuerdo alcanzado entre el Gobierno y las FARC-EP, se divide en 6 puntos en los que se transita por una serie de necesidades, alternativas y, en resumen, de componentes y medios para alcanzar la paz. Aspectos como la reforma rural integral, la apertura democrática para construir la paz, el cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y la dejación de las armas, la solución al problema de las drogas ilícitas, el apartado dedicado a las víctimas y los mecanismos de implementación y verificación se toman como ejes que al ser articulados mediante

una serie de estrategias, permitirán alcanzar condiciones necesarias para la convivencia, evitando el uso de otras maneras que no sean las que legal y socialmente se desean.

Analizando el Acuerdo, se pueden realizar diferentes interpretaciones de cómo se aborda el concepto de paz en el marco de la finalización del conflicto armado colombiano, objetivando su sentido y percepciones.

En primera instancia, se entiende la paz como *derecho y deber constitucional*, una imposición de deber y derecho que ha de ser engrandecido y dignificado, por cuanto no sería una acción o estado subjetivo al que se accede voluntariamente, sino que implica la realización de acciones efectivas tanto para su disfrute como para su promoción. En este orden, también se entienden las referencias a la paz como derecho humano que facilita el cumplimiento de los restantes derechos y exige del Estado presencialidad como alternativa al abandono de regiones, mediada por la oportunidad de acceder a los beneficios de una función pública eficaz, que permita la mitigación del conflicto armado como producto de la ausencia estatal.

Por otro lado, se puede observar la paz como una *renuncia* de las partes implicadas. Por una parte, las FARC-EP renuncian a la opción de llegar al poder mediante el uso de las armas o, como dice Melo (2016), “a su proyecto”, con todas las implicaciones en términos de desarme, reincorporación y normalización. Por otra parte, el Gobierno renuncia a la aplicación de la normatividad para las conductas punibles cometidas por los integrantes de esta organización, sin dejar de cumplir con las exigencias de acuerdos internacionales que pudieran dejar sin efecto lo acordado. Surgen en paralelo asuntos relativos a las víctimas del conflicto y su derecho a la verdad, justicia, reparación efectiva y garantías de no repetición, así como los imaginarios construidos socialmente por el grueso

de la población en torno al conflicto armado, las acciones cometidas por cada una de las partes y la necesidad de aplicación de sanciones acordes a los actos cometidos.

También aparece la paz como una *contraprestación*, dado que se mencionan las renunciaciones del párrafo anterior en cabeza de representantes tanto de las FARC-EP y del Gobierno. Se destacan como compensación y beneficio para todos el acceso a oportunidades, la tranquilidad y la posibilidad de cerrar ciclos repetitivos de violencia que han degradado y dejado profundas heridas en la población civil. En este contexto, las propuestas, acciones y actividades orientadas a la reparación pueden abrir una enorme fisura de conformidad con lo acordado, dadas las posibilidades que después de décadas de conflicto armado han configurado expectativas y representaciones con respecto a lo que sería una real “contraprestación” en el marco de tensiones, como: acciones cometidas vs. sanciones impuestas, castigos esperados vs. castigos impuestos, o actuaciones ilegales por beneficios particulares vs. actuaciones en beneficio de los necesitados.

Al observar la paz como *parte y oportunidad de visibilizarse en la historia* necesariamente se abordan las violencias, la exclusión, la siembra de cultivos de uso ilícitos, su producción y comercialización a gran escala como alternativa que terminó por incrementar las condiciones de pobreza y marginalidad utilizando enormes extensiones de tierra y debilitando la presencia institucional. Como consecuencia, se fortaleció la presencia de organizaciones criminales que ahondaron y degradaron el conflicto. Estas miradas ponen de presente tensiones históricas que, por un lado, ayudan a la comprensión de diferentes puntos de vista y, por otro, generan rechazo a los actos contra la vida y otros bienes jurídicos.

Aparece también la paz como producto de la *seguridad de los implicados*, familias y sociedad, mediante mecanismos que garanticen primordialmente la vida, pero también el resto de los derechos. La preservación de la vida y el acceso a derechos fundamentales de los excombatientes es una preocupación constante en el texto del Acuerdo y de allí que se contemplan estrategias basadas en la prevención y en la verificación y el control de posibles actividades en contra de la vida o integridad de los excombatientes.

La paz como *garantía* de cumplimiento, no repetición, participación, vinculación de minorías se articula mediante el concepto de justicia prospectiva que puede entenderse como la aplicabilidad de justicia que trascienda al tiempo y las generaciones, o como lo recuerda Tabarquino (2018), citando a Barbosa (2015), Gómez (2015), Llambías (1949) y Rojas (2014), una justicia allende de las leyes en curso de una sociedad determinada, que supera la preocupación por la aplicabilidad del positivismo jurídico legal de hoy e incluye la disertación obligatoria de una ética del futuro, cuya propuesta de inclusión beneficia inclusive a quienes aún no han nacido. En este sentido, las garantías que parecían dedicadas a preservar la memoria y respeto por las víctimas se hacen extensivas a muchos otros que no han entrado en contacto con experiencias relacionadas o similares. Se buscaría entonces una paz que garantizaría no repetir errores, injusticias y agresiones con las generaciones que pasaron, las presentes y las que vendrán.

La paz como *necesidad de reducir la incertidumbre* presente en las relaciones humanas, se asegura de obtener de la otra parte un resultado, en este caso, dejar las armas a cambio de ofrecer seguridad jurídica o estabilidad que genere confianza económica, ya que explica cómo se involucra la interacción humana y el sistema de incentivos que condiciona a las instituciones con los cambios que ellas pueden

necesitar (Instituto Internacional de Gobernabilidad, 1998). A partir de la existencia de un ambiente de confianza limitada (Williamson, 2002), se debe esperar que los acuerdos, como los de paz, sean “contratos incompletos”, pero que cobran mayor importancia al entrar las partes involucradas en ellos, en las reglas que dan estabilidad al orden político-institucional establecido. El Acuerdo, como estructura para la resolución de conflictos, reduce la incertidumbre de las personas frente al futuro.

Desmovilización, reintegración, reincorporación y normalización

El Acuerdo tiene características contextuales, ideológicas, conceptuales, metodológicas, entre otras, que lo llevan a ser único en su género. En este entendido, cabe mencionar algunas diferencias entre los conceptos de desmovilización, reintegración, reincorporación y normalización.

Según el glosario elaborado por la Agencia para la Reincorporación y la Normalización (ARN), la desmovilización es una etapa del proceso de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR), constituido por una decisión voluntaria individual o colectiva de abandonar el Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley (GAOML) y de participar en las actividades que se les proponen desde la institucionalidad estatal.

La reintegración, por su parte, es el proceso que tiene como actor principal al desmovilizado, quien debe adquirir un estatus civil y un empleo o ingreso económico de manera sostenible. El acceso, avance y participación en ese proceso se puede dar por la vía regular que está mediada por la voluntariedad del sujeto o como producto del sometimiento amparado por la organización, contexto en el cual los avances son requisitos para acceder a los

beneficios jurídicos en el marco de la Ley 975 de 2005. Las personas bajo este proceso transforman su acción en tanto se crea un imaginario sobre la vía política en lugar de la armada, manteniendo posiblemente la ideología y los valores del partido; por esta razón, su renuncia a las operaciones militares, la clandestinidad y la ilegalidad.

En cuanto a la reincorporación, en el Acuerdo se aclara que se trata de un proceso de implementación que incluye el cese al fuego y hostilidades bilaterales en una temporalidad definitiva y la Dejación de Armas (DA) como parte del cumplimiento de compromisos adquiridos por las FARC-EP con respecto a los territorios donde se desarrolló el conflicto armado. Este proceso tiene dos dimensiones, una política o *reincorporación comunitaria*, y otra estratégica o *reincorporación temprana y a largo plazo*, que confluyen en una particularidad metodológica: todas las acciones de reincorporación son concertadas y definidas de manera conjunta, principalmente en instancias como el Consejo Nacional de Reincorporación (ARN, 2018).

Por último, la normalización se concibe en tres dimensiones: como espacio físico mediante las Zonas Veredales Transitorias de Normalización ZVTN, concepto integrador de los procesos que se relacionan con la reinserción, la reintegración y estabilización social y económica; y como noción política para vincular a los integrantes del grupo armado en cuanto a sus derechos y libertades de decisión. Desde este entendido, la normalización emerge como una experiencia articuladora que facilita los procesos de quienes se han desvinculado de diferentes grupos armados, ofreciendo posibilidades de vida más allá de las armas a quienes han pertenecido, y a quienes no, a las FARC-EP. Además, en tanto que acción política, propone escenarios en los que las opiniones, la historia, las ideas y las decisiones de los desmovilizados no se califican como anormales,

subversivas o extremistas, sino que hacen parte de la posibilidad de vincularse a los procesos sociales y económicos del país, con opiniones que aportan para nuevas formas de relación entre las comunidades en las que habitan.

Tomando como base las precisiones realizadas, se puede entender que la reincorporación y los procesos implicados luego de la firma del Acuerdo serían apoyados por el partido político Fuerza Alternativa Política Revolucionaria del Común (FARC), ahora renombrado como Partido Comunes, en tanto sus integrantes se sienten recogidos en sus propuestas. Surgen entonces preguntas que invitan a realizar acercamientos a nuevas realidades y configuraciones de sujeto, para el caso particular, las mujeres excombatientes privadas de la libertad cuyo accionar guerrillero se ha transformado durante su estancia en prisión.

Esto se vuelve relevante dado que con el Acuerdo se construyeron nuevos escenarios para la elección de la vía política en vez de la armada, manteniendo la ideología y los valores del partido, y se crearon nuevas formas de relación comunitaria e identitaria en sociedades en las que los resultados de una reintegración social exitosa dependen en gran medida de espacios con alto capital social, disposición para reducir la estigmatización y oferta de oportunidades, acompañamiento y participación (Mouly, Hernández-Delgado y Giménez, 2019); características que no aplican para la prisión.

Al acuerdo de paz desde el enfoque de género

El enfoque de género en el Acuerdo debe leerse en doble clave. Por un lado, en cuanto a la participación de organizaciones de mujeres en las diferentes etapas del proceso y, por otro, en cuanto al rol y participación de las mujeres combatientes, ahora en proceso de reincorporación. Así

pues, es preciso establecer una diferenciación entre las mujeres afectadas de manera directa o indirecta por el conflicto y las mujeres combatientes, parte activa de las hostilidades procurando superar la tradicional dicotomía víctima-victimaria.

El Acuerdo ha sido reconocido por incorporar el enfoque de género, lo que puede obedecer al llamado de instancias internacionales, pero también a los procesos organizativos y de reivindicación de varias organizaciones de mujeres que lograron hacer incidencia en las diferentes etapas de la negociación. Así pues, es importante resaltar que “la adopción de una perspectiva de género ha sido desde el año 2000 una solicitud que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de la Resolución 1325, les ha hecho a todos los actores que participan en la negociación y aplicación de acuerdos de paz” (Vargas y Díaz, 2018, p. 390). Pero más importante aún, resulta reconocer los aportes y exigencias de las siete organizaciones de mujeres de diverso orden partícipes de la negociación.

Los puntos de la agenda de paz incorporaron el enfoque de género de la siguiente manera (tabla 1).

TABLA 1. PUNTOS DE LA AGENDA DE PAZ
EN RELACIÓN CON EL ENFOQUE DE GÉNERO

| Puntos | Enfoque de género |
|---|---|
| Política de desarrollo integral | Acceso a propiedad rural de las mujeres y estímulo a formas de producción y organización, subsidios y créditos, empoderamiento de las mujeres. |
| Participación política | Transformar condiciones históricas para participación y representación de las mujeres en los diferentes espacios. |
| Fin del conflicto | Enfoque diferencial para el proceso de reincorporación y desmantelamiento de organizaciones criminales que ejercen violencia sistemática de género. |
| Solución al problema de las drogas ilícitas | Explotación sexual, trata de personas y violencias asociadas. |

| Puntos | Enfoque de género |
|---|---|
| Víctimas | Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantía de No Repetición, Comisión de la Verdad, Justicia Especial para la Paz. |
| Implementación, verificación y refrendación | Reconocimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y sus condiciones especiales. |

Fuente: Elaboración propia con base en el documento de Acuerdo de Paz.

En este orden, la integración del enfoque de género en el Acuerdo incluyó a la mujer en planes, programas y proyectos, reconociendo sus necesidades, características y particularidades económicas, culturales y sociales en todos sus ciclos vitales, considerando particularmente a las comunidades rurales y los grupos en condiciones de vulnerabilidad, garantizando la sostenibilidad socioambiental (ONU Mujeres, 2018). Específicamente, las mujeres privadas de la libertad tendrán medidas especiales de salud, protección y prevención; para estos procesos judiciales que sean de su competencia se creó la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

De acuerdo con el informe especial del Instituto Kroc (University of Notre Dame, 2018), que aborda la implementación del enfoque de género en el Acuerdo de Paz a 2018, de los 130 compromisos adquiridos, solo el 4% se ha cumplido. El informe resalta la participación de las mujeres de las FARC-EP en el proceso de paz, a través, por ejemplo, de La Cumbre de Mujeres y Paz de la subcomisión de género, el CONPES 3931 y la Mesa Técnica de Género del CNR, pero no incluye en su análisis a las MPL FARC-EP. La perspectiva de paz se analiza desde un nivel institucional y concluye con la necesidad de incluir a las mujeres en los procesos para garantizar sus derechos: “La mayoría de los miembros son hombres y la formación aún resulta

insuficiente para necesidades de protección de mujeres excombatientes” (University of Notre Dame, 2018, p. 41).

Como elemento adicional a las discusiones hasta ahora propuestas, se encuentran los pocos resultados obtenidos en la búsqueda de análisis y textos sobre mujeres excombatientes privadas de la libertad. En artículos como el de Sánchez-Blake (2012), se hace una aproximación al rol de la mujer como actor armado y como sujeto de paz. La forma de vida de las mujeres de las FARC-EP se ha presentado desde la exposición mediática y pública (CNMH, 2018), y algunos desde perspectivas de investigación (Barrios, 2019) que sirven de insumos para profundizar en este aspecto (Guzmán, 2018).

Ruiz-Herrera y Huertas-Díaz (2019) señalan que las MPL FARC-EP se caracterizan por pertenecer en su mayoría a contextos rurales, con ausencia maternal o paterna en su crianza o que se resisten a interiorizar los roles establecidos por la sociedad en cuanto a lo convencionalmente femenino. Además, han vivido el abandono estatal en acceso a salud, educación, servicios, protección y, en este contexto, la presencia guerrillera en sus territorios se convirtió en una alternativa de vida y en una oportunidad para reconfigurar su rol como actor político, lo cual lleva a una ruptura total o parcial con la familia de origen y la forma de vida que se llevaba antes de la incorporación.

Transición de excombatientes a agentes de paz

La imagen de la mujer combatiente continúa representando una especie de tabú en sociedades que aspiran a resguardar el rol de la mujer como cuidadora y dadora de vida que conserva su lugar en el espacio doméstico, ajeno por naturaleza a los contextos de guerra,

la concepción de género dentro de los conflictos armados se ha relacionado, principalmente, con el rol de víctima de la mujer, en consecuencia, del ejercicio de las hostilidades; sin embargo a pesar de la participación de la mujer como combatiente poco se ha estudiado sobre su proceso de conversión dentro de la organización y de su papel como gestora política, tanto en contextos de guerra como en escenarios de paz” (Huertas, Ruiz y Botía, 2017, p. 49).

Este rol de gestora política es, sin duda, un aspecto que debe reconocerse y explorarse de manera más profunda con el fin de comprender sus aristas y complejidades, sin olvidar que los escenarios atravesados por la disciplina militar y la guerra perpetúan racionalidades patriarcales y prácticas de subyugación de la mujer pese a su pretendida ideología de cambio social. Así pues, en palabras de Castrillón-Pulido (2015):

Organizaciones defensoras de derechos humanos nacionales e internacionales, entidades estatales y medios de comunicación han documentado durante los últimos años denuncias sobre abusos cometidos contra las guerrilleras, como aborto y esterilización forzados y esclavitud sexual. Esa ha sido la cara más visible de la participación de las mujeres como combatientes de las FARC. Pero no la única (p. 79).

Esto en cuanto a la mujer combatiente. Pero también se privilegia el imaginario de mujer víctima sobre otras facetas de mujeres que han sido afectadas por el conflicto armado y desempeñan importantes roles en los campos social y político, tales como: defensa de derechos humanos, mantenimiento del tejido social y lucha por la supervivencia de sus comunidades y la suya propia.

Es necesario mencionar que no todas las mujeres que hicieron o hacen parte de las FARC-EP se vincularon de la misma forma, ni cumplieron con las mismas funciones,

pero, en cualquier caso, se trataba de mujeres que enfrentaron el establecimiento y que apostaron por una realidad alternativa a la que se les presentaba. Al respecto, el Observatorio de Paz y Conflicto (2016), asegura que

las mujeres que hacen parte de la estructura guerrillera como combatientes y milicianas, y muchas otras que con su afinidad y cercanía apoyan la causa de diversos modos han sido aguerridas y luchadoras; transgresoras de la ley y la institucionalidad; han subvertido roles y referentes culturales convencionales; han expuesto la vida, involucrándose en el quehacer de la guerra y sus violencias. Por lo mismo, es importante trascender la caracterización que usualmente se hace de ellas en cuanto a su situación de vulnerabilidad y su condición de víctima (p. 3).

Esta decisión de trasgresión y el interés por participar de forma activa en la vida política obliga a que una vez fuera del escenario de guerra, estas mujeres encuentren otros espacios de formación, participación e incidencia, ahora como agentes de paz. Esto representa un reto, pues en el orden de lo que se ha venido exponiendo, la mujer excombatiente resulta doblemente marginada: en su condición de mujer y en su condición de alzada en armas.

Las MPL FARC-EP han pasado por un proceso de captura en el marco de la justicia ordinaria y en su mayoría fueron condenadas por delitos de rebelión, extorsión, daño en persona protegida, daño en bien ajeno, secuestro y homicidio. Estas mujeres se desempeñaban en diferentes roles, como: colaboradoras urbanas, milicianas, combatientes rurales, enfermeras, secuestradoras, roles que deben replantearse una vez privadas de la libertad. Dentro de este grupo también se encuentran las combatientes rebeldes y quienes hacen parte del movimiento popular, de oposición y social, de izquierda legal (INSPP, 2016), reconocidas

desde la institucionalidad como Gestoras de Paz, quienes, de acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (2017), son PPL que se comprometieron a no volver a alzarse en armas contra el Estado y a apoyar diferentes tareas de reparación.

Esta diversidad debe ser reconocida como posibilidad de construcción colectiva y búsqueda de escenarios de convivencia pacífica. En el escenario del postacuerdo, las mujeres pueden garantizar su participación política, ahora como agentes de paz y constructoras de realidades más incluyentes. Resulta importante reconocer algunas rutas que ya se han trazado para aprender de las mismas y seguir fortaleciéndose. En este sentido, Colombia cuenta con experiencias significativas en cuanto al tránsito de las mujeres de excombatientes a agentes de paz. Tal es el caso de mujeres del M-19 que posterior a los acuerdos de paz se organizaron alrededor de un colectivo desde el que adelantan acciones como: “jornadas de apoyo a las viudas de la guerra, trabajo con niñas desmovilizadas y con los hijos de combatientes, cada uno con sus propias necesidades. Las mujeres del Colectivo reciben invitaciones regularmente a ofrecer talleres, charlas y testimonios sobre sus experiencias y apoyo a iniciativas de paz” (Sánchez-Blake, 2012, p. 9).

Delito político, amnistía e indulto

En términos generales, el delito político está inspirado en convicciones comunes que pretenden generar un cambio a nivel social, económico y político; por tanto, la posibilidad de un Acuerdo de Paz con las FARC-EP se dio en el marco de su reconocimiento como actor político, que dirigía su accionar bajo la premisa del cambio social. El título XVIII del Código Penal tipifica como delitos políticos: rebelión,

sedición, asonada y seducción, usurpación y retención ilegal de mando, denominando estos hechos como “delitos contra el régimen constitucional y legal” (Congreso de la República, 2000). Por su parte, los delitos políticos aparecen en ocho artículos de la Constitución, en relación con: extradición (art. 35), amnistía e indulto (art. 150 y 201), ocupación de cargos públicos de importancia (art. 179, 232, 299), y disposiciones transitorias (art. 18 y 30).

Los delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, graves privaciones de la libertad o toma de rehenes, desaparición forzada, tortura, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, sustracción de niños, niñas y adolescentes (NNA), desplazamiento forzado y reclutamiento de NNA se excluyen determinadamente de la posibilidad de indulto, como también los delitos comunes cometidos para beneficio personal y no debido a la rebelión.

La Ley 1820 de 2016 de amnistía, indultos y tratamientos penales especiales para excombatientes guerrilleros que hayan firmado la paz, y de tratamientos especiales diferenciados para agentes del Estado y terceros civiles señala que si la persona amnistiada se encontraba privada de la libertad debería ser liberada de manera definitiva e inmediata. Cuatro años después de la firma, más de 3.000 excombatientes recuperaron su libertad; sin embargo, 180 personas aún se encuentran privadas de su libertad. De acuerdo con las FARC-EP, “153 están en diferentes cárceles, mientras que 24 tienen detención domiciliaria y tres, vigilancia electrónica. A esa cifra se le suman otros 168 reos... que están a la espera de ser acreditados” (Monsalve García, 2020). Por su parte, el informe del INPEC a julio de 2020 señala que:

Hacen parte de la población en domiciliaria 230 personas (212 hombres y 18 mujeres) reincorporadas de las FARC a quienes, en virtud de avanzar y cumplir con la implementación del

Acuerdo de Paz, el Gobierno Nacional les otorgó el estatus de Gestores de Paz; de acuerdo a su situación jurídica, el 21,7% (50) se encuentra en detención y 78,3% (180) en prisión (INPEC, 2020).

RESULTADOS

Para la presentación de los resultados, fue importante analizar y evidenciar el tránsito que existe en la trayectoria de vida de las mujeres, su condición como sujetos privados de la libertad y sus posibilidades de agencia desde la construcción de paz en su condición de privación de la libertad.

Experiencias de vida de las MPL FARC-EP

A partir de la información obtenida, se describieron algunas características de las MPL FARC-EP participantes en términos de edad, delito imputado, tiempo de privación de la libertad, estado civil, autorrepresentación y, por otro lado, situaciones significativas de su experiencia de vida.

TABLA 2. CARACTERIZACIÓN DE LA MPL FARC-EP

| Edad | Tiempo en privación de la libertad | Estado civil | Condenadas por delitos |
|------|------------------------------------|--------------|--|
| 38 | 11 | Unión libre | Rebelión y otros |
| 42 | 10 | Soltera | Secuestro extorsivo |
| 50 | 22 | Soltera | Secuestro extorsivo, rebelión y otros |
| 36 | 12 | Casada | Secuestro extorsivo, rebelión, reclutamiento ilícito, etc. |
| 39 | 11 | Unión libre | Rebelión y otros |
| 41 | 11 | Unión libre | Secuestro extorsivo, rebelión y otros |

Fuente: Elaboración propia con base en la información obtenida en la Cartilla *Caminando la paz*.

A partir de lo registrado en la cartilla, se obtuvo que la edad promedio es de 41 años; cuatro de ellas se encontraban casadas o en unión libre y dos eran solteras, su tiempo de privación de la libertad supera los diez años y los delitos prevalentes son secuestro extorsivo, rebelión y reclutamiento ilícito.

Desde la perspectiva de la autorrepresentación, se solicitó a las participantes dibujarse a sí mismas y escribir un texto que las describiera. Al respecto, los dibujos contienen elementos de vestuario relacionados culturalmente con el sexo femenino: faldas, cabello largo suelto o recogido; los dibujos se encuentran de frente y se observan con el rostro sonriente; llama la atención que no se introdujeron símbolos o signos que indiquen pertenencia a alguna organización o institución.

GRÁFICO 1. DIBUJOS DE AUTORREPRESENTACIÓN DE LAS MUJERES PARTICIPANTES EN LA CARTILLA



Fuente: Cartilla *Caminando la paz* (participantes).

En cuanto a los términos que utilizan para describir su personalidad, se destaca el uso de calificativos relacionados con comportamientos que hacen parte de repertorios

adecuados en habilidades sociales. Así, se consideran solidarias, sociables y alegres, a excepción de una que escribió únicamente la palabra “triste”, aunque en el dibujo se observa un rostro con sonrisa. Al indagar por las relaciones interpersonales, solo una participante respondió señalando que su hijo, sus padres y hermanos iluminan y confortan su vida, al igual que “pocos amigos” (participante 2, cartilla) que la han acompañado, pese a su larga estadía en prisión.

Las formas de vida y relación centradas en lo colectivo, tanto en su permanencia en la organización armada y luego en su estadía en la prisión, pueden contribuir en el fortalecimiento de estas características, dado que las actividades frecuentemente se realizan en grupo, por cuanto se requiere de estas habilidades para llevar a cabo de manera efectiva las tareas diarias y la convivencia. Es de resaltar que solo una de las participantes incluyó en su autodescripción términos que calificó como defectos: “malgeniada, muy impaciente”. En este orden, el balance ideal para el manejo adecuado de las relaciones interpersonales es el reconocimiento tanto de las fortalezas como de las debilidades, un reconocimiento de las características personales que pueden generar interferencia en las relaciones, haciendo aun más agradables las interacciones a largo plazo.

El cuadro presenta las narraciones correspondientes a eventos significativos anteriores a la pertenencia al grupo armado y a las situaciones que han vivido posterior a este; los contenidos relacionados con la alegría y estados de bienestar pueden ser similares. En referencia a la experiencia en el grupo armado, se encontró que la mayoría tenía expectativas positivas de pertenecer al grupo armado y, al entrar en contacto con las actividades propias de la

organización, las realidades experimentadas no fueron suficientes o coherentes con la expectativa inicial.

TABLA 3. EVENTOS SIGNIFICATIVOS EN LA TRAYECTORIA DE VIDA

| Cuando tenían 12 años | Cuando ingresé a la organización armada | Ahora |
|---|--|---|
| Se narran como niñas felices y en convivencia con sus familias, con proyectos de vida ajenos a la pertenencia a grupos armados. | 5 de 6 participantes manifiestan que su ingreso al grupo armado fue una equivocación, porque una vez estuvieron allí no encontraron lo que esperaban o les habían dicho. | 5 de 6 participantes describen experiencias positivas asociadas a tener hijos o conformar y compartir en familia. Hacen referencia a sentirse diferentes y a gusto con las experiencias personales de cambio que viven en la actualidad. |
| En las anécdotas se encuentran referencias a juegos y caídas al estar realizando actividades cotidianas. Una sola de las participantes hizo referencia de una anécdota relacionada con el conflicto armado. | Las anécdotas están relacionadas con experiencias de temor, por ejemplo, a los animales, a la oscuridad y, en general, a las condiciones de vida que se tienen en un grupo armado. Una de las integrantes hizo referencia romántica a la lucha armada; otra a una ideación romántica de un compañero de grupo que tenía ya una pareja. | Se identifican contenidos parecidos a las que se mencionaron en su vida antes del grupo armado. Se relacionan con bromas, situaciones que se consideran graciosas como caerse u otras; inclusive una de las participantes mencionó encontrarse enamorada. Una de las participantes se centró en manifestar su equivocación al ver el impacto de los acuerdos de paz y la violencia. |

Fuente: Elaboración propia con base en la cartilla *Caminando la paz*.

La información relacionada con las anécdotas muestra que el hecho de relacionarse con otras personas en contextos de juego y diversión fue agradable para las participantes. Este tipo de experiencias se relacionan con épocas previas a la vinculación al grupo armado. Así pues, la socialización y la cercanía que eran parte de las cotidianidades personales y familiares antes de la pertenencia al grupo pueden experimentarse en el presente, acompañadas de satisfacciones cotidianas y proyectos de vida centrados en familia y vinculación laboral.

Representación de la prisión

La trayectoria de vida de las participantes demuestra que, durante un tiempo considerable, las mujeres vivieron al margen de la legalidad del Estado, desenvolviéndose en dinámicas informales que se transforman al momento de ingresar al establecimiento penitenciario, cuando empiezan a ser parte de la institucionalidad, a través de nuevos vínculos con el sistema de justicia y, por tanto, con la cárcel, los tribunales, los jueces y los abogados.

De acuerdo con información obtenida en el grupo focal, la cárcel ha representado para las MPL FARC-EP una forma de acceder a los derechos que por sus condiciones no habían tenido antes, lo cual se corresponde con el planteamiento de Sicua (2018), quien refiere que al estar en la reclusión crean nuevas formas de participación y de esta manera obtienen un lugar en la sociedad: “la cárcel es un espacio para repensar cómo han sido vulnerados sus derechos” (Sicua, 2018). Un ejemplo de ello es cuando las mujeres señalan sus huelgas de hambre como mecanismo para exigir su derecho a la salud, a la calidad de la comida y en contra de las vulneraciones asociadas al hacinamiento.

A través de la información obtenida, fue posible establecer que las mujeres que se encuentran privadas de la libertad en general manifiestan no sentir actualmente filiación por las FARC-EP, lo que contrasta con lo referido por las mujeres participantes en el grupo focal, quienes se consideran a sí mismas *farianas*, lo que tal vez responda a que estas últimas adelanten su proceso de reincorporación, mientras que las primeras no han gozado de los beneficios contemplados en el Acuerdo. Esta situación también cuestiona lo planteado por Herrera y Huertas (2019), quienes señalan que las mujeres guerrilleras en la cárcel prueban su lealtad y fidelidad con el grupo, mientras en algunos

grupos armados al margen de la ley son consideradas como traidoras si se desmovilizan.

Indicadores de paz

Al indagar sobre sus sentimientos antes de la firma en el contexto penitenciario, se encontraron referencias a emociones y pensamientos relacionados con tristeza, angustia, temor, intranquilidad, preocupación por ser asesinadas. La firma del acuerdo significó para las participantes esperanza. Específicamente lo perciben como un indicador que limitará el fenómeno del reclutamiento, situación que manifestaron haber experimentado y, de paso, constituye protección de sus hijos o hijas en este sentido: “Que sus hijos no cojan un arma, sino un lápiz y amor” (participante 3, cartilla). Esta opinión concuerda con lo planteado por las participantes en el grupo focal, quienes recibieron la noticia del Acuerdo como “algo bonito”, que traía motivación y felicidad, sentimientos que, sin embargo, se vieron opacados con los resultados del referendo: “cuando salió el NO, dije: no ganamos, me bajoné” (participante 2, grupo focal).

Respecto a los indicadores de paz, a nivel *individual* las participantes vinculan la paz con experiencias religiosas y con el acto de pedir perdón o perdonar. Por otro lado, relacionan la paz con la responsabilidad que tienen al saber que su entorno, su familia y el país las perciben como un referente de cambio y del proceso de paz. A nivel *colectivo*, con la importancia de generar espacios que incluyan mujeres de distintos grupos armados y el intercambio de experiencias y la posibilidad de perdón entre ellas. En relación con las formas en que las participantes se imaginan la paz en lo *comunitario*, destacan la necesidad de que sus opiniones sean tenidas en cuenta y resaltan el

valor de las acciones que aportan al bienestar del otro y que ofrecen la posibilidad de expresarse sin temor a ser irrespetadas o agredidas.

En el *contexto de privación de la libertad*, las participantes relacionaron la paz con valores como el compañerismo, el diálogo y el respeto. Una de ellas incluyó elementos contextuales institucionales de prisión, como son la preparación académica y las oportunidades laborales. Así mismo, ellas como agentes de paz proponen varias estrategias para construir paz en la cárcel.

GRÁFICO 2. ESTRATEGIAS PARA CONSTRUIR PAZ EN PRISIÓN



Fuente: Elaboración propia con base en la cartilla *Caminando la paz*.

En este mismo contexto, las mujeres hablaron de aspectos actitudinales y de relacionamiento. De manera general, hicieron referencia al respeto, y mencionaron también: aceptación, convivencia, tranquilidad, confianza,

compañerismo y tolerancia. Para ellas, la paz se construye alrededor del diálogo, el respeto, la tolerancia y la equidad: “La paz en la cárcel se construye con respeto, diálogo y confianza, brindando amor y siempre dando lo mejor de ti” (participante 1, cartilla).

Un indicador de paz concordante entre las participantes habla del *compartir*. Al respecto ejemplifican un día en paz como: “Un día en donde compartimos un almuerzo todas, donde todas ponemos un granito de arena y contamos chistes, también donde todas participamos haciendo aseo, donde hacemos actividades como deporte, caminamos, etc.”. Se otorga especial relevancia a la posibilidad de compartir los alimentos, así como a las actividades físicas o deportivas, lo que ha podido contrastarse con información adicional de otras PPL, que no pertenecen a las FARC-EP, pero que encuentran en estos espacios la posibilidad de sentirse en paz y de exteriorizar los sentimientos o pensamientos que las aquejan (Memorias del diplomado Mujer, derechos humanos y participación ciudadana, 2020). Desde la perspectiva política, imaginan la paz como la oportunidad de opinar y decidir de manera igualitaria; asimismo, que las opiniones sean respetadas y toleradas, con las mismas posibilidades de discrepar para todos.

Respecto a la *Paz negativa y no repetición*, las participantes perciben que, en el contexto de prisión, los problemas de convivencia como la violencia, las huelgas de hambre constituyen un sacrificio contra el “beneficio de todas”. El irrespeto, la intolerancia y la inconformidad disminuyen su percepción de paz. En este sentido, en el grupo focal se señaló que la paz positiva en prisión es muy complicada de alcanzar por el hecho de estar reunidas personas de diferentes delitos; al respecto, manifiestan que preferían no relacionarse con las demás. Calificaron la prisión como “un despelote, una algarabía”. Como señales de disminución

de paz, mencionaron los amotinamientos y “las gaseadas”, pues, aunque no todas están involucradas en el conflicto que las produce, terminan siendo afectadas: “*Todas chupan*” (participante 1, grupo focal).

Desde el análisis del aporte a la paz en el contexto colombiano, las participantes asocian la paz negativa con la ausencia de secuestros, homicidios y masacres y, en un sentido absoluto, con la eliminación de toda forma de muerte, reclutamiento y guerra.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La firma del Acuerdo se convierte en un momento diferenciador en la experiencia vital de las participantes. Las narraciones antes de ese evento dan cuenta de extensos períodos articulados a sus vivencias personales y ligadas a las preocupaciones por el riesgo de morir, acompañadas por emociones de temor e imposibilidad de vivir con tranquilidad y sosiego. Por el contrario, las vivencias luego del Acuerdo se narran desde la posibilidad y la propuesta para alcanzar la paz, inclusive trascendiendo al proceso mismo. Las experiencias personales de perdón, tranquilidad, felicidad y confianza se conjugan con la percepción de espacios ganados en el ámbito político, para dar paso a escenarios en los que la vivencia cotidiana de paz se transforma en una pluralidad de significados de paz, “paces”, que se viven en conexión con la tranquilidad y posibilidad de pensar en un escenario familiar, social y laboral.

La construcción de indicadores de paz cotidianos en las MPL-FARC EP se relacionaron con sentimientos pro-sociales y con la posibilidad de crear espacios que generen bienestar y armonía en la colectividad. El perdón y la no repetición del reclutamiento de NNA son recurrentes en sus narrativas sobre su agencia de paz y hace parte de

sus actividades en prisión en la dimensión individual y colectiva e incluso como referentes de los “avances” del Acuerdo. En el marco individual, los indicadores son relacionados con la tranquilidad después de pedir perdón y con su propia experiencia de reclutamiento cuando eran menores. En el marco colectivo se constituyen como un grupo de mujeres que reconocen los daños causados en la guerra al haber sido actores armados, pero que ahora no desean la continuidad del reclutamiento de NNA para que no haga parte de las realidades de sus hijos o hijas.

En este sentido, la paz se evidencia como una paz negativa en donde las participantes la relacionan con la ausencia del conflicto armado y de sus propias dinámicas, pero no la dimensionan desde el fortalecimiento del desarrollo social o desde los dispositivos económicos y culturales que fomenten el bienestar.

Se evidencia que los significados de paz contemplados en el Acuerdo, desde una perspectiva institucional, no alcanzan a permear las realidades de las MPL FARC-EP, quienes, por su parte, significan y vivencian la paz desde las posibilidades que encuentran en un escenario de privación de la libertad, en el marco de la convivencia y las múltiples conflictividades que le son propias. De allí que la paz en esta investigación se abordó como una relación social, que entre más posibilite las dinámicas colectivas y comunitarias, más repercusión tendrá en la coexistencia y la cohesión social, dando cuenta de la forma en que deben agenciarse las acciones basadas en la prevención, resolución de conflictos y reconciliación.

REFERENCIAS

CABERO ALMENARA, J., e INFANTE MORO, A. (2014). “Empleo del método Delphi y su empleo en la investigación en

Comunicación y Educación". En *EDUTEC Revista Electrónica de Investigación Educativa*, 48, pp. 1-16. Disponible en: http://edutec.rediris.es/Revelec2/Revelec48/pdf/Edutec-e_n48_Cabero-Infante.pdf

CASTRILLÓN-PULIDO, G. (2015). "Víctimas o victimarias: el rol de las mujeres de las Farc". *Opera*, pp. 77-95.

El Tiempo (2017). 'En Colombia es más fácil hacer la guerra que la paz': Pablo Catatumbo. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/bocas/en-colombia-es-mas-facil-hacer-la-guerra-que-la-paz-entrevista-de-pablo-catatumbo-con-la-revista-bocas-98534>

FIRCHOW, PAMINA (2018). *Reclaiming Everyday Peace: Local Voices in Measurement and Evaluation After War*. Cambridge: Cambridge University Press. xviii, p. 193.

GALTUNG J. (1969). "Violence, peace and peace research". En *Journal of Peace Research*, vol. 6, n.º 3, pp. 167-191.

HERNÁNDEZ R., FERNÁNDEZ, C y BAPTISTA, M. (2014). *Metodología de la Investigación*. Bogotá: McGraw Hill.

Instituto Internacional de Gobernabilidad (1998). *Douglass C. North: La teoría económica neo-institucionalista y el desarrollo latinoamericano*. Barcelona: Proyecto PNUD "Red para la Gobernabilidad y el Desarrollo en América Latina".

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (junio 2020). Informe Estadístico n.º 06 Población Privada de la Libertad-INPEC. Bogotá.

MELO, J. O. (2016). "Resumen del acuerdo de paz". En *Revista de Economía Institucional*, pp. 319-337.

MOULY, C.; HERNÁNDEZ DELGADO, E. y GIMÉNEZ, J. (2019). "Reintegración social de excombatientes en dos comunidades

de paz en Colombia". En *Análisis Político*, 32(95), pp. 3-22. Disponible en: <https://doi.org/10.15446/anpol.v32n95.80822>

NORTH, D. (1998). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.

Observatorio de Paz y Conflicto (2016). *Retos de las mujeres combatientes en el fin del conflicto*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Oficina del Alto Comisionado para la Paz (2017). *Preguntas y respuestas – Gestores de paz*. Bogotá: Presidencia de la República. Recuperado el 08 de 07 de 2020. Disponible en: http://es.presidencia.gov.co/Documents/170728_PreguntasClavesGestores.pdf

REGUANT-ÁLVAREZ, M, y TORRADO-FONSECA, M, (2016). "El método Delphi". En *Revisita d'Innovació i Recerda en Educació. Universitat de Barcelona*. Institut de Ciències del'Educació

RICHMOND, P. O. (2011). *Resistencia y paz postliberal. Relaciones Internacionales*, (16), pp. 13-45. Disponible en: <https://revistas.uam.es/relacionesinternacionales/article/view/5062>

RUIZ HERRERA, A. L. y HUERTAS DÍAZ, O. (2019). ¡"En búsqueda de visibilización: experiencias y necesidades de las mujeres excombatientes de las FARC-EP en el escenario de construcción de paz". En *Reflexión Política*, 21(42), pp. 9-28. Disponible en: <https://doi.org/10.29375/01240781.359>

SÁNCHEZ-BLAKE, ELVIRA (2012). "De actores armadas a sujetos de paz: mujeres y reconciliación en el conflicto colombiano". En *Revista La Manzana de la Discordia*, 7 (2). pp. 7-14. ISSN 1900-7922.

TABARQUINO, M. R. (2018). "La Justicia Prospectiva: un reto conceptual y metodológico para la justicia transicional en Colombia". En *Análisis Político*, pp. 133-148.

- University of Notre Dame (2018). *Informe especial del Instituto Kroc y el acompañamiento internacional* (pp. 5-45). Bogotá: University of Notre Dame. Disponible en: https://kroc.nd.edu/assets/294960/181030_informe_ge_nero_esp_final_2_.pdf
- VARGAS, J. y DÍAZ, Á. (2018). “Enfoque de Género en el acuerdo de paz entre el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: transiciones necesarias para su implementación”. En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, pp. 389-414.
- WILLIAMSON, O. (2002). “The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract”. In *Journal of Economic Perspectives*, pp. 171-195.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en diciembre de 2021

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem

