



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## La política criminal en Colombia en la era del encarcelamiento masivo

Natalia Giraldo Cano

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

---

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política  
Línea de Investigación: Criminología y Sociología  
Jurídico-penal

# **LA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA EN LA ERA DEL ENCARCELAMIENTO MASIVO**

Director y tutor: Iñaki Rivera Beiras  
Codirector: Joan J. Queralt

**NATALIA GIRALDO CANO**

BARCELONA, 2022





Fernando Botero. Pintor y escultor colombiano. Exposición sobre las torturas en Abu Ghraib. Washington, 2007



A mi familia,

A Rodrigo,

Y a todas las personas que -desde ambos lados del Atlántico- me acompañaron de diferentes maneras en este proceso.

A todos hoy les digo:

Esta tesis es tan mía, como vuestra.



## AGRADECIMIENTOS

El proceso de elaboración de esta tesis fue mucho más duro de lo que algún día pude llegar a imaginar, pero afortunadamente, siempre estuve rodeada de personas maravillosas que me apoyaron y alentaron a continuar.

Agradezco especialmente a mi familia, mi pilar, mi sustento, la sonrisa que sí dibuja en sus rostros hace que todo este esfuerzo, aún desde la distancia, valga verdaderamente la pena.

Agradezco a Tamara, Iván, y Samí, mi familia en Barcelona. Y a Carolina, Maurício y Emanuel, quienes llegaron para ampliar nuestro núcleo familiar.

Agradezco a Alejandro, por su agradable compañía y siempre sabias palabras.

Agradezco a Vanessa, Milena y Carolina -mis amigas de toda la vida- por estar siempre presentes, pese a mis enormes ausencias. Y a Jazmín y Wendoly, los bonitos regalos que la vida ha puesto en mi camino. Y a todas las personas maravillosas que Barcelona me ha permitido conocer, y que han tocado mi vida de diferentes maneras, Omar, Álvaro, Graciela, Laura, Lizeth, Sírey, María José ...

Todo este proceso de investigación, que hoy culmina con una tesis doctoral, empezó hace más de diez años, de la mano de Juan David Posada y el Semillero de Derecho Penitenciario en la UdeA, a cada uno de ellos agradezco por los enormes aprendizajes. También al OSPDH en general, y al SIRECOVI en particular, por permitirme crecer como investigadora, y acercarme a la realidad carcelaria de Cataluña. Y, asimismo, al grupo de investigación sobre libertad de expresión por acogerme en el equipo.

Agradezco a Damían Zaith y a Cristian Guardia, por acogerme en Holanda y en Colombia, en sus respectivos centros de investigación.

Agradezco a Iñaki Rivera, por su larga lucha en la defensa de los derechos humanos, inspiración para muchas generaciones en España y Latinoamérica.

Y a Joan Queralt, por todo el apoyo y confianza depositada en mí, durante todo este proceso.

Finalmente, agradezco a Rodrigo, quien después de tantos años juntos, sigue siendo el mejor compañero que puedo tener. Con mucho sacrificio, tuvimos que entender que este no es el final de ninguna etapa, por el contrario, es apenas el comienzo, pero ese camino que queda por delante, lo quiero recorrer contigo.

Barcelona, 13 de enero de 2022

## RESUMEN

Esta investigación examina la órbita de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en el contexto colombiano desde la perspectiva del derecho penal humano y desde el garantismo radical. El análisis parte de la premisa de que al interior de las prisiones no puede haber un respeto efectivo de los derechos humanos debido a que este solo puede plantearse desde el plano prescriptivo, es decir, desde la 'cárcel legal', ya que desde las condiciones materiales de la 'cárcel real' es imposible garantizarlo. El trabajo cuestiona cómo algunos lineamientos jurisprudenciales y el enfoque de la Política criminal han contribuido al aumento exponencial de la población carcelaria y a la violación masiva de derechos humanos al interior de las prisiones. Se estudia la posible tendencia al encarcelamiento masivo en el país y se presentan estrategias de reducción del uso de la cárcel a partir de una política de descarceración basada en el garantismo radical.

**Palabras clave:** Descarceración, garantismo radical, política criminal, encarcelamiento masivo

## RESUM

Aquesta recerca examina l'òrbita dels drets humans de les persones privades de la llibertat en el context colombià des de la perspectiva del dret penal humà i des del garantisme radical. L'anàlisi parteix de la premissa que a l'interior de les presons no pot haver-hi un respecte efectiu dels drets humans pel fet que aquest només pot plantejar-se des del pla prescriptiu, és a dir, des de la 'presó legal', ja que des de les condicions materials de la 'presó real' és impossible garantir-lo. El treball qüestiona com alguns lineaments jurisprudencials i l'enfocament de la Política criminal han contribuït a l'augment exponencial de la població carcerària i a la violació massiva de drets humans a l'interior de les presons. S'estudia la possible tendència a l'empresonament massiu al país i es presenten estratègies de reducció de l'ús de la presó a partir d'una política de descarceració basada en el garantisme radical.

**Paraules clau:** Descarceració, garantisme radical, política criminal, empresonament massiu

## **ABSTRACT**

This research examines the extent of the human rights of individuals deprived of liberty in the Colombian context from the perspective of human criminal law and of radical guarantism. The analysis starts from the premise that there cannot be an effective respect for human rights inside prisons, since this can only be approached from the prescriptive level, i.e., from the 'legal prison', given that it is impossible to guarantee it from the material conditions of the 'real prison'. This work questions how some jurisprudential guidelines and the criminal policy approach have contributed to the exponential increase of the prison population and the massive violation of human rights inside prisons. We furthermore study the possible tendency to mass incarceration in the country and present strategies to reduce the use of prisons based on a policy of decarceration according to radical guarantism.

**Key words:** Decarceration, Radical Guarantism, Criminal Policy, Mass Incarceration

## TABLA DE CONTENIDO

<b>Introducción .....</b>	<b>7</b>
<b>Categorización del campo del control del crimen en Colombia .....</b>	<b>14</b>
Debilidad institucional .....	14
El liberalismo autoritario.....	15
El Derecho penal de guerra .....	18
<b>El debate entre abolicionismo y garantismo .....</b>	<b>19</b>

### CAPÍTULO I:

#### LA CONSOLIDACIÓN DE UNA POLÍTICA CRIMINAL INCONSTITUCIONAL

<b>I. El concepto de Política Criminal .....</b>	<b>29</b>
<b>II. La Política criminal minimalista y democrática de Alberto Binder.....</b>	<b>33</b>
<b>III. Definición constitucional de Política Criminal .....</b>	<b>36</b>
<b>IV. La Política Criminal y su relación con las fases de criminalización ...</b>	<b>38</b>
Fase de “criminalización primaria” .....	39
Fase de “criminalización secundaria”.....	43
Fase de “criminalización terciaria” .....	45
<b>V. Enfoque del Plan Nacional de Política criminal 2021 – 2025.....</b>	<b>47</b>
1. Prioridades del Plan Nacional de Política criminal .....	49
<b>Consideraciones previas.....</b>	<b>56</b>

## CAPÍTULO II

### EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y CARCELARIA EN COLOMBIA. ANÁLISIS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

<b>I. Del abandono a la expansión del sistema carcelario. El primer ‘estado de cosas inconstitucionales’. Análisis de la sentencia t-153 de 1998.....</b>	<b>59</b>
1. El hacinamiento carcelario desde una perspectiva histórica ....	59
2. Expansionismo del sistema penitenciario en Colombia .....	69
3. Fundamentos de la Nueva Cultura Penitenciaria .....	72
4. Consolidación de la Nueva Cultura Penitenciaria a través de los documentos del Consejo Nacional de Planeación –CONPES-.....	73
5. Discursos que legitiman la violación masiva de derechos fundamentales en las cárceles de la nueva cultura penitenciaria .....	84
6. Las cárceles de la Nueva Cultura Penitenciaria como zonas de <i>no-derecho</i> .....	91
<b>II. El estado de emergencia penitenciaria. Análisis de la Sentencia T-388 de 2013.....</b>	<b>104</b>
1. El nuevo <i>estado de cosas inconstitucionales</i> .....	106
2. Reglas de equilibrio o de equilibrio decreciente .....	113
3. Principales órdenes y disposiciones .....	115
<b>III. Una política criminal inconstitucional. Análisis de la Sentencia T-762 de 2015 .....</b>	<b>117</b>
1. Estándar constitucional mínimo que debe cumplir una política criminal respetuosa de los derechos humanos .....	118
2. Principales órdenes y disposiciones .....	122
<b>IV. Consideraciones previas.....</b>	<b>131</b>

## CAPÍTULO III

### LA ERA DEL ENCARCELAMIENTO MASIVO

<b>I. El encarcelamiento masivo en Estados Unidos y sus componentes</b>	<b>135</b>
1. El racismo estructural presente en toda la historia de los Estados Unidos.....	141
2. La guerra contra las drogas y su repercusión en el encarcelamiento masivo de Estados Unidos .....	146
<b>II. Juicio al encarcelamiento masivo .....</b>	<b>148</b>
1. Jueces y prisión en Estados Unidos .....	149
2. Jueces y prisión en América Latina.....	152
<b>III. El modelo carcelario estadounidense y su exportación al mundo ...</b>	<b>155</b>
<b>IV. Antecedentes de la privatización carcelaria .....</b>	<b>159</b>
1. Argumentos a favor y en contra de la privatización carcelaria	161
2. La privatización carcelaria y su recepción en Latinoamérica .	167
3. La apertura a la privatización carcelaria en Colombia.....	170
<b>V. Consideraciones previas.....</b>	<b>173</b>

## CAPÍTULO IV

### CONTEXTO ACTUAL DEL SISTEMA CARCELARIO EN COLOMBIA Y SU TENDENCIA AL ENCARCELAMIENTO MASIVO

<b>I. Contexto Penitenciario .....</b>	<b>177</b>
<b>II. La cárcel durante la pandemia.....</b>	<b>189</b>
<b>III. ¿Se puede hablar de encarcelamiento masivo en Colombia? .....</b>	<b>199</b>
1. Estado penal y neoliberalismo en Colombia .....	202

2.	Castigo y exclusión social .....	208
3.	Colombia: Entre populismo punitivo y populismo hobbesiano	214
4.	Tendencia al endurecimiento punitivo en Colombia .....	224
<b>IV.</b>	<b>Políticas de des-carcelación frente al encarcelamiento masivo.....</b>	<b>248</b>
<b>V.</b>	<b>Consideraciones previas.....</b>	<b>262</b>

## **CAPÍTULO V**

### **OBLIGACIONES DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LA TORTURA AL INTERIOR DE LAS PRISIONES**

<b>I.</b>	<b>Sistema Universal de Derechos Humanos .....</b>	<b>270</b>
1.	Declaración Universal de Derechos Humanos.....	270
2.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .....	271
3.	Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos y la prevención de la delincuencia .....	272
4.	Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión .....	277
5.	Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes.....	278
6.	Protocolo de Estambul .....	283
7.	El Relator Especial sobre la cuestión de la tortura.....	284
8.	Otros instrumentos internacionales que se relacionan con los derechos humanos de las personas privadas de libertad .....	285
<b>II.</b>	<b>Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos .....</b>	<b>286</b>
1.	Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre . .....	289
2.	Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	290

3.	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura .....	291
4.	Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas .....	293
5.	Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad.....	294
6.	Otros instrumentos interamericanos que se relacionan con los derechos humanos de las personas privadas de libertad.....	296
<b>III.</b>	<b>Jurisprudencia de la Corte IDH sobre el derecho de las personas privadas de libertad a no ser sometidas a Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes .....</b>	<b>297</b>
<b>IV.</b>	<b>Prohibición constitucional y tipificación legal de la tortura .....</b>	<b>320</b>
<b>V.</b>	<b>La negativa del estado colombiano para ratificar el OPCAT .....</b>	<b>323</b>
<b>VI.</b>	<b>Informes y Recomendaciones de los Organismos Internacionales sobre la situación de tortura en los Centros de Reclusión de Colombia .....</b>	<b>327</b>
1.	Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas .....	327
2.	Informes Periódicos del Comité contra la tortura -CAT- sobre el Estado colombiano .....	329
<b>VII.</b>	<b>Organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la prevención y denuncia de la tortura en Colombia. ....</b>	<b>338</b>
<b>VIII.</b>	<b>Consideraciones previas.....</b>	<b>345</b>
	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>347</b>
	<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>355</b>
	<b>ANEXOS.....</b>	<b>373</b>

## Índice de Gráficos y Tablas

pág.

<b>Gráfico 1:</b> Personas privadas de la libertad. 1938-1956	<b>55</b>
<b>Gráfico 2:</b> Personas privadas de la libertad. 1957 – 1975	<b>56</b>
<b>Gráfico 3:</b> Personas privadas de la libertad. 1976 – 1994	<b>57</b>
<b>Gráfico 4:</b> Crecimiento población penitenciaria. 2002 – 2010	<b>70</b>
<b>Gráfico 5:</b> Cupos carcelarios creados bajo la Nueva Cultura Penitenciaria	<b>74</b>
<b>Gráfico 6:</b> Crecimiento población penitenciaria. 2010 – 2018	<b>76</b>
<b>Gráfico 7:</b> Población penitenciaria a nivel mundial. 2019	<b>130</b>
<b>Gráfico 8:</b> Evolución de la tasa de encarcelamiento en Estados Unidos, 1940 — 2018	<b>132</b>
<b>Gráfico 9:</b> Tasa de encarcelamiento en Suramérica, 2000 – 2018	<b>151</b>
<b>Gráfico 10:</b> Tasa de encarcelamiento de EE.UU y países de Latinoamérica, 2000 – 2018	<b>152</b>
<b>Gráfico 11:</b> Evolución de la población privada de la libertad en Colombia. 1998 – 2019	<b>173</b>
<b>Gráfico 12:</b> Tasa de hacinamiento carcelario en Colombia. 1998 – 2019	<b>174</b>
<b>Gráfico 13:</b> Aumento de la capacidad carcelaria en Colombia. 1998-2019	<b>175</b>
<b>Gráfico 14:</b> Evolución de la tasa de encarcelamiento en Colombia. 2000 – 2018	<b>176</b>
<b>Gráfico 15:</b> Tasa de encarcelamiento en Colombia. PPL intramural + extramural	<b>178</b>
<b>Gráfico 16:</b> Sindicados vs. Condenados 2015 – 2019	<b>179</b>
<b>Gráfico 17:</b> Personas privadas de la libertad según el sexo. 2019	<b>180</b>
<b>Gráfico 18 y 19:</b> Principal modalidad delictiva en hombres y mujeres. 2019	<b>181</b>
<b>Gráfico 20:</b> Nivel académico de la población privada de la libertad. 2019	<b>182</b>
<b>Gráfico 21:</b> Rango etario de la población privada de la libertad. 2019	<b>183</b>
<b>Gráfico 22:</b> Evolución de la población privada de la libertad enero 2020 - noviembre 2021	<b>191</b>
<b>Gráfico 23:</b> Evolución del hacinamiento carcelario enero 2020 - noviembre 2021	<b>192</b>
<b>Gráfico 24:</b> Índice de GINI en los países de América latina. 2019	<b>203</b>
<b>Gráfico 25:</b> Tasa de incidencia de la pobreza (%), sobre la base de la línea de la pobreza nacional en Latinoamérica, 2019	<b>204</b>
<b>Tabla 2:</b> Incrementos punitivos de las leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y 1121 de 2000	<b>232</b>
<b>Tabla 3:</b> Incrementos punitivos de las leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y 1142 de 2007	<b>234</b>
<b>Tabla 4:</b> Incrementos punitivos de las leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y Ley 1220 de 2008	<b>235</b>
<b>Tabla 5:</b> Incrementos punitivos de las leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y 1236 de 2008	<b>236</b>

## INTRODUCCIÓN

El sistema penal colombiano se encuentra circunscrito, desde lo formal, a un modelo garantista encaminado a la protección de los derechos humanos, no obstante, a partir de las políticas de marcado tinte autoritario que rigen el país, materialmente es propenso a la limitación de derechos en el marco de los discursos de la eficiencia y la seguridad. Esta confrontación de modelos ha dado lugar a cuerpos normativos ambivalentes y a que, desde las diferentes instituciones del Estado, se implementen unas políticas que se caracterizan por su fragmentariedad, desconectadas unas de otras y, no en pocos casos, contradictorias entre sí; prevaleciendo en ellas, en todo caso, la tendencia general hacia las vertientes más represivas y restrictivas de los derechos y libertades.

En el marco de esta tensión de enfoques, en el país se ha ejecutado una Política criminal que ha instituido el sistema punitivo como herramienta preponderante al momento de dar respuesta a los problemas de carácter social; además, al adoptar una orientación reactiva ha terminado por apartarse de los principios minimalistas del Derecho penal e, incluso, de los principios que deben regir el Estado democrático de derecho.

Estas condiciones han contribuido a un acelerado proceso de crecimiento carcelario, lo cual se ha traducido en un permanente estado de crisis del sistema carcelario que el país viene arrastrando hace tres décadas. Esta situación ha conducido a elevados índices de hacinamiento en los centros carcelarios y a la sistemática violación de derechos humanos de las personas privadas de la libertad, fenómenos que se han intensificados a través del tiempo con el surgimiento de lo que se podría considerar una tendencia hacia el encarcelamiento masivo.

Desatendiendo los factores estructurales que han desencadenado la permanente crisis, la respuesta institucional se ha enfocado en la

construcción de establecimientos penitenciarios y carcelarios, espacios que, siguiendo a PAVARINI (2009) se han constituido como *zonas de no-derecho*. Ante esto, el enfoque de la Política criminal, en lugar de contener la crisis, ha sido determinante en la expansión penitenciaria al recurrir de manera preminente a las respuestas punitivas, reproduciendo con ello la violación sistemática de derechos fundamentales al interior de los centros de reclusión. Por su parte, los mandatos emanados de la Corte Constitucional en materia penitenciaria se han enfocado en medidas transitorias que, en lugar de revertir la crisis, la han prolongado en el tiempo.

Ante el expansionismo carcelario que experimenta el país, es imperativo blindar la Política criminal con una estructura de principios y garantías ajustadas de manera irrestricta al respeto de los derechos humanos; además, se deben llevar a cabo estrategias de reducción y superación de la cárcel y que, —en el marco de una Política criminal inspirada por el derecho penal mínimo—, se abogue por despojar a la pena privativa de la libertad de su rol paradigmático a partir del cual se le instituye como pena principal y, en consecuencia limitar su duración y reservarla sólo para las ofensas más graves a los derechos fundamentales (FERRAJOLI, 2016; RIVERA, 2017). Esto resulta urgente debido a que, en las actuales condiciones de segregación y violencia al interior de los centros penitenciarios, es imposible continuar sosteniendo los discursos de resocialización, por tanto, en lugar de continuar circunscribiendo las discusiones en torno a la finalidad de la pena, los esfuerzos se deben encaminar a impedir que ésta se siga constituyendo materialmente en una tortura o tratamientos crueles, degradantes e inhumanos.

Asumiendo desde el quehacer académico los desafíos que plantea la permanente crisis carcelaria de Colombia, esta investigación pone en el centro del análisis el estudio de la evolución de los enfoques de la Política criminal, asimismo como las medidas estructurales y coyunturales que a

partir de ellos se han adoptado, esto con el objetivo de indagar en las repercusiones que se han producido en el ámbito del sistema carcelario, en particular, en las transformaciones que en este se han producido a partir de los procesos de expansión y las consecuentes implicaciones en la órbita de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

Dadas las particularidades económicas, políticas y sociales de los contextos latinoamericanos, es necesario entonces recurrir a autores que, no solo trabajen las realidades específicas, sino que, además, se encuentren inmersos en los contextos en cuestión, inmersión que les permite comprender de cerca la complejidad de los elementos constitutivos de los fenómenos que tienen lugar en estos contextos. Esto, a su vez, conlleva a un proceso decolonial en la relación saber-poder, desmarcando las construcciones académicas de los enfoques teóricos eurocentristas y anglosajones, con el decidido objetivo de explicar Latinoamérica desde Latinoamérica.

Siguiendo esta línea, para el análisis del objeto de estudio y llevar a cabo los propósitos trazados en esta investigación se adopta entonces la perspectiva que ZAFFARONI (2017) denomina “nuestramericana”, en la que se remarca la necesidad de analizar la compleja realidad latinoamericana a partir de autores, modelos, sistemas e interpretaciones propios y no importados de otras latitudes. Siguiendo la propuesta teórica del autor, para la aproximación a la cuestión carcelaria en el contexto colombiano se acoge el concepto de *derecho penal humano*, el cual se fundamenta en una teoría negativa y agnóstica de la pena. Se define como negativa en tanto que no se le asigna ninguna función positiva a la pena y es agnóstica debido a que parte de la premisa de que su función es desconocida.

Desde esta reinterpretación se asume que la tarea fundamental del derecho penal se corresponde con establecer límites al desbocado poder

punitivo del Estado, en otras palabras, su función es impedir que el Estado de derecho se convierta en un Estado de policía. Esto se halla en correspondencia con la premisa fundante que establece el autor de que “todo ser humano es persona”, postulado que guarda una estrecha relación con “el derecho a tener derechos” de HANNA ARENDT (2015). En contrapartida a esta premisa fundamental, el derecho penal inhumano opera mediante la constante fabricación de enemigos, en donde el enemigo se configura como una “no-persona”.

Desde el *derecho penal humano* se pone en discusión, no tanto el concepto de humanidad, sino la potencia y los límites al momento de reconocerle derechos a los humanos y, por tanto, se fundamenta entonces en un derecho que propone hacer de todo rostro humano una persona, un sujeto de derechos inalienables.

Debido al acelerado expansionismo del sistema carcelario colombiano, la construcción teórica de RIVERA (2017) en torno a la reducción de la cárcel resulta especialmente enriquecedora para los propósitos de esta investigación. Para dicha reducción progresiva, el autor plantea la necesidad de ir más allá del modelo garantista, para lo cual propone adoptar un *garantismo radical* que se fundamenta en un diálogo constructivo entre la corriente abolicionista y el modelo garantista de FERRAJOLI (2010) desde el cual se exige un respeto real y efectivo de los derechos de las personas privadas de la libertad.

Es importante aclarar que el *garantismo radical* no busca ‘mejorar’ una institución tan cruel y violenta como lo es la cárcel, pues el autor la considera como un espacio que representa una contradicción en sí misma, una *zona de no-derechos*; por el contrario, invita a pensar cada vez menos en la cárcel, buscando primero estrategias de contención de nuevos ingresos, posteriormente estrategias de reducción, para finalmente

acercarse seriamente al paradigma de la abolición y superación de la pena carcelaria.

Es importante resaltar que, al encontrarnos en el ámbito de las ciencias sociales, y al enfrentarnos a investigaciones propias de la penología crítica y de la sociología del control penal, pero sobre todo por estar investigando temas de vulneraciones graves a los derechos humanos, resulta adecuado en la aproximación a la realidad material del sistema carcelario transitar bajo la luz de la memoria como categoría epistemológica, en tanto que, como razón anamnética permita escuchar las voces del sufrimiento de los vencido que, en este caso son escondidas tras los muros de la prisión (REYES, 1991; RIVERA, 2011).

En este sentido, esta investigación se nutre de informes de la sociedad civil y de instituciones de derechos humanos que dan cuenta de las condiciones materiales de las personas privadas de la libertad y de la sistematicidad en la violación de sus derechos fundamentales, puesto que, resulta más que inapropiado, realizar investigaciones sobre violaciones de derechos humanos ciñendo el foco de análisis exclusivamente a los postulados del 'deber ser' o del derecho formal, dejando de lado con ello el sufrimiento y la degradación humana inherente al sistema carcelario.

Por otra parte, si bien el encarcelamiento masivo se originó en Estados Unidos y el grueso de los estudios sobre el fenómeno giran entorno a su desarrollo en este país, este modelo se ha importado a Latinoamérica adquiriendo sus propias características según las coyunturas y contextos particulares de estos países, convirtiéndose, ahora en un problema de la realidad latinoamericana (ANITUA, 2018).

Esta investigación adopta una metodología cualitativa con el objetivo de analizar la realidad carcelaria colombiana desde un enfoque hermenéutico y, por lo tanto, interpretativo de referentes teóricos, normativos y jurisprudenciales. Se circunscribe espacialmente en el

territorio colombiano y temporalmente en el periodo comprendido entre 1998 y 2020. Para la consecución del objetivo planteado se describen los lineamientos generales de la política criminal del país, contrastando sus efectos con las estadísticas oficiales sobre crecimiento de la población privada de la libertad y los índices de hacinamiento. Para esta tarea se hace uso de la figura del *estado de cosas inconstitucional*, construcción semántica emanada del constitucionalismo colombiano y que se ha replicado en varios países latinoamericanos como Brasil y Perú. Esta figura se constituye en eje transversal de la investigación con el propósito de conocer el estado real de vulneración de los derechos fundamentales al interior de las prisiones.

Se tiene como marco de referencia tres sentencias hito de la Corte Constitucional colombiana, a saber: La sentencia T-153 de 1998, T-388 de 2013, y T-762 de 2015, a través de las cuales se estudia la evolución de la política criminal del país y los diferentes enfoques que esta ha adoptado conforme al gobierno que la ejecuta; asimismo, se abordan las diferentes reformas penales y su repercusión en el aumento de la población carcelaria.

De esta manera, la tesis se divide en cinco grandes capítulos. El Capítulo I se denomina *La consolidación de una Política criminal inconstitucional*. En este capítulo se hace un breve desarrollo histórico sobre la evolución del concepto de Política criminal. Posteriormente se acoge, y se explica la propuesta minimalista y democrática de BINDER y se define constitucionalmente la Política criminal en Colombia y su relación con las fases de criminalización. Para finalizar, se exponen los principales lineamientos del Plan Nacional de Política Criminal para el cuatrienio comprendido entre el 2021 y 2025.

El Capítulo II se denomina *Evolución de la política criminal y carcelaria en Colombia. Análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte*

*Constitucional.* En este capítulo se expone cómo a partir del año 1998, el sistema carcelario en Colombia pasó de una situación de abandono, a la expansión carcelaria, a través del programa de la Nueva Cultura Penitenciaria, y cómo estas cárceles, se han constituido en verdaderas zonas de *no-derecho*. Posteriormente se analiza el estado de emergencia penitenciaria proclamado en el 2013, y cómo la Corte Constitucional, supliendo las falencias del legislativo, se ha visto obligada a contener los elevados índices de hacinamiento, a través de figuras como las reglas de equilibrio o equilibrio decreciente, buscando proteger la dignidad e integridad de las personas privadas de la libertad. Finalmente se hace referencia a la promulgación del estándar mínimo que debe cumplir una Política criminal respetuosa de los derechos humanos, para que, según la Corte, deje de ser concebida como una Política criminal inconstitucional.

El Capítulo III se denomina *La era del encarcelamiento masivo*, en este capítulo se exponen los elementos constitutivos del encarcelamiento masivo en Estados Unidos, como el racismo estructural y la guerra contra las drogas. También se hace referencia al papel de los jueces en contextos de constante crecimiento carcelario, tanto en Estados Unidos como en Latinoamérica. Finalmente se hace referencia a la exportación del fenómeno del encarcelamiento masivo, y de la privatización carcelaria, y cómo estas tendencias han llegado a Colombia.

El capítulo IV se denomina *Contexto actual del sistema carcelario en Colombia y su tendencia al encarcelamiento masivo*. En el cual se explica detalladamente el contexto penitenciario actual, y los efectos particulares de la pandemia del Covid-19, y se cuestiona si en las condiciones particulares del sistema carcelario colombiano, se puede empezar a hablar de encarcelamiento masivo. Para finalizar, se hace una propuesta de des-carcelación para el caso colombiano.

Finalmente, el capítulo V se denomina obligaciones *del Estado colombiano frente a la prevención y sanción de la tortura al interior de las prisiones*. En este capítulo se exponen los principales tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia en materia de tortura, tanto en el sistema Universal de protección de Derechos, como en el Interamericano, y se le da una especial relevancia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de tortura. Finalmente se hace referencia a los informes y recomendaciones de los organismos internacionales de Derechos Humanos y de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la prevención de la tortura.

## **CATEGORIZACIÓN DEL CAMPO DEL CONTROL DEL CRIMEN EN COLOMBIA**

### **DEBILIDAD INSTITUCIONAL**

Tras un prolongado y violento conflicto armado interno, el Estado no ha logrado instituirse como órgano administrador, garante y protector de la sociedad y el territorio, emergiendo y consolidándose, a partir de ello, grupos de autodefensa y organizaciones al margen de la ley (muchas de ellas de carácter transnacional) que han logrado suplir sistemática y estructuralmente la ausencia estatal, imponiendo leyes y costumbres propias del mundo delincuenciales que han llegado a estar firmemente legitimadas por sectores de la sociedad ya que se han relacionado con las necesidades y prácticas más básicas de los individuos, constituyéndose el entorno delictual en el espacio natural de reconocimiento y sociabilización ciudadana.

El Estado como institución de cohesión social ha sido desplazado en muchos sentidos por el sector privado legal e ilegal cuyas fronteras no están claramente delimitadas, generándose con ello altos niveles de corrupción y deslegitimación del Estado y de todo aquello por él instituido.

El conflicto armado interno ha desangrado a la sociedad colombiana que, aunque generalizada y habituada tras décadas de guerra, ha experimentado una flexibilización o laxitud con el uso de la violencia, casi al punto de 'banalizarla' (Arendt), especialmente los grupos más vulnerables de la sociedad, que están más preocupados por sobrevivir, que por las dinámicas propias de la guerra.

Según Sotomayor (2007) la sociedad ha ido incorporando algunas formas de violencia a su funcionamiento, dando lugar a lo que se conoce como una *cultura de la violencia*, que explicaría al menos en parte la preocupante desinstitucionalización de la función penal apreciable en Colombia. En contraposición, en todo caso, a la *cultura del control* a la que se refiere Garland, la cual, es impensable en un contexto como el colombiano, debido a sus enormes particularidades.

El control se extiende a todos los ámbitos sociales y en el contexto penitenciario como espacio primitivo de control social, la vigilancia se intensifica y los mecanismos disciplinarios se endurecen, abriendo paso a prácticas rutinarias de torturas y malos tratos, sacrificando las garantías constitucionales y los derechos fundamentales por la quimera seguridad.

### **EL LIBERALISMO AUTORITARIO**

El *liberalismo autoritario* es un término acuñado por (ITURRALDE) para describir la forma en que el gobierno colombiano promueve los intereses del *statu quo*, por medio de la retórica de la defensa de los derechos y libertades individuales, mientras que excluye de manera violenta a los grupos sociales considerados problemáticos, bien sea porque no están integrados a los mercados financiero y laboral, o porque cuestionan el estado de cosas existente" (2010).

El *liberalismo autoritario* entiende la democracia como una combinación de la economía del mercado con un Estado fuerte, que se apoya en estrategias de control penal para ocuparse de una agitación social generada, en gran parte, por las propias fuerzas de los mercados libres. Por lo tanto, el *liberalismo autoritario* privilegia (a través de medios represivos) el capitalismo y los intereses de las élites económicas y políticas por encima de la igualdad social y la inclusión política.

El *liberalismo autoritario* ha estado presente de manera continua en la mayoría de los países de Latinoamérica, pero muy especialmente en la conformación histórica del sistema penal colombiano, aunque esta no es la única característica que lo identifica, puesto que habría que recurrir también a las diferentes estrategias implementadas, discursos y prácticas que conforman el campo del control del crimen en Colombia.

Las principales transformaciones del campo del control del crimen en Colombia, desde la segunda mitad del siglo XX, hasta la actualidad, siguiendo la obra de (ARIZA & ITURRALDE, 2021) son:

El periodo del frente nacional y la amenaza del comunismo: El comunismo era percibido en toda la región como una amenaza a la ley y el orden, y se asociaba directamente con la protesta social, la cual se criminalizó y reprimió fuertemente a lo largo y ancho del país. Esta época de gran conflictividad social se vio irrupida por la conformación del Frente Nacional, que no fue más que un sistema político excluyente en el que las altas élites, se repartieron el poder, dejando por fuera del juego político a los movimientos alternativos de izquierda, permitiendo de esta manera, el afianzamiento de las guerrillas, que fueron fuertemente reprimidas bajo las banderas de las doctrinas de seguridad nacional y del enemigo interno.

Los años ochenta. La guerra contra las drogas: Los gobiernos de Colombia y Estados Unidos se unieron para acabar con el narcotráfico, al

cual identificaban como una amenaza a la seguridad nacional de ambos países. Esta interpretación del narcotráfico como una cuestión penal y al mismo tiempo como un asunto de seguridad nacional, condujo a la retórica de la guerra contra las drogas y la consiguiente agrupación de las tecnologías penales y militares para combatir el problema.

Los años noventa. La democratización, el neoliberalismo y la consolidación del liberalismo autoritario: A la enorme represión desplegada por los gobiernos de Virgilio Barco (1986-1990) y Cesar Gaviria (1990-1994) con el auspicio del gobierno de los Estados Unidos, deben sumarse las políticas de flexibilización laboral y libre mercado, que dejaron a la sociedad colombiana imbuida, no solo en la pobreza y el desempleo con unos altos índices de desigualdad, sino, además, en medio de una guerra contra el narcotráfico y en un conflicto armado interno que se prolongó por más de tres décadas. A su vez el fenómeno del paramilitarismo, enraizado en la sociedad colombiana desde hace mucho tiempo, cobra fuerza en esta época, gracias al apoyo, no solo de narcotraficantes y terratenientes, sino también de sectores del ejército y de la policía.

El liberalismo autoritario en el nuevo milenio: Los gobiernos de las últimas décadas, aunque provienen de sectores políticos diversos, siempre contaron con el apoyo del gobierno de los Estados Unidos, y buscaron, ante todo, la protección de la inversión extranjera, y el crecimiento económico, que favoreció sobre todo una minoría de la población.

El “plan Colombia” de Pastrana, se proponía luchar contra el narcotráfico, la “Seguridad Democrática” de Uribe quería derrotar el terrorismo (la insurgencia guerrillera), la “Prosperidad Democrática” de Santos buscaba un acuerdo de paz con la guerrilla, y mantener los logros en materia de seguridad ciudadana del anterior gobierno, y la “Política de

defensa y seguridad para la legalidad, el emprendimiento y la equidad” como se denomina el plan de seguridad del actual gobierno del presidente Duque, si bien no tiene una ruta clara, ni cumple con los principios de una verdadera política pública, se propone reestablecer el principio de autoridad y defensa de la legalidad

Se puede evidenciar, por lo tanto, como las diferentes políticas de seguridad se solapan con la política criminal, lo cual pone de manifiesto, una legislación, tanto represiva como selectiva, a través de la configuración de los diferentes ‘enemigos públicos’ los cuales dependen, del momento histórico, la coyuntura política, los intereses económicos, y las directrices del gobierno de los Estados Unidos.

La forma en que las distintas administraciones colombianas han manejado tradicionalmente el problema de la criminalidad evidencia, en palabras de ITURRALDE, un estilo de gobierno que FOUCAULT denomina ‘gubernamentalidad’ que es una forma específica de economía del poder por medio de la cual se ejerce vigilancia y control sobre las personas a través de una nueva gama de tácticas y técnicas de poder, cuyo objeto es el cuerpo, el cual debe hacerse dócil y productivo, y la prisión es la forma emblemática de disciplina de las sociedades contemporáneas, donde los aparatos de seguridad del Estado ocupan un lugar fundamental. El castigo es ejercido así, como una táctica política, una tecnología política del cuerpo (1977).

## **EL DERECHO PENAL DE GUERRA**

Si bien en Colombia, el conflicto armado interno, terminó oficialmente en el año 2016 con la firma de los Acuerdos de Paz en la Habana, las consecuencias de tantos años de guerra y violencia se siguen viendo hasta la actualidad, más aún, cuando el actual gobierno ha incumplido de manera sistemática dichos acuerdos, intensificando la

deslegitimación del Estado, y permitiendo un paulatino rearme de la violencia.

Una de esas grandes consecuencias, según SOTOMAYOR, ha sido la coexistencia del conflicto armado interno, con el modelo constitucional del Estado social de derecho, en donde en muchas ocasiones pareciera que predomina la guerra, y no el Estado (2007).

Según este autor, en Colombia el derecho penal es usado como un instrumento de guerra o en el mejor de los casos como expresión de los desesperados intentos estatales de lograr a toda costa el monopolio de la coacción, lo que explica la permanente tendencia a establecer excepciones a las garantías constitucionales. En otras palabras, el derecho penal en Colombia es un arma de guerra —y en tal sentido es un derecho ilegítimo— que, como todas, se utiliza para aniquilar o en todo caso vencer al adversario; el sometimiento del enemigo se convierte en el principal objetivo, o lo que es lo mismo, se convierte la paz, en un objetivo del derecho penal, surgiendo algo que podría denominarse como un “derecho del conflicto armado interno” a través de la integración de teorías como el Derecho penal del enemigo, y de la justicia penal de excepción, que se normalizó, al convertirla en parte integral del sistema de Justicia penal ordinaria.

### **EL DEBATE ENTRE ABOLICIONISMO Y GARANTISMO**

Se conoce como precursores del movimiento abolicionista a el holandés LOUK HULSMAN (1923-2009) y a los noruegos THOMAS MATHIESEN (1933-2021) y NILS CHRISTIE (1928-2015), aunque dicho concepto se retoma de los movimientos abolicionistas de la esclavitud, y de la pena de muerte (POSTAY, 2012, ANITUA, 2012, RIVERA, 2012), y surge como

necesidad de trascender a las posiciones criminológicas de la época, es decir, a la teoría del etiquetamiento y la criminología crítica.

Existen pues, abolicionismos moderados, que pretenden la eliminación de algunas partes del sistema penal, como la pena de prisión o la pena de muerte, o abolicionismos radicales, que pretenden la abolición total del sistema penal y de cada una de las instituciones que lo conforman. De igual manera, hay autores que van más allá y lo que proponen es la abolición de la cultura del castigo. LARRAURI (1991) nos recuerda que el ala más derecha del abolicionismo se agruparía alrededor del realismo de izquierda y la más jurídica alrededor del minimalismo penal o garantismo.

Las críticas de MATHIESEN (2003) a la cárcel, de CHRISTIE (2004) al proceso penal y de HULSMAN (1984) al sistema penal en su conjunto, constituyen el eje central del abolicionismo contemporáneo, no obstante, según ANITUA (2012) existen muchos otros autores que hicieron aportes bastantes diferentes, como Steinert y Scheerer, que realizaban una criminología en abierta disputa con un pensamiento que decía regresar al “sentido común” de acuerdo con un discutible “realismo”. Estos autores contestaban diciendo que el “delito” tiene poco de entidad real y que, sin embargo, sí hay realidades que pueden ocasionar dolor, problemas, conflictos y riesgos. Pero reducir esas múltiples realidades a un nombre común, como delito, es negarlas bajo una concepción mitológica. El sistema penal, en vez de solucionar esos problemas los amplía con otros nuevos. Habrá que dejar de ocultar los problemas bajo las etiquetas que el sistema penal proporciona y pensar en soluciones con la participación de todos los involucrados (pág. 16).

Teniendo presente que el abolicionismo penal ha sido desarrollado principalmente por hombres, blancos, europeos y de origen escandinavo en su mayoría, es decir que sus principales críticas surgieron para

realidades y contextos muy diferentes, pues la historia de este margen del mundo tiene unas particularidades que requieren explicaciones históricas diferenciadas y matizadas, por lo tanto se acuñará el término de *abolicionismo decolonial* en contraposición a las propuestas hegemónicas de los *abolicionismos europeos* (GÓMEZ & GÓMEZ, 2018). Al margen de la evolución cronológica de los abolicionismos europeos, en Latinoamérica varios autores han cuestionado las ideas abolicionistas del viejo continente con nuevas razones y perspectivas para abolir del castigo.

Para BOVINO (1999) el buen abolicionista construye una propuesta alternativa a la política criminal, y no una política criminal alternativa. El buen abolicionista, que existe en la misma medida en que existe el delito, es aquel que tiene como objeto de estudio el sistema penal, y como objetivo, la destrucción de su objeto de estudio. Y este ánimo de eliminar su objeto de estudio es la única circunstancia que lo define. Pensar que el abolicionismo es una teoría coherente, sistemática y acabada es incurrir en un error. Hay tantos fundamentos y desarrollos a favor de la abolición del sistema de justicia penal como abolicionistas hay en este mundo.

Para GÓMEZ (2008) basta con dejar de lado los discursos criminológicos dominantes y debatir democráticamente políticas públicas distintas a la cárcel, para pensar y actuar de otro modo.

En palabras de PASSETTI (2012) el abolicionismo penal se define como una práctica libertaria que se interesa en la extinción de la cultura punitiva de la venganza, el juzgamiento, el resentimiento y la prisión. Lo que hace es problematizar la lógica y la selectividad sociopolítica del sistema penal moderno donde no solo se naturaliza el castigo y se universaliza el derecho, sino que se evidencia la ineficacia de las prisiones. El abolicionismo, plantea y propone nuevas prácticas donde se traten las infracciones como situaciones-problema y que se considere cada caso de manera singular, dejando de lado la aplicación general de las penas.

BAILONE (2012) concibe el abolicionismo como la impugnación final y total del sistema punitivo. Sostiene que los postulados teóricos producen una “dialéctica negativa” del pensamiento criminológico, se intenta entonces de que ya no se enfoque el interés en las causas del delito, sino que se acentúe en buscar alternativas a la criminalización.

Según POSTAY, para el abolicionismo penal no basta luchar por mejorar las condiciones de detención, tampoco reivindicar derechos individuales de las personas en contextos de encierro y mucho menos, sugerir las bondades parciales del ejercicio punitivo. El abolicionismo penal no es derecho penal mínimo, realismo de izquierda, criminología cultural o garantismo. No obstante, a renglón seguido, el declarado autor abolicionista, manifiesta que el mismo, debe ser puesto necesariamente en crisis, ya que se ha limitado su análisis al aparato represivo institucional, olvidando que la vocación punitiva de cualquier autoridad se construye en el marco de intereses políticos y económicos determinados. Y a su vez, carece absolutamente de una suerte de contextualización regional de la problemática entorno a la “cuestión criminal”. Explica el sistema penal desde una perspectiva eurocentrista ciega. Generaliza. Olvida que América Latina, África o Asia tienen realidades punitivas que les son propias, y de esta manera su atención y aplicación se resigna a los límites escandinavos de donde surgió. Finalmente, citando a GARCÍA MÉNDEZ (1986) se le reclama al abolicionismo una vinculación práctica con la dimensión política, lo que genera como consecuencia directa, la consagración del abolicionismo penal como un movimiento político abstracto, cerrado, dogmático, y como tal, condenado al fracaso. El panorama actual para el abolicionismo penal es bastante similar a la nada misma, y es por eso por lo que, los primeros pasos de cualquier política “no punitiva” deben apuntar a visibilizar el abolicionismo, de ahí radica su importancia actual. (2012, pp. XV-XX).

Quizá uno de los principales problemas que enfrentan los postulados abolicionistas, según GONZÁLEZ, es que con frecuencia se ven instrumentalizados para expandir, fortalecer y relegitimar el derecho penal (2015, pág. 63). Al constatarse la facilidad con que los movimientos progresistas recurren al derecho penal. Grupos de derechos humanos, de antirracistas, de mujeres, de trabajadores, reclamaban la introducción de nuevos tipos penales; movimientos feministas exigen la introducción de nuevos delitos y mayores penas para los delitos contra las mujeres; los ecologistas reivindican la creación de nuevos tipos penales y la aplicación de los existentes para proteger el medio ambiente; los movimientos antirracistas piden que se eleve a la categoría de delito el trato discriminatorio; los sindicatos de trabajadores piden que se penalice la infracción a las leyes laborales y los delitos económicos de cuello blanco; las asociaciones contra la tortura, después de criticar las condiciones de existencia en las cárceles, reclaman condenas de cárcel más largas para el delito de tortura (LARRAURI, 1991, pág. 217).

Por su parte, FERRAJOLI, como máximo exponente del garantismo, afirma que, garantismo y derecho penal mínimo, son en efecto términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de Derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva tanto en la previsión legal de los delitos, como en su comprobación judicial, sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona. Por lo que respecta al delito, estos límites son las garantías penales sustanciales: desde el principio de estricta legalidad o taxatividad, de los hechos punibles a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al proceso, se corresponden con las garantías procesales y orgánicas: la contradictoriedad, la paridad entre acusación y defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa la magistratura y el principio del

juez natural. Así, pues, mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, osea reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, osea a reducir al máximo sus márgenes arbitro (2010, pág. 193).

Tanto la postura abolicionista, como la garantista, tienen un factor en común: no conciben la cárcel como forma de castigo, frente a lo cual plantean medidas alternativas o sustitutivas. Por un lado, la primera plantea la eliminación del sistema penal, ya sea de forma parcial o total, mientras que la segunda, también apuntando a la abolición, entiende que se trata de un proceso no solo complejo, sino que llevaría mucho tiempo en ejecutarse, por lo cual propone, que mientras el objetivo se cumple, se garanticen las condiciones de vida digna, y se respeten los derechos de quienes hoy purgan una pena en condiciones degradantes, lo cual es abiertamente contrario a las propuestas de reforma del sistema penal.

ZAFFARONI (2012) manifiesta que el abolicionismo lleva razón en cuanto a la irracionalidad del poder punitivo, aunque no es posible afirmar ni pedir su eliminación en forma inmediata, pues para ello habría que eliminar antes la razón de su existencia en nuestra civilización: la venganza. Ninguna legitimación del poder punitivo es posible en términos racionales, porque el fondo de dicho poder es la venganza y esta nunca puede ser racional. Entonces, bajo la premisa de que el abolicionismo propone una sociedad sin poder punitivo, el derecho penal liberal no puede debatirle, ni discutirle, porque ella no es penal ni criminológica. Sea cual sea la posición que se sostenga respecto a ello, nos propone directamente un modelo cultural, civilizatorio, totalmente diferente al del mundo en que hoy se vive.

Es por ello, que ZAFFARONI argumenta que se pueden generar alianzas estratégicas entre medidas transicionales y el horizonte rector del abolicionismo como una opción a considerar.

Sobre el debate entre abolicionismo y garantismo, FERRAJOLI (2016) manifiesta abiertamente su rechazo a lo que denomina utopía regresiva de la propuesta abolicionista de una total superación del derecho penal y de la pena. Es necesario distinguir la cuestión de la (posible y auspiable) superación de la cárcel o cuando menos de su centralidad en el sistema de sanciones penales, de aquella (no auspiable) superación de la pena. Entendiendo la pena como una segunda violencia – institucionalizada y organizada- que se añade a la violencia del delito. Pero es una violencia que se justifica como una garantía esencial: como la alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia. En síntesis: en tanto que existan ofensas criminales y reacciones punitivas a tales agresiones y mientras exista también la posibilidad de que alguno use su mano contra el cuerpo de una persona con fines punitivos, esta reacción también punitiva debe ser regulada por el derecho, como garantía de la inmunidad de la persona a fin de evitar excesos arbitrarios.

Para el autor, la cárcel, equivale a una contradicción institucional. Es una institución creada por la ley en la cual debe desenvolverse el propio gobierno de las personas. Es un lugar confiado al control total del Estado, pero en cuyo interior no rigen controles ni reglas sino sobre todo la ley del más fuerte. Es una institución pública dirigida a la custodia de los ciudadanos pero que no logra garantizar los derechos fundamentales más elementales, empezando por el derecho a la vida. Genera una vida completamente artificial, producida por el derecho pero que, en su interior, de hecho, reproduce el Estado de naturaleza, sin reglas y sin derecho, donde sobrevive el *homo homini lupus* y donde a la máxima seguridad externa le acompaña la máxima inseguridad interna.

En así como FERRAJOLI (2016) invita a dar un verdadero salto de civilización, al asumir como prospectiva a largo término la progresiva superación de la cárcel y, mientras tanto, despojar la reclusión de su actual

rol de pena principal y paradigmática, limitando drásticamente la duración y reservándolo sólo a las ofensas más graves a los derechos fundamentales (como la vida y la integridad personal), los cuales sólo justifican la privación de libertad personal la cual es, también, un derecho fundamental constitucionalmente garantizado.

Por su parte RIVERA (2017), sitúa su obra en los pliegues de la dialéctica entre garantismo y abolicionismo en el particular universo carcelario, como paradigmas frente al panpenalismo que invade la escena contemporánea. En el diálogo entre ambos modelos, apuesta por un *garantismo radical* en el sentido de tomarse en serio los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y a partir de ello, trazar un programa de des-carcelación constante.

Ya que como lo señalaban BERGALLI & RIVERA (2012) en el libro Louk Hulsman: ¿qué queda de los abolicionismos? desde la óptica exclusiva del respeto a los derechos humanos, la institución carcelaria no es admisible si, “enserio”, semejantes derechos quieren ser considerados.

Este es el escenario en el que se sitúa la presente investigación, que promueve la paulatina superación de la cárcel, pero que mientras se cumple el objetivo, apuesta por un *garantismo radical*, en el sentido de minimizar la violencia punitiva, y respetar los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

Por lo tanto, es a todas luces reprochable que, a pesar de las evidentes condiciones infrahumanas en que se ejecuta la pena de privación de libertad en Colombia, el debate aún gire en torno a la disyuntiva de *¿Reformar o abolir el sistema penal?* (ARIAS, 2015), ya que mientras se transita el largo camino hacia la deseable —y quizás poco probable ‘abolición’— siguen existiendo cuerpos que soportan en carne

propia, la más cruda degradación de sus derechos, cuya defensa y garantía, está lejos de legitimar o reformar el propio sistema.

Por último, ZAFFARONI (2012) plantea que, desde el derecho penal de garantías, como elemento consustancial al Estado de derecho, debemos agradecer al abolicionismo el desafío que nos revela un enorme y muy antiguo error táctico: no debemos legitimar en ninguna medida al poder punitivo; llevan razón los abolicionistas acerca de su esencial irracionalidad; lo que debemos legitimar es la función misma de programación limitadora que lleva a cabo el derecho penal. Esta legitimación proviene de la constatación de que el poder punitivo, carente de esa contención jurídica limitadora, acaba con el Estado de derecho y desemboca en masacres y genocidios. Sobre esta base, mucho más sólida que las titubeantes legitimaciones parciales de las gastadas y reiteradas teorías de la pena, será posible refundar un derecho penal liberal mucho más invulnerable a las reversiones y manipulaciones perversas de los discursos autoritarios (pág. XIII).



## **CAPÍTULO I:**

### **LA CONSOLIDACIÓN DE UNA POLÍTICA CRIMINAL INCONSTITUCIONAL**

#### **I. EL CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL**

A lo largo de esta investigación, se intentará mostrar cómo los diferentes enfoques que se le han dado a la Política criminal colombiana han repercutido directamente en el aumento de la población privada de la libertad, manteniendo el sistema penitenciario en una permanente crisis institucional, que genera grandes violaciones de derechos humanos, y que han convertido a la pena de privación de libertad, en sí misma, en un trato cruel, degradante e inhumano.

Es así como, en la “Política de Seguridad Nacional”, la “Política de Seguridad Democrática” o “Política de Seguridad Ciudadana” encontramos un diseño de Política criminal que dentro de sus rasgos característicos recurre con frecuencia a la excepcionalidad penal, a las lógicas de amigo – enemigo, y al uso selectivo de la justicia premial.

Siguiendo a MUÑOZ, se asume que la Política criminal, haciendo referencia exclusivamente a la política de seguridad democrática, pero que perfectamente puede ser extensible a la Política criminal en general, “no es simplemente un conjunto de prescripciones o aspiraciones de prevención, sino un efectivo ejercicio de poder político integrado por prácticas punitivas y discursos que se encuentran en una relación de interdependencia, y donde resulta fundamental el papel desempeñado por la población” (2011, pág. 129).

Al hablar de Política criminal, es necesario reconocer, ante todo, la interdisciplinariedad de saberes que la componen, como el derecho, la ciencia política, la criminología, la sociología y la psicología, las cuales

han contribuido desde sus diferentes saberes a la reflexión acerca de las medidas adecuadas para la solución de la criminalidad (HUERTAS, 2019, pág. 32). Esta heterogeneidad por un lado nutre y enriquece el concepto, pero a la vez funciona como un lastre, porque genera una gran dificultad a la hora de intentar definir el concepto y alcance de la expresión<sup>1</sup>.

Es muy complicado saber quién utilizó por primera vez el término de Política criminal. RIVERA (2011) [2005] citando a JIMÉNEZ DE ASÚA, afirma que sus primeras definiciones se remontan a finales del siglo XVIII, y señala a KLEINSCHROD como el primero que usó el concepto, definiendo la Política criminal como “arte legislativo”. No obstante, estas primeras definiciones carecían de una base sólida, por lo que se señala al alemán FRANZ VON LISZT como el auténtico iniciador, desde el punto de vista científico de la disciplina, quién la define como “el contenido sistemático de principios garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, según los cuales el Estado ha de emprender la lucha contra el crimen, por medio de la pena y de sus institutos penales” debatiéndose, según el autor, entre dos formas estáticas del Derecho penal: la filosofía y la legislación vigente (pág. 25).

A partir de este punto, surgen diferentes autores y concepciones sobre el término de Política criminal, ZIPF (1979) en su obra, recopila una serie de definiciones clásicas y su respectiva evolución en el tiempo: VON HIPPEL (1925) define la Política criminal como “consideración de la eficacia del Derecho penal bajo el criterio de la conveniencia”. Para PETERS (1932) la Política criminal es el “conjunto de la actividad creadora estatal o municipal, dirigida a una configuración adecuada, con la finalidad de prevenir y reducir los delitos y sus efectos”. MEZGER (1942) ve la Política

---

<sup>1</sup> RIVERA (2011) [2005] realiza un completo recorrido cronológico, conceptual y terminológico del término “política”, “política criminal I” y “política penal” con la finalidad de mostrar sus usos, velos ideológicos y de significados guardados tras esas expresiones (págs. 15 - 44).

criminal en sentido amplio como “el conjunto de todas las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito.

La necesidad de situar a la Política criminal en un campo propio dio lugar a la aparición del moderno concepto de Política criminal que, según MIR PUIG, citado en DE SOLA (1983) “se debe a la irrupción de la mentalidad científico-positivista, producto del auge extraordinario que durante el siglo XIX experimentaron las ciencias positivas”. Este fenómeno, que por su parte dio también el impulso definitivo para el desarrollo de la criminología, supuso la puesta en cuestión ‘interna’ de los fundamentos del Derecho penal de la época (pág. 246).

En este punto, nuevamente siguiendo a DE SOLA (1983), debe quedar claro que la Política criminal no puede entenderse simplemente como una visión más o menos renovadora del Derecho penal, pero sin salirse de los márgenes estrictos que este pueda ofrecer, por el contrario, este autor propone una concepción de Política criminal, inscrita en el campo de la política, es decir, que hace referencia al conjunto de actividades del Estado, encaminadas a reducir —ya no a eliminar— la criminalidad. Si bien, el Derecho penal es el instrumento más importante —al menos en apariencia— que se utiliza para combatir la delincuencia, la Política criminal debe ocuparse en una gran medida de buscar los planteamientos más adecuados del mismo, con el fin de lograr la mayor eficiencia en sus cometidos, lo cual, no significa que queden descartados otros recursos jurídicos, políticos y sociales, más allá del Derecho penal en sentido estricto. Por el contrario, siendo el Derecho penal el último recurso al que se permite acudir dentro del esquema del Estado de derecho, para salvaguardar determinados intereses individuales y colectivos, la Política criminal no puede limitarse al análisis de los resultados obtenidos o por obtener, del funcionamiento de las instituciones penales. Más bien su misión estriba en el desarrollo de todas aquellas medidas de política social orientadas a detectar y combatir las causas

individuales y sociales de la delincuencia, cuyo último nivel —el más grave y contundente— lo constituiría la política penal en sentido estricto. Es, pues, la Política criminal la que señala, por una parte, cuándo ha de entrar en juego el Derecho penal y, por otra, cuál debe ser la configuración concreta del mismo para cumplir su función específica en el ámbito de la política social encaminada a luchar contra la criminalidad (pág. 247).

Por su parte, BARATTA (1997) se refería a la Política criminal como un concepto complejo y problemático. Es complejo porque si bien su finalidad es unívoca, es decir, hasta un pasado no muy lejano se le atribuyó la finalidad de controlar y reducir la criminalidad, aunque posteriormente se extendió su campo de acción, al menos potencialmente, al control de las consecuencias del crimen y a su prevención; sus instrumentos son indeterminables, ya que se compone tanto de instrumentos penales como no penales. Los medios utilizados por el instrumento no penal dependen, por su parte, de la variabilidad de la posición teórica adoptada.

En los niveles más bajos de la escala encontramos los modelos de la Criminología administrativa de impronta etiológica aplicables solamente al control de la criminalidad. En los niveles superiores encontramos los modelos de la Criminología etiológica, que se extienden al control de las consecuencias. Los niveles se elevan con los modelos de la Criminología crítica en la medida en que esta recoge el paradigma del “etiquetamiento” o de la reacción social, lo mejora y lo torna adecuado a la aplicación práctica, mientras que al mismo tiempo la finalidad del control se extiende hacia las consecuencias (BARATTA, 1997, pág. 1)

Continúa el autor, afirmando que la Política criminal es también un concepto problemático, “Si de los modelos prácticos más limitados de la Criminología administrativa salimos hacia aquellos más amplios de la Criminología crítica, la riqueza y la variabilidad del instrumental de un control que asume siempre más dimensiones se aproxima a su indeterminación teórica” (pág. 2). En este nivel para distinguir la Política criminal de la política en general debemos recurrir no a la finalidad objetiva

o función social, sino la finalidad subjetiva, es decir, a la intención de los actores que la ponen en obra, o a los recursos institucionales escogidos por tales actores.

Se tiene entonces que la Política criminal, forma parte constitutiva de la política y, por tanto, —como ejercicio de poder— refleja claramente la ideología de quién la ejecuta. Lo que significa que depende de la forma del Estado y del modelo de gobierno implementado, siendo totalmente diferente la Política criminal en un Estado democrático o en un Estado totalitario, o de régimen autoritario.

Es así como se empieza a dar el debate sobre cuáles deben ser los principios limitadores de una Política criminal democrática, surge entonces la propuesta alternativa de una Política criminal garantista o minimalista, siendo los autores italianos sus máximos exponentes (FERRAJOLI, 1986; BARATTA, 1987, 1998, 2000) y en este contexto, según ANITUA (2011) [2005] uno de los principales aciertos consistió en percatarse de que en realidad esa Política criminal propuesta no era una ‘alternativa’ sino que era una derivación lógica de los principios plasmados en la Constitución (pág. 290).

## **II. LA POLÍTICA CRIMINAL MINIMALISTA Y DEMOCRÁTICA DE ALBERTO BINDER**

El derecho penal arrastra desde hace más de un siglo una fuerte indeterminación sobre lo que entiende por Política criminal. Hay quienes consideran a la Política criminal como el ‘deber ser’ del derecho penal, es decir, como el mejor derecho penal posible. Es precisamente esta idea la que se tratará de de-construir en este apartado, según las bases metodológicas para una Política criminal minimalista y democrática de BINDER (2012), quien, de forma totalmente opuesta, entiende la Política criminal como parte de la política pública que se dedica a administrar y

organizar los instrumentos violentos del Estado, cuyo centro indudablemente es el uso de la cárcel.

El autor afirma que, así como es claro que en toda sociedad ha existido el poder, también debería quedar claro que, junto con ese poder, siempre ha habido un uso instrumental de la violencia, es decir, ha existido Política criminal. De esta manera el autor se encarga de dejar claro que la Política criminal no es más que “el uso organizado de la violencia estatal” (pág. 12). Para BINDER, existe una estrecha relación entre poder y violencia, citando a ARENDT afirma que “Toda política es una lucha por el poder: el tipo extremo de la política es la violencia”. La misma autora, cita a WEBER, quién define “El Estado, como el imperio del hombre sobre el hombre, basado en los medios de una violencia legítima o supuestamente ilegítima” (pág. 14).

Administrar esa violencia estatal implica someterla tanto a principios limitadores externos, como internos. Principios limitadores *externos* que protegen la dignidad humana y conforman un sistema de garantías de esa dignidad y de la libertad, y principios limitadores *internos*, que provienen de la misma idea de eficacia y que le ponen un coto a una utilización excesiva, pródiga y sobre todo inútil de la violencia (pág. 226).

De esta manera el autor enuncia los principales principios rectores de la política criminal en los sistemas democráticos, los cuales constituyen a su vez, los límites internos: a) principio de *ultima ratio* (primacía de los instrumentos no violentos); b) principio de mínima intervención (no se debe introducir violencia allí donde no existe); c) principio de no naturalización (la utilización de la violencia no se corresponde “naturalmente” a un tipo de conflicto, rigen razones de eficacia); d) principio economía de la violencia (la utilización del uso de violencia no puede ser rígida, sino que debe ser economizada en todo su desarrollo); e) principio de utilidad (no se puede utilizar violencia ineficaz o inoperante

o que produzca resultados mínimos, menos dañosos que el instrumento) y f) principio de respaldo (la política criminal “ayuda” siempre a otra política que no tiene finalidades propias) (pág. 212).

La propuesta de Política criminal de BINDER, no se sustenta en el paradigma del orden, por el contrario —y de manera excluyente— se fundamenta y hace parte de la política de gestión de la conflictividad. La cual es una de las grandes políticas públicas, así como la política económica o la de educación. Y tiene como finalidad, utilizando las distintas modalidades de intervención (preventiva, disuasiva, reactiva) crear, organizar y mantener el completo sistema institucional de gestión de los conflictos (pág. 238).

Este sistema se crea mediante distintos niveles de intervención, todos ellos orientados a cumplir la misma finalidad, evitar que los conflictos se resuelvan en términos de abuso de poder. Esos niveles se caracterizan por una progresiva participación del Estado, siendo el último de esos niveles, los instrumentos violentos del Estado, es decir, los menos idóneos para lograr esas finalidades.

Por lo tanto, en un contexto democrático, la Política criminal solo puede ser excepcional, minimalista y auto restrictiva, procurando estimular el uso de otros instrumentos, incluso su propia desaparición. En este sentido, la Política criminal se vincula al abolicionismo, no desde la utopía, sino desde el programa concreto y permanente de la auto restricción, lo cual no significa el simple abandono de la intervención en los conflictos, sino su relocalización en otros niveles del sistema general de gestión de conflictos, esta tarea es, por lo tanto, constante y aplicada a sectores particulares según la fortaleza y capacidad de los otros niveles de intervención (pág. 239).

De todas las definiciones estudiadas hasta ahora, destacamos la propuesta de BINDER, ya que no restringe la Política criminal a los límites

marcados por el Derecho penal, sino que la entiende como parte de una política pública —dentro de un Estado social y democrático de derecho— que no busca el orden, en contraposición al ‘caos’ de una sociedad, sino gestionar el conflicto dentro de ella. Y, como política democrática, encuentra sus límites consagrados en la Constitución y, por ende, su aplicación debe ser excepcional, minimalista y debe inclinarse en cada momento, por su auto restricción.

### **III. DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL**

La Constitución política de Colombia no establece una definición propia del concepto Política criminal, como sí lo hace la Corte Constitucional, la cual brinda una definición en sentido amplio del término, sin reducirla al ámbito penal, por el contrario, recurriendo a diferentes áreas, lo cual, en estos tiempos, es de rescatar.

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

hecho constitutivo de una conducta típica. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-646 de 2001).

En esta definición, la Corte hace referencia a diferentes instrumentos para hacer frente a la criminalidad, tanto jurídicos, como el Derecho penal y administrativo, y otros de tipo social, cultural, incluso tecnológicos. Aunque obviamente, el uso de la herramienta del Derecho penal es realmente lo que diferencia la Política criminal, del resto de políticas públicas.

Al respecto, la Comisión Asesora de Política criminal manifiesta que esta visión amplia es importante, pues:

Sin disolverla en la política social o confundirla con las políticas de seguridad, evita reducir la Política criminal a la política represiva penal, lo cual a su vez es un mecanismo importante para evitar las tendencias excesivamente punitivistas, lo cual preserva la idea del Derecho penal como *ultima ratio*, al mostrar que, en muchas ocasiones, la mejor Política criminal no es la política penal sino el recurso a otros instrumentos de política pública. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, pág. 12).

Si bien es claro que la Política criminal de un Estado social y democrático de derecho como el colombiano, está fuertemente condicionada por el marco constitucional y aún más, por los tratados internacionales ratificados, es cierto que, como afirma la Comisión, “una buena Política criminal debe no sólo respetar ese marco normativo sino que debe estar sólidamente fundada en la realidad particular de la sociedad específica para la cual es elaborada” (2012, pág. 12), es decir, en este caso en particular, debe atender todas las dinámicas sociales y políticas del país, que van desde una guerra declarada contra el narcotráfico, hasta un prolongado conflicto armado interno, además de otros factores estructurales, como los altos índices de pobreza, desempleo, desigualdad y corrupción, de lo contrario, el papel de la Política criminal se reducirá a generar mayor represión, a través de un encarcelamiento indiscriminado, que generará a su vez, un mercado

inflacionismo penal, y con ello mayores índices de impunidad y demoras en el acceso a la justicia.

La Política criminal debe ser consecuente con la realidad del país, y debe estar articulada con la política social, ya que, sin esta necesaria coherencia, el Código Penal no estaría dirigido hacia las conductas que más daño generan a la sociedad, y por el contrario se reduciría a un Derecho penal de mera defensa social, lo cual no se puede conjugar con un Derecho penal de *ultima ratio*, mínimo y garantista. Por esta razón no se puede hacer Política criminal sin una sólida política social.

#### **IV. LA POLÍTICA CRIMINAL Y SU RELACIÓN CON LAS FASES DE CRIMINALIZACIÓN**

La Política criminal tiene una estrecha relación con las llamadas fases de criminalización. La “criminalización primaria” es aquella que define un comportamiento como delito en su fase legislativa. La “criminalización secundaria”, tiene que ver con la determinación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido en la ley, es decir con la judicialización o investigación criminal de los hechos punibles, y la “criminalización terciaria”, es la ejecución y cumplimiento de la sanción penal, es decir, la fase de ejecución penitenciaria.

Debido a la estrecha relación que existe entre la Política criminal, con los procesos de criminalización, se señalarán cuáles son los principios constitucionales que deben inspirar cada una de las fases de criminalización, y además se hará referencia a los rasgos más sobresalientes que señaló el Informe de la Comisión Asesora de Política Criminal (2012) (en adelante, la Comisión), sobre el enfoque actual de la Política criminal en Colombia.

## **FASE DE “CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA”**

El establecimiento de una pena debe estar limitado por los principios de respeto a la dignidad e integridad personal consagrados constitucionalmente, pero también por los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, finalidad de la pena y razonabilidad.

Corresponde en esta etapa, analizar el comportamiento del Congreso de la República por ser la entidad encargada de tipificar los comportamientos que se entienden como delitos y establecer la pena que merecen según su gravedad.

En la etapa de formulación y diseño de la Política criminal, la Comisión señala que la Política criminal en Colombia es:

### ***LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA ES REACTIVA Y TOMA DECISIONES SIN FUNDAMENTOS EMPÍRICOS SÓLIDOS***

El primer problema está relacionado con la imposibilidad de mantener coherencia normativa en el sistema de penas, pues se pasan por alto los efectos de aumentar y disminuir penas en relación con el resto de las conductas punibles y sus consecuencias jurídicas. En cuanto a la producción reactiva de leyes penales y de procedimiento penal, al no tener información clara sobre la capacidad institucional en las demás fases de la Política criminal, se dificulta el cálculo de las consecuencias de las reformas.

Lo anterior demuestra que la Política criminal colombiana necesita con urgencia crear y fortalecer los sistemas de información sobre criminalidad para poder presentar propuestas que retroalimenten las diversas respuestas institucionales de los fenómenos criminales.

Ante una compleja realidad social que genera una gran masa de excluidos y unos altos índices de criminalidad violenta atribuibles a las mafias del narcotráfico y la delincuencia común; y ante los pobres resultados del sistema de justicia penal, el Estado ha optado por la vía de las reformas legales como solución, como si la ley tuviera la fuerza suficiente para

transformar por sí sola la realidad que pretende regular<sup>2</sup> (SOTOMAYOR, 2013, pág. 30).

Al respecto, la Corte manifiesta que:

Tales decisiones están generalmente basadas en la necesidad de responder con celeridad a fenómenos sociales mediados por la opinión pública y de mostrar resultados contra el crimen, para aumentar la popularidad de un determinado sector político. No tienen como principal finalidad impactar los índices de criminalidad y, rara vez, se sostienen en fundamentos sólidos que permitan relacionar la expedición de una norma y la reducción real de un fenómeno criminal (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015)

Cabe anotar que existe una relación de causalidad entre el endurecimiento punitivo y la formulación reactiva de la Política criminal en Colombia, con el aumento del encarcelamiento, y en el precario sistema penitenciario de Colombia, también de los índices de hacinamiento.

***LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA TIENE UNA TENDENCIA AL ENDURECIMIENTO PUNITIVO (POPULISMO PUNITIVO)***

La tendencia al endurecimiento punitivo es una característica de la Política criminal colombiana, que se puede observar en la creación de nuevas conductas punibles, el incremento de la duración de las penas, y el aumento de las tasas de encarcelamiento.

La Política criminal actual obedece a factores que deforman el Derecho penal, en sus más primigenios orígenes y derroteros, como respuesta a las impresiones mayoritarias, momentáneas y circunstanciales, sobre las necesidades de la sociedad, en detrimento del valor constitucional de la libertad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015).

---

<sup>2</sup> El número de reformas del sistema de justicia penal en los últimos años ha sido de tal magnitud (en calidad y cantidad) que raya en el paroxismo. Sólo unos cuantos ejemplos para dimensionar el problema: en los últimos veinte años en Colombia han regido cuatro códigos de procedimiento penal (decreto 050/1987, decreto 2700/1991, ley 600/2000 y ley 906/2004), dos códigos penales (decreto 100/1980 y ley 599/2000), dos códigos de menores (decreto 2737/1989 y ley 1098/2006), sin incluir las innumerables reformas parciales. Y en general, sólo de 2000 a 2006 se expidieron más de cincuenta leyes penales, incluyendo los convenios y protocolos internacionales relacionados con la materia. Para más información: (SOTOMAYOR, 2013).

Para contrarrestar la marcada tendencia al endurecimiento punitivo, y a la adopción de medidas legislativas coyunturales que se alejan de la finalidad de la pena y del Derecho penal, es necesario revertir la concepción de la cárcel como eje central de la Política criminal, ya que dicha concepción incide en forma directa en el aumento del encarcelamiento.

***LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA ES POCO REFLEXIVA FRENTE A LOS RETOS DEL CONTEXTO NACIONAL***

Debido en parte a la ausencia de fundamentación empírica y de bases de datos serias y confiables, quienes diseñan y formulan la Política criminal no tienen en cuenta las dinámicas propias de la sociedad colombiana y sus diversos contextos, como por ejemplo el grado de presencia estatal en las distintas zonas del país, la complejidad de algunos fenómenos criminales focalizados (narcotráfico, corrupción, conflicto armado, entre otros), la inequidad y el grado de pobreza.

***LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA ESTÁ SUBORDINADA A LA POLÍTICA DE SEGURIDAD***

Si bien es claro que la Política criminal y la de seguridad deben tener una relación armónica y coordinada, en Colombia las políticas de seguridad siempre han tenido una mayor preponderancia sobre la Política criminal. Esto se puede explicar por el largo conflicto armado interno y por el fenómeno del narcotráfico, pero no deja de ser problemático “pues esta dinámica ha contribuido a que no se fortalezcan las instituciones y entidades encargadas de las diversas etapas de la Política criminal, sino que las mismas se supediten a la seguridad nacional” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015).

***LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA ES INESTABLE E INCONSISTENTE***

La crisis actual del sistema penitenciario y carcelario es consecuencia directa de los niveles de inestabilidad y de ausencia de

coordinación estatal al momento de formular los lineamientos de Política criminal.

No obstante, a partir del año 2010 se han observado algunos esfuerzos por parte del gobierno para consolidar una Política criminal más estable y con objetivos a largo plazo. Puede mencionarse la consagración, en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, las líneas generales de acción en esta materia, y la expedición del documento CONPES 3828 de 2015 que fija las bases de la Política criminal y enmarca las líneas generales de acción.

En las Bases para el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 se reiteró la necesidad de corregir las “graves falencias de la Política criminal particularmente, porque es reactiva, poco reflexiva, inestable e inconsistente, lo que repercute en la calidad de su gestión”. Se indicó además que “en efecto, durante las últimas dos décadas ha existido un incremento significativo de la severidad punitiva y del recurso a la privación de la libertad. Sin embargo, la experiencia internacional señala que la capacidad real de estas medidas para prevenir los crímenes y enfrentar problemas sociales complejos es limitada. Adicionalmente, esto ha generado presión sobre la situación de hacinamiento carcelario, alcanzando para 2014 una tasa del 52,7% en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, situación que se agrava dado que el 88% de la infraestructura penitenciaria resulta inadecuada de acuerdo con los estándares requeridos”.

A pesar de lo mencionado aquí, es claro que los esfuerzos no han sido suficientes y en la actualidad la Política criminal colombiana sigue siendo inestable e inconsistente.

***LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA ES VOLÁTIL, EN TANTO, EXISTE DEBILIDAD INSTITUCIONAL***

La debilidad institucional en la formulación de la Política criminal es uno de los factores que explican su carácter volátil e incoherente. Si bien la Constitución consagra un marco normativo y un reparto de competencias para el manejo de la Política criminal, que en teoría contribuirían a fortalecer la capacidad institucional en este aspecto, la debilidad institucional está presente en la práctica por diversos factores normativos e institucionales.

La Comisión explica que la Constitución prevé reserva legal para la consagración de nuevos tipos penales, lo cual resulta problemático, pues ello genera que, a pesar de que exista un código penal, en él no se encuentren consagrados en forma sistemática todos los delitos y sanciones; de tal modo la normativa penal se encuentra dispersa en varias leyes cuyo origen y control es el de una ley ordinaria. Por lo tanto, la Comisión considera que dar reserva de ley estatutaria a las leyes penales fortalecería institucionalmente a la Política criminal desde dos frentes: por un lado, el control previo de la Corte Constitucional podría limitar la incoherencia y la desproporción al interior del sistema penal. Y de otro lado, las exigencias del trámite de una ley estatutaria en el Congreso favorecerían que la legislación penal fuera más estable y se expidiera con un nivel mayor de consenso social y político.

**FASE DE “CRIMINALIZACIÓN SECUNDARIA”**

Ahora bien, si la primera fase es la de formulación y diseño, la segunda es la de implementación de la Política criminal, en la cual se determina si una persona es responsable de un delito y cuál es la sanción que debe recibir.

Es preciso resaltar que la Política criminal también se encuentra condicionada normativamente por las garantías procesales, es decir, por los requisitos básicos que debe reunir el proceso penal para ser legítimo constitucionalmente. El proceso penal debe respetar el derecho al debido proceso, que es el conjunto de garantías consagradas en la Constitución, entre las cuales, el Informe de la Comisión, resalta: a) El derecho a la presunción de inocencia; b) El derecho a no ser procesado ni juzgado dos veces por el mismo hecho o principio de *non bis in ídem*; c) El *In dubio pro reo* entendido en sus dos dimensiones: la resolución de toda duda a favor del sujeto pasivo de la ley penal y la interpretación de la ley en su favor; d) El derecho a no declarar contra sí mismo y sus familiares más cercanos, o principio de no autoincriminación; e) El derecho a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico, en razón de los principios de legalidad de la función pública y de independencia funcional del juez, con prevalencia del derecho sustancial; f) El derecho al juez natural, es decir, al “juez legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva, con carácter definitivo; g) El derecho a ser juzgado con la plenitud de las formas propias de cada juicio; h) El derecho a la defensa técnica calificada y material, que debe ser ejercido desde el momento en el cual la persona conoce la existencia de una investigación en su contra; i) El derecho a participar en la actividad probatoria, sujeta siempre a los principios de legalidad, contradicción y publicidad; j) De la misma manera, y según lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, debe ser excluida cualquier prueba, directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales; k) El derecho a un proceso público que permita a la sociedad el control de las decisiones de los jueces; l) El derecho a que las decisiones se adopten en un término razonable, sin dilaciones injustificadas; m) El derecho a la interdicción de la reforma peyorativa, que consiste en la imposibilidad de agravar la pena al apelante único.

En esta fase del proceso de criminalización, corresponde entonces estudiar el funcionamiento de la administración de justicia, la cual “no solo debería mostrar resultados en los tiempos procesales y números de condenas, también debería garantizar un Derecho penal más garantista que proteja los principios de verdad, reparación y derecho al debido proceso del acusado y las víctimas” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, pág. 48).

Continúa la Comisión, afirmando que estos derechos siguen sin materializarse en el proceso penal colombiano, ya que las garantías judiciales y procesales no han sido plenamente respetadas ni hay suficientes recursos disponibles para garantizar la defensa técnica de las personas acusadas en el sistema penal acusatorio. Y la falta de acceso a la justicia se traduce en detenciones arbitrarias, uso excesivo de las medidas de prisión preventiva, y juicios injustos en los que se encarcelan personas posiblemente inocentes o se imponen penas excesivas por delitos menores.

Para garantizar el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en la Constitución y los tratados de derechos humanos, no sólo se debe privilegiar la libertad, sino que, además, las medidas de aseguramiento deben ser estrictamente excepcionales. Ya que “el mal funcionamiento de la administración de Justicia sobrecarga la capacidad del sistema penal y esto conduce a un aumento de personas encarceladas en detención preventiva” (ARIZA & TORRES, 2021).

#### **FASE DE “CRIMINALIZACIÓN TERCIARIA”**

Para la fase de criminalización terciaria, existe una gran cantidad de convenios y tratados internacionales que velan por que la ejecución penal se desarrolle en condiciones de respeto a la dignidad humana e integridad personal de las personas privadas de la libertad. Este punto se desarrollará exhaustivamente en el Capítulo V, pero por lo pronto, cabe

mencionar de manera ejemplificativa, las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” o los “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos”.

Estos textos enmarcan constitucionalmente la política penitenciaria, en la medida en que dichos documentos, a pesar de no ser tratados vinculantes sino documentos de “*Soft Law*”, son jurídicamente relevantes para interpretar el contenido de los derechos de las personas privadas de la libertad. Y en efecto, han sido reconocidos por la Corte Constitucional en numerosas sentencias como vinculantes, señalando que si bien, las personas privadas de la libertad tienen suspendido su derecho a la libertad personal, conservan plenamente su dignidad y el pleno goce de otros derechos, como la vida, la salud y la integridad personal, entre otros.

Una política penitenciaria integral debe pasar por tener como mínimo, una política centralizada que determine la oferta de programas de resocialización para las personas privadas de la libertad, y programas de ayuda y atención a post-penados o personas que salen de prisión, lo cual no existe hasta el momento, pese a ser ordenado en la Sentencia T-388 de 2013.

El diseño de una política penitenciaria coherente con las demás etapas de la Política criminal “debería apuntar al cumplimiento de la sanción penal, garantizando a las personas un tránsito exitoso a la vida en libertad, lo cual implica reducir la reincidencia a través de políticas integrales de resocialización dentro y fuera de la prisión” (Ariza & Torres, 2021, pág. 102).

Entendiendo que la resocialización está consagrada normativamente como finalidad de la pena, se debe procurar que, en el momento de aplicación de la norma, esta al menos no tenga un impacto desocializador. Al respecto, afirma la Corte en la Sentencia T-1190 de

2003 “esta concepción humanista del sistema jurídico y del sistema penal, inspirada en el principio superior de la dignidad humana y sustento de una de las llamadas funciones de la pena, implica que las autoridades del Estado y en particular, las autoridades penitenciarias, estén en la obligación de desplegar una serie de conductas necesarias e idóneas para garantizar el mayor nivel de resocialización posible de los reclusos”.

Por lo tanto, los retos que se presentan en esta fase son: reducir los índices de encarcelamiento, avanzar en la resocialización de las personas privadas de la libertad, y reducir los índices de reincidencia, para lo cual se debe flexibilizar y ofrecer un mejor acceso a los mecanismos sustitutivos de la prisión y el régimen de acceso a subrogados penales que existen en la legislación. (Ariza & Torres, 2021, pág. 106)

## **V. ENFOQUE DEL PLAN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL 2021 – 2025**

El Consejo Superior de Política criminal, elaboró el Plan Nacional de Política Criminal para el periodo comprendido entre los años 2021 – 2025, en el cual se expone un conjunto de lineamientos y actividades articuladas entre Rama Judicial, el Gobierno Nacional, el Congreso de la República y el Ministerio Público, para la constitución de una política de Estado, que además de enfrentar una lucha frontal contra la criminalidad, se oriente por la salvaguarda de los derechos de las personas que integran el conjunto de la sociedad colombiana.

El enfoque de este Plan busca que la Política criminal no se restrinja exclusivamente a la política penal y penitenciaria. Y que se incluyan elementos como los orientados a la prevención del delito, la justicia restaurativa, la resocialización, entre otros.

El marco constitucional vigente establece que el sistema penal solamente debe actuar cuando otras iniciativas estatales se han mostrado

insuficientes. Esta característica del sistema penal como *última ratio*, hace que el Estado deba diseñar alternativas y mantener una variedad de herramientas complementarias al sistema penal y a la privación de la libertad, generando otras formas de sanción y prevención que busquen el respeto de los derechos humanos, las garantías judiciales y la efectiva protección de los derechos de las víctimas, teniendo siempre presente el carácter excepcional de la detención preventiva.

El Plan Nacional de Política Criminal incluye una concepción amplia de la Política criminal para el Estado colombiano que abarca las siguientes fases y enfoques transversales para el tratamiento del delito:

Fase preventiva: Comprende las medidas dirigidas a la prevención de acciones delictivas.

Fase de criminalización primaria: Definición de las conductas contrarias a la convivencia en sociedad que merecen sanción penal por parte del Estado.

Fase de criminalización secundaria: Aplicación efectiva de los procedimientos de investigación y juzgamiento penal.

Fase de criminalización terciaria: Ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un delito, así como su proceso de resocialización.

Fase de tratamiento postpenitenciario: medidas orientadas a lograr la reinserción en la comunidad de las personas que han cumplido su sanción penal.

Con el fin de ejercer una Política criminal respetuosa de los derechos establecidos en la Constitución y las leyes, todos los lineamientos contenidos en este Plan deben integrar los siguientes enfoques transversales:

Límites del poder punitivo: El uso de la sanción penal debe ser la última de las alternativas del Estado para el tratamiento de las conductas criminales. Por lo tanto, deben primar las medidas orientadas a la prevención, la alternatividad penal y la justicia restaurativa.

Enfoque territorial: El imperio de la ley, expresado en las normas, autoridades y procedimientos judiciales, debe llegar a todos y cada uno de los rincones de la Nación, garantizando el acceso de la justicia para toda la ciudadanía. Se deben

reconocer y comprender las diferencias locales de la criminalidad con el propósito de plantear respuestas pertinentes y fortalecer la coordinación interinstitucional.

Enfoque diferencial: Las acciones del plan deben reconocer y atender las múltiples condiciones y reivindicaciones sociales presentes en la sociedad colombiana (enfoque de género e identidades diversas, enfoque étnico, enfoque de diversidad sexual y enfoque de discapacidad), de modo que se consiga la plena integración para el disfrute de derechos individuales y colectivos consagrados en la Constitución y las leyes.

Aproximación focalizada en contra del crimen organizado para la transición a la paz: En aras de hacer eficientes los limitados recursos del Estado, las acciones del Plan deben focalizarse en la lucha frontal y efectiva contra los principales responsables del crimen y buscar la consolidación de la paz. Fortalecimiento de la legitimidad del Estado y de la confianza en las instituciones públicas: La Política criminal debe ser cercana al ciudadano, responder a sus demandas y proteger sus derechos de forma que se construya la confianza de las personas en las instituciones.

Enfoque restaurativo: Las medidas incluidas en este Plan deben integrar los fundamentos de la justicia restaurativa para una reconstrucción del tejido social que atienda las necesidades de las víctimas y brinde posibilidades de reintegración social a quienes cometieron delitos.

## **1. PRIORIDADES DEL PLAN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL**

### ***PREVENCIÓN DEL DELITO Y REDUCCIÓN DEL HOMICIDIO***

Prevenir el delito y reducir el homicidio en el país, debe ser un elemento central en la consolidación de una Política criminal cercana al ciudadano por parte del Estado Colombiano. Así pues, los enfoques teóricos en lucha contra la criminalidad en un Estado social de derecho indican que la prevención del delito trae consigo un efecto disuasorio efectivo, que genera un impacto importante en contrarrestar los efectos de la criminalidad, debido a su intervención sobre los factores de riesgo sociales, estructurales y situacionales propicios que favorecen su materialización.

En esta nueva propuesta de Política criminal, el objetivo central del Estado es reducir el homicidio y aumentar los resultados de su persecución. En primer lugar, desde la prevención, es notoria la ausencia de una estrategia de reducción de homicidios a nivel nacional. En cuanto a la persecución del homicidio, es necesario priorizar de manera adicional los recursos de todo el aparato de investigación y judicialización de estos delitos, y aplicar mejoras en la etapa de investigación.

Cabe resaltar que, en este Plan se incluya como objetivos prioritarios, la reducción de los homicidios en contra de líderes sociales y defensores de Derechos Humanos, y la reducción e investigación y sanción efectiva de casos de violencia institucional.

En primer lugar, la persecución a los líderes y defensores de derechos humanos, es una realidad que el Estado colombiano nunca ha reconocido frontalmente, y que ha mantenido en silencio, lo que favorece enormemente su opacidad. Para lo cual se deben fortalecer y dar cumplimiento al sistema de alertas tempranas, y mejorar la implementación de los diferentes mecanismos creados en el Acuerdo de Paz. En relación con la persecución efectiva de estos crímenes, es necesario, entre otras medidas, fortalecer el liderazgo institucional y la capacidad de cohesión de la Unidad Especial de la Fiscalía, y del Cuerpo Élite de la Policía Nacional.

Y, en segundo lugar, se señala que se deben priorizar los casos donde se evidencie la afectación de derechos a la vida e integridad por parte de agentes del Estado. Esto es crucial para mantener la credibilidad y la legitimidad del Estado en todo el territorio nacional, así como para fortalecer la percepción y confianza ciudadana frente a las instituciones y autoridades.

Para lo cual se debe realizar un diagnóstico de la situación a nivel nacional, e implementar mecanismos para unificar los datos sobre

homicidios cometidos por agentes del Estado mediante entidades competentes. Además, se debe priorizar la investigación de este tipo de homicidios con el fin de dar celeridad a los procesos e incrementar los niveles de esclarecimiento.

***VISIBILIZAR, PREVENIR Y PERSEGUIR DECIDIDAMENTE LA VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO***

Una Política criminal respetuosa de los derechos humanos es aquella que se construye a partir de la identificación de las condiciones diferenciales de la población en el contexto colombiano y del reconocimiento del impacto diferenciado que tienen las violencias de género sobre las mujeres, las personas OSIGD y los NNA; y en cómo estas se agravan cuando se presentan características propias que acentúan la discriminación en su contra.

Por lo que el Estado debe orientar su actuación a la formulación de estrategias de prevención que respondan a la diversidad poblacional, eliminando la invisibilidad estadística y contextual de los grupos históricamente discriminados, a través de la inclusión de variables relacionadas con las características identitarias de las víctimas en los registros administrativos e institucionales, así como el fortalecimiento efectivo de los mecanismos de investigación y judicialización de las conductas violentas que se cometan contra mujeres, personas OSIGD y NNA.

Las estrategias que se proponen en este Plan para prevenir y visibilizar la violencia basada en género son:

Perseguir efectivamente la violencia intrafamiliar, protegiendo y tratando dignamente a las víctimas; Reducir el feminicidio y mejorar su persecución; Perseguir efectivamente la violencia sexual, protegiendo y brindando una atención en condiciones de dignidad a las víctimas; Luchar estratégicamente contra la discriminación que padecen las personas OSIGD.

***DISRUPCIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO, EL TERRORISMO, SUS FINANZAS ILÍCITAS Y ACTORES DINAMIZADORES QUE GENERAN MAYORES ESCENARIOS DE VIOLENCIA.***

El accionar delictivo de las diferentes estructuras del crimen organizado es una de las principales causas que contribuyen a la reproducción de la violencia, a la destrucción del orden económico y social, a la afectación de la base tributaria, al crecimiento del desempleo y la informalidad, y a otros graves problemas que aquejan distintas regiones del país y a la ciudadanía en general, tanto a nivel rural como urbano. Esto, mediante delitos como el homicidio, el tráfico de estupefacientes, la minería ilícita, la extorsión, el contrabando y la afectación al medio ambiente.

El accionar de estas estructuras criminales está estrechamente relacionado con el escalamiento de la violencia en algunas zonas y regiones del territorio nacional, los cuales implementan estrategias de cooptación de territorios en los que la presencia del Estado es baja o incipiente, escenario propicio para desarrollar sus economías y rentas ilegales.

Por ello se hace necesario la implementación de estrategias renovadas, eficaces y con enfoque geográfico e integral buscando disminuir los índices de violencia en el país, especialmente, en aquellas zonas en las que estos grupos hacen presencia. Se contemplan estrategias tendientes a impactar otras actividades ilícitas claves para el funcionamiento de las estructuras criminales como, por ejemplo: el contrabando, el lavado de activos, el testaferrato, y el terrorismo y su financiación, fenómenos que les permite a estas organizaciones sostener su economía ilegal y robustecer sus circuitos financieros.

**HUMANIZAR EL SISTEMA PENITENCIARIO, FORTALECER LA RESOCIALIZACIÓN Y DISMINUIR LA REINCIDENCIA CRIMINAL**

Un objetivo fundamental debe ser la humanización del trato que reciben las personas privadas de libertad, lo cual requiere que se fortalezcan las capacidades institucionales del INPEC y de la USPEC con el fin de brindar soluciones a la violación sistemática de los derechos de estas personas, con un adecuado diseño y ejecución rigurosa de un plan de inversión para la mejora, habilitación y construcción de establecimientos de reclusión, y adecuación de los centros de detención transitoria por parte de las autoridades a cargo.

Se busca principalmente la superación del *estado de cosas inconstitucionales* que ha sido declarado reiteradamente por la Corte Constitucional en referencia a los establecimientos de reclusión en Colombia. Así como también, se centra en la necesidad de prevenir las violaciones a los derechos humanos que tienen lugar no solo en los establecimientos de reclusión, sino en los centros de detención transitoria.

Si bien los niveles de hacinamiento se han reducido considerablemente debido a las medidas decretadas por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria desatada por la pandemia del COVID-19, el marco institucional que condujo al deterioro de las condiciones de reclusión, aún persiste, por lo que es probable que la inercia institucional derive nuevamente en tasas de hacinamiento similares a las vistas en la anterior década y no solucione los actuales problemas de resocialización y reincidencia.

Así mismo, es de suma importancia reivindicar el carácter extraordinario de la detención preventiva, lo cual recae exclusivamente sobre la rama judicial, pero que debe estar acompañada de iniciativas legislativas que faciliten la asignación de cupos carcelarios a los delitos de mayor lesividad, como la modificación del tipo penal de Tráfico,

Fabricación o Porte de estupefacientes, para separar verbos rectores y responder proporcionalmente al porte.

***PREVENIR LA PARTICIPACIÓN DE ADOLESCENTES Y JÓVENES EN ACTIVIDADES CRIMINALES***

Esta prioridad busca abordar el fenómeno de vinculación al delito que afecta a adolescentes y jóvenes colombianos. El predominio de jóvenes y menores de 18 años en los grupos de víctimas y victimarios en varias regiones del país revela los riesgos que afrontan las generaciones futuras colombianas. En múltiples territorios urbanos y rurales, la ausencia de oportunidades educativas y económicas legales, y la estrechez de la Política criminal, construyen una dinámica circular de vidas criminales que nacen desde la adolescencia de muchos colombianos.

Desde la perspectiva del marco normativo internacional, los Estados tienen la obligación de implementar estrategias y mecanismos de atención para fortalecer las políticas de prevención del delito de los menores de 18 años. Esto, orientado a garantizar que esta población pueda desarrollar un proyecto de vida exento del delito y de la delincuencia; todo ello, desde un abordaje interinstitucional e intersectorial.

Reconociendo la importancia de esta temática, la Ley 1453 de 2011 contempla en su artículo 95 la obligación del Estado de crear una política pública de prevención de la delincuencia juvenil, bajo un enfoque de derechos, en la cual se vincule a las entidades que hacen parte del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente y a las entidades del orden territorial que deben contribuir a su implementación.

***MODERNIZACIÓN DE LA ACCIÓN ESTATAL PARA COMBATIR EL CRIMEN***

El dinamismo en los hechos criminales pone en evidencia la necesidad de implementar estrategias tendientes al fortalecimiento de las capacidades de investigación criminal y de judicialización y optimizar el

uso de herramientas tecnológicas y analíticas para comprender las realidades de los territorios. De esta manera, se busca garantizar la efectividad de las acciones del aparato estatal colombiano en la lucha contra el crimen. Es por ello que una de las prioridades trazadas en el Plan consiste en el fortalecimiento y modernización de las capacidades del Estado para combatir la criminalidad.

En el marco de este proceso de modernización, resulta imperioso ampliar la cobertura de las entidades que integran el Sistema de Justicia en el territorio dotándolas de la infraestructura adecuada, conectividad, medios logísticos, equipos técnicos y tecnológicos, que garanticen su efectivo funcionamiento, además, de la profesionalización permanente de los investigadores y analistas.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta es la necesidad de obtener mejor información sobre los niveles de criminalidad, victimización y la correspondiente reacción de la ciudadanía.

Por último, se hace importante buscar puntos de encuentro entre el Estado, los medios de comunicación, y la ciudadanía, para emprender acciones orientadas a la comprensión de la Política criminal, que minimice actitudes tendientes al prejuicio y la descontextualización de las decisiones judiciales, de tal forma que se pueda generar una pedagogía para la consolidación de la idea de imparcialidad de la justicia y de legitimidad del Estado.

### ***LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN***

La corrupción, tal como lo reconoce la Corte Constitucional es “una de las principales amenazas contra el Estado Social de Derecho, pues vulnera los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando graves alteraciones del sistema político democrático, de la economía y de los principios constitucionales de la función pública”.

Esta problemática compromete la capacidad del gobierno para atender sus obligaciones<sup>68</sup> y tiene efectos distorsionantes en los diferentes escenarios del Estado: económico, político, social y cultural. Es un fenómeno complejo<sup>69</sup>, dinámico, multidimensional y transnacional, que atenta contra distintos bienes jurídicos y da paso a otras situaciones como la criminalidad organizada y la violación de derechos humanos.

### **CONSIDERACIONES PREVIAS**

La Política criminal debe entenderse como una de las grandes políticas públicas del Estado, razón por la cual, puede llegar a verse condicionada por la ideología de quien la ejecuta. Es por esto que, la finalidad y límites de la Política criminal, en un contexto democrático, no pueden depender del modelo de gobierno, sino que deben estar consagradas constitucionalmente.

No se puede entender como finalidad de la Política criminal eliminar el conflicto, ni si quiera reducirlo, se trata más bien de gestionarlo, a través de los diferentes mecanismos e instrumentos que tiene a su cargo, donde el derecho penal debe ser la última instancia a la que se acuda, al ser considerado el menos idóneo y más violento.

En este sentido, mientras más consolidada esté la Política social, menor será la necesidad de intervención de la Política criminal. Es así como, la Política criminal es la que define los límites del Derecho penal, y no viceversa.

Es por esto que, en un Estado social y democrático de derecho, la Política criminal debe ser minimalista, garantista y excepcional, y debe buscar, su auto restricción.

En Colombia, la Política criminal ha estado subordinada a la Política de seguridad, y por tanto a la ideología del gobierno de turno, es

así como, en la “Política de Seguridad Nacional”, la “Política de Seguridad Democrática” o en la “Política de Seguridad Ciudadana” encontramos un diseño de Política criminal que se enmarca dentro del excepcionalismo penal, dirigido a enfrentar al enemigo público, representado en el comunista, en los grupos insurgentes, en el narcotraficante o narco-terrorista, no obstante, debido a los mecanismo selectivos del derecho penal, las cárceles están ocupadas por la pobreza y marginalización social.

La definición y límites de la Política criminal en Colombia no están consagrados constitucionalmente, lo cual le daría una mayor solidez y legitimidad, no obstante, esta ha sido ampliamente regulada por la Corte Constitucional y los tratados internacionales ratificados por el Estado, pese a esto, la Política criminal debe prestar especial atención a la realidad para la cual fue diseñada, para evitar recaer en un encarcelamiento indiscriminado de la población, en el caso colombiano, debe atender factores estructurales como una guerra declarada contra el narcotráfico, y un largo conflicto armado interno, además de unos altos índices de pobreza, desempleo, desigualdad y corrupción.

La Política criminal tiene una estrecha relación con las llamadas fases de criminalización. Los principales problemas de la Política criminal se encuentran en la fase de criminalización primaria, ya que el legislativo se caracteriza por una marcada tendencia al incremento de la severidad penal y al populismo punitivo, además actúa de manera reactiva, poco reflexiva y sin verdaderos fundamentos empíricos. La fase de criminalización secundaria, por su parte, está revestida de una gran debilidad institucional reforzada por los altos índices de impunidad. Y los efectos de los grandes problemas en estas dos primeras fases, se reflejan sin duda en la tercera, a través de un expansionismo penitenciario que ha mantenido al sistema carcelario subsumido en una prolongada crisis institucional, que genera grandes violaciones de derechos humanos.

Cabe resaltar que en el Plan Nacional de Política Criminal para el año 2021 – 2025, se agregan dos nuevas fases, una preventiva y otra de tratamiento post-penitenciario. Además de un enfoque transversal relacionado con el límite del poder punitivo, se establece que el uso de la sanción penal debe ser la última de las alternativas del Estado para el tratamiento de las conductas criminales. Por lo tanto, deben primar las medidas orientadas a la prevención, la alternatividad penal y la justicia restaurativa. Lo cual resulta de suma importancia, debido a que se necesita pasar de un modelo basado en la represión, a uno que se enfoque, sobre todo, en la prevención. Para lo que se necesita un cambio de perspectiva, tanto jurídico, como social.

## **CAPÍTULO II**

### **EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y CARCELARIA EN COLOMBIA. ANÁLISIS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

#### **I. DEL ABANDONO A LA EXPANSIÓN DEL SISTEMA CARCELARIO. EL PRIMER ‘ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES’. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-153 DE 1998**

##### **1. EL HACINAMIENTO CARCELARIO DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA**

La Corte Constitucional colombiana dedica una parte importante de la sentencia T-153 de 1998 al desarrollo histórico del hacinamiento carcelario, para intentar explicar que la ‘crisis carcelaria’ de finales del siglo XX, es simplemente la continuación de una serie de crisis causadas por el deterioro y el estado obsoleto de la mayoría de los centros de reclusión. Para entender cómo se manifiesta este fenómeno en Colombia, es necesario saber que el hacinamiento carcelario está permeado inevitablemente por el contexto político, social y económico y por la ‘habitualidad’ de las reformas penales de emergencia.

Con la finalidad de hacer una aproximación histórica del hacinamiento carcelario en Colombia, se tendrá como base un informe desarrollado por la Oficina de Planeación del INPEC en 1997, denominado “Análisis de la población general de reclusos y el fenómeno del hacinamiento” (en adelante, “el informe”), el cual la misma Corte usó como fundamento histórico en la sentencia T-153 de 1998.

Teniendo como antecedente la expedición del Estatuto de Régimen Penitenciario y Carcelario mediante el Decreto Ley 1405 de 1934, se pueden distinguir cuatro etapas del fenómeno de la ocupación carcelaria en Colombia, según el respectivo informe.

### **1.1. LA ÉPOCA DEL ASENTAMIENTO (1938 - 1956)**

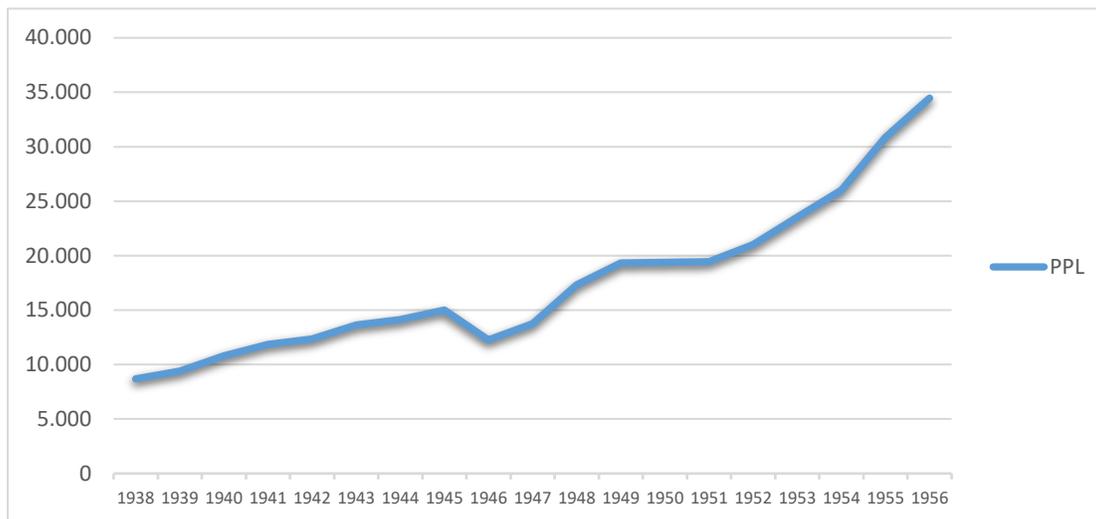
Esta época fue la más cruda de la violencia en Colombia, el desplazamiento forzado del campo a las grandes ciudades se incrementó, y el sistema carcelario se convirtió en un gran receptor y contenedor de la marginalidad social excluida.

La explicación al incremento de la población carcelaria en esta época puede recaer en la promulgación de la ley de vagos y maleantes (ley 48 de 1936) ya que se inicia un proceso de criminalización y penalización de la excedencia social.

Tras el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948 se desató un episodio de mucha represión y violencia que desencadenó en la privación de libertad de aproximadamente 2.000 personas, el denominado 'Bogotazo' es conocido como uno de los primeros actos urbanos con los que se inicia el periodo de 'la violencia' en Colombia. Surgen, asimismo, los primeros grupos insurgentes, conformados por campesinos liberales que toman las armas para defenderse del abuso del ejército nacional de corte conservador. En este punto de la historia se pasa de una lucha bipartidista de derecha a una guerra del Estado contra los movimientos de izquierda.

El gran aumento de la población penitenciaria hizo necesario impulsar la construcción de varias cárceles y penitenciarías como La Picota, Popayán, El Barne, La Modelo de Bogotá y la Distrital de Barranquilla. Igualmente se inició la construcción de las cárceles de Bucaramanga, San Gil, Pamplona, Picalaña, Manizales, Tumaco, Montería, Cartagena, Santa Marta, Pasto, Duitama, Pereira y Cali. Asimismo, se fortaleció la Colonia Penal de Araracuara, que pasó de albergar 60 internos en 1938, a 700 en 1951.

**Gráfico 1:** Personas privadas de la libertad. 1938-1956



Construcción propia a partir de cifras suministradas por el INPEC.

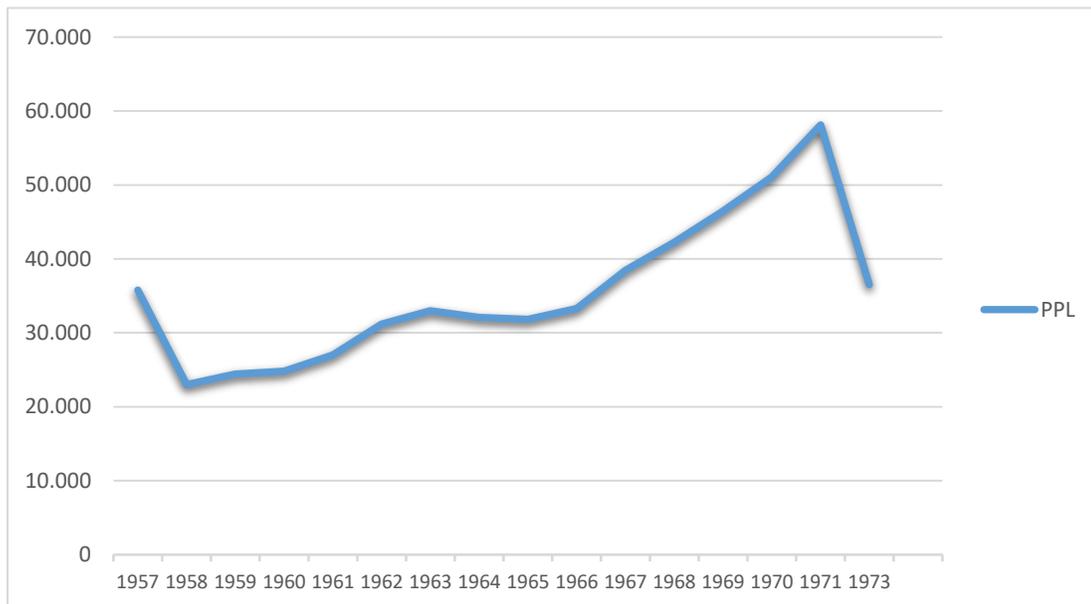
Según el informe, en 1938 existían 8.686 personas privadas de la libertad. Este número aumentó anualmente en un promedio de 1.000 personas, hasta 1945. Al año siguiente, por medio de un proceso de desjudicialización, se presenta una reducción de 2.765 personas, pero este descenso fue rápidamente compensado por los incrementos de los próximos años por causa de la intensificación de la violencia, hasta llegar a la cifra de 37.770 personas privadas de la libertad en el año de 1.956.

### **1.2. LA ÉPOCA DEL DESBORDE (1957 – 1975)**

A principios del año 1957 se pone en marcha un nuevo proceso de desjudicialización, que pone en libertad a 12.771 personas. Con el Decreto 1716 de 1960, se implantaron diferentes modificaciones a la estructura del sistema carcelario, cambiando como primera medida su nombre de “Dirección General de Prisiones” por “División de Penas y Medidas de Seguridad”, así como el de las secciones internas: El área jurídica se cambió para llamarse de “Registro y Tramitación”; la técnica vino a ser de “Reseña e Identificación”; la de control, por “Establecimientos Carcelarios”; y la de planificación arquitectónica se siguió denominando

“Sección de arquitectura carcelaria”. Así mismo se crearon las secciones de “servicios médicos”, “social carcelario” y la de “asistencia educativa”.

**Gráfico 2:** Personas privadas de la libertad. 1957 – 1975



Construcción propia a partir de cifras suministradas por el INPEC.

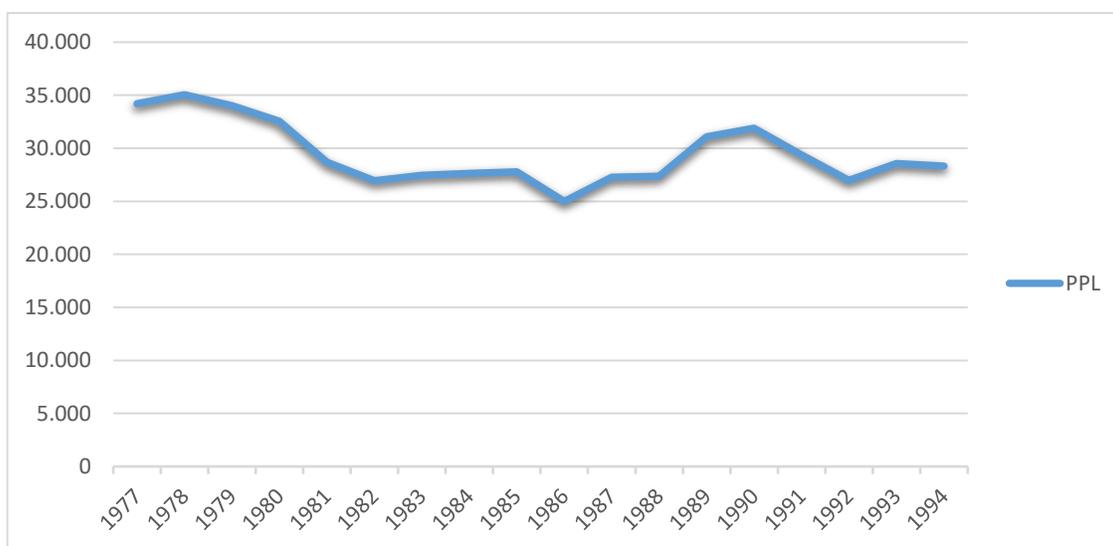
Mediante el Decreto 1817 de 1964 se expide un nuevo Estatuto Carcelario. Esta época se caracteriza por un acelerado crecimiento carcelario. Según el informe, a finales de 1971 se registra un total de 58.125 personas privadas de libertad, saliendo a la luz pública la que fue conocida como la peor crisis de hacinamiento carcelario conocida hasta entonces. Estos índices de hacinamiento se redujeron nuevamente con medidas despenalizadoras o de rebaja de penas como la Ley 40 de 1968, dictada a raíz de la visita a Colombia del Papa Pablo VI, reduciéndose de esta manera la población penitenciaria a 36.500 internos a finales de 1973.

### **1.3. LA ÉPOCA DEL REPOSO (1976 – 1994)**

En 1977 se realiza el primer Censo Nacional Penitenciario, cuyo resultado arrojó un número total de 34.184 personas privadas de la libertad. Esta época fue bastante revolucionada política y socialmente, se caracterizó por los abusos de autoridad, las detenciones y los

allanamientos sin orden judicial, que fueron instrumentos del Estado bajo el Estatuto de Seguridad del presidente Julio Cesar Turbay (1978) y el posterior Estatuto para la Defensa de la Democracia del presidente Virgilio Barco (1988), que amparados bajo un estado permanente de sitio, podían ampliar y modificar las leyes judiciales, ya que el Congreso le otorgó al Gobierno la facultad de reformar el sistema penal. De esta manera se podían discrecionalmente crear delitos y aumentar penas. Cabe resaltar que través de los decretos de Estado de Sitio se aumentaron las penas en más de un 200% y se modificaron diversos procedimientos con el objeto de restringir las garantías judiciales (MORENO, 2010).

**Gráfico 3:** Personas privadas de la libertad. 1976 – 1994



Construcción propia a partir de cifras suministradas por el INPEC.

Según el informe, entre 1980 y 1994 la población carcelaria se mantuvo de manera estable, por debajo de las 30.000 personas privadas de la libertad. En 1986 disminuyó hasta 24.893, a causa del Decreto 1853 de 1985, que ordenó la excarcelación de los detenidos preventivos por delitos menores. Sin embargo, este número se incrementó nuevamente, a raíz de diversas modificaciones legislativas, como la aplicación del Estatuto para la Defensa de la Democracia al cual se hará referencia más adelante.

Cabe resaltar también que en esta época se pondría fin al denominado “triángulo de la infamia”, compuesto por la Colonia Penal de Araracuara, el presidio de la isla Gorgona y la Cárcel La Ladera de Medellín, centros de reclusión caracterizados por el abuso de poder, la severidad en los castigos y las recurrentes prácticas de tortura y malos tratos. Veamos:

### ***COLONIA PENAL DE ARARACUARA***

La idea de crear esta colonia penal en pleno corazón de la selva fue del presidente liberal Enrique Olaya Herrera<sup>3</sup>, pero se inauguró el 5 de julio de 1937 bajo la presidencia de Alfonso López Pumarejo<sup>4</sup>. Se ubicaba en la zona limítrofe entre el departamento de Caquetá y la selva amazónica, y se componía por once campamentos: El Central, Las Mercedes, Puerto Arturo, Bellavista, Patio Bonito (lugar donde se ubicaban los presos más jóvenes), El Yará (campamento dedicado a los castigos, tanto de reos como de guardias), Angosturas, Perrera, Geórgicas (se dedicaban a la agricultura, ganadería y porcicultura), Puerto Mosco y La Playa (HUERTAS, 2012). Al respecto, un ex interno manifestó que:

En cada campamento había como 60 presos (...) dormíamos en unos galpones, como gallineros, todos en el suelo, en fila. Nos castigaban mucho. Mucho juete. Lo mantenían a uno de las chagras a las jaulas, encerrados (MOLANO, 2011).

Este penal tenía una economía auto sostenible basada en la agricultura (plátano, yuca, maíz, arroz), la ganadería y la pesca. Pero el autoabastecimiento económico era fruto, sobre todo, de la larga jornada de trabajo a la que eran sometidos los reclusos, la cual iniciaba a la 5 de

---

<sup>3</sup> Presidente de Colombia entre 1930 y 1934, con quien se inició la hegemonía liberal de la década del treinta y cuarenta.

<sup>4</sup> Presidente de Colombia en los periodos de 1934-1938 y 1942-1945 por el Partido Liberal. Durante su segundo mandato presidencial, la división del Partido Liberal y la fuerte oposición conservadora diezmaron la capacidad de maniobra del presidente y acrecentaron el descontento general, al punto de que por dos días (julio 10 y 11 de 1944) fue apresado en Pasto por el coronel rebelde Diógenes Gil. Consiguió, gracias a Darío Echandía, designado a la Presidencia, quien asumió el mando, y a su ministro de Gobierno Alberto Lleras Camargo, develar la conspiración y mantenerse en el poder.

la mañana con el toque de campana, una hora después se servía el desayuno, y después del conteo por parte del comandante, se iniciaban las actividades agrícolas, labor que culminaba a las 9 de la noche (HUERTAS, 2012). “Se llamaba colonia agrícola porque los presos iban a pagar su condena con trabajo forzado. Limpiaban potreros, arreglaban las carreteras, sembraban yuca, maíz, plátano. En esos tiempos, Araracuara era muy productiva, había carros, las carreteras estaban arregladas, había ganado y pescado (MOLANO, 2011).

Entre los castigos más conocidos de este centro de confinamiento y de terror, se encontraban: Las estacas, que eran unos zancos clavados en el suelo, en las que se colocaba al preso a 30 centímetros de altura, o el conocido “crucificado” que consistía en amarrar al penado a una cruz, en ropa interior, dejándolo en esa posición por varios días, y que generalmente terminaba con la muerte. “Los crucificaban en un lugar llamado Puerto Mosco. Sin ropa, contra un palo hasta que los moscos los mataban, a los tres días ya estaban muertos, los bichos los habían reventado. Era muy dura la vida: mucha tortura y garrote” (MOLANO, 2011). Finalmente, esta colonia penal se clausuró en 1971 y sus internos fueron trasladados a los diferentes centros de reclusión del país.

#### ***PRESIDIO DE LA ISLA GORGONA***

La isla de Gorgona está ubicada en medio del océano Pacífico colombiano, con un ecosistema custodiado por tiburones y una tierra selvática infestada de serpientes. La cárcel se fundó mediante el Decreto 0485 de 1959, con la finalidad de recluir a los delincuentes condenados por homicidio. Estaba ubicada a 8 horas en barco del puerto de Buenaventura, a 15,5 millas náuticas de la costa del departamento del Cauca, y contaba con una extensión aproximada de 1.200 hectáreas. (HUERTAS, 2012).

Esta prisión se diferenciaba de la colonia penal de Araracuara ya que no poseía una tradición agrícola, ni buscaba por medio de esta, la rehabilitación de los condenados, Gorgona era un centro de represión en todos los sentidos, que solo pretendía aislar e incapacitar a los delincuentes que habían transgredido los valores de la sociedad. Fue conocida como la 'Alcatraz' colombiana.

Desde 1977 se intenta promover la creación de un parque turístico y natural en la isla, pero fue tan solo mediante el Acuerdo No. 062 de 1983, bajo la presidencia de Belisario Betancur Cuartas<sup>5</sup>, que se decidió clausurar la isla del terror y convertirla en un atractivo parque natural que hoy en día recibe a cientos de turistas. En la alocución presidencial del 25 de noviembre se manifestó que:

El aislamiento en que se mantiene a los condenados en la prisión de la isla Gorgona, no concuerda con las políticas de resocialización; es necesario trasladar a los condenados al interior del país, para situarlos en centros carcelarios en mejores condiciones sociales y familiares, que contribuyan a cumplir el fin de la pena, acorde con los principios consagrados en el Código Penal. Las islas Gorgona y Gorgonilla poseen valiosos recursos naturales, que deben conservarse para beneficio de la ecología del país.

#### ***CÁRCEL LA LADERA***

La cárcel distrital de Medellín La Ladera, se construyó en 1921 en propiedad del departamento con dineros nacionales y departamentales, en el barrio Enciso de la ciudad de Medellín. Comenzó a funcionar dos años después, en noviembre de 1923, cuando el edificio se hallaba aún inconcluso. Con el pasar del tiempo, el crecimiento de la población reclusa y el abandono estatal para la terminación de la obra, acentuaron el problema de inseguridad, las riñas, los heridos y las muertes de presos dentro del plantel, se potencializaron las fugas y el hacinamiento llegó a

---

<sup>5</sup> Fue presidente de Colombia durante el periodo de 1982-1986. Tras perder las reñidas elecciones de 1978 contra el liberal Julio César Turbay, fue abanderado nuevamente por el partido conservador, y recibió además el respaldo de la ANAPO, lo que lo llevó a ganar las elecciones contra Alfonso López Michelsen.

superar el 400%, pues para la época de su clausura, esta cárcel albergaba poco menos de 3.400 presos, siendo su capacidad de tan solo 800 (LÓPEZ, 2004).

La Ladera en vez de constituir un centro de rehabilitación para quienes han caído en la desgracia de hacerse acreedor de una reclusión, se ha convertido en una escuela de delincuentes, que luego de pagar sus penas salen a cometer sus fechorías con mayor decisión y experiencia (GONZÁLEZ, 1974).

Esta serie de problemas terminaron por colapsar la cárcel de La Ladera, que finalmente se cerró en enero de 1976, fecha en la que se trasladaron sus 3.400 reclusos en los carros municipales de la basura a la recién construida cárcel de Medellín, 'Bellavista'. Vale la pena mencionar que esta cárcel se construyó con 1500 cupos y varios años después se realizó una ampliación de 300 cupos, lo que implica que nunca ha estado en situación de ocupación sin hacinamiento, pues se inauguró con los 3.400 internos trasladados de La Ladera. Tras varios años de abandono, en este lote se construyó el parque biblioteca León de Grieff – la Ladera.<sup>6</sup>

Con la construcción de la nueva cárcel de Medellín, se esperaba poner fin al hacinamiento y a las violaciones masivas de derechos humanos que ocurrían en la Ladera. Pese a esto, desde un principio, los internos se mostraron descontentos por la calidad del nuevo reclusorio y desde finales de la década de los ochenta las quejas sobre insalubridad y hacinamiento fueron continuas. Bellavista fue denominada la cárcel más peligrosa de Latinoamérica. Las fugas y las muertes violentas dentro de la prisión eran comunes. “Aunque existieron fugas masivas, como la del 18 de agosto de 1987, cuando 17 presos salieron del penal en un furgón, la más recordada fue la fuga de diciembre de 1988, cuando un helicóptero aterrizó en el patio dos del penal y se llevó a cinco presos”.

---

<sup>6</sup> Ver <http://www.plataformaarquitectura.cl/cl/02-5937/parque-biblioteca-leon-de-grieff-giancarlo-mazzanti>

#### **1.4. LA ÉPOCA DE LA ALARMA (1995 - 1998)**

Esta época comienza con un nuevo proceso de desjudicialización, con la promulgación del Decreto 1370 de 1995. No obstante, en el año 1996 se rompe la barrera del reposo y se incrementa la población carcelaria en más de 6.000 personas, alcanzando la alarmante cifra de 39.574 personas privadas de la libertad, frente a la cantidad de 28.300 cupos disponibles, lo cual constituye un sobrecupo de 11.700. Para febrero de 1997 la población penitenciaria llegaba a 40.590 personas. El informe concluye con esta etapa afirmando que:

De continuar esta curva podría repetirse el fenómeno del desborde y llegar a poblaciones que por proyecciones superaría los 60.000 internos. Entonces el presente hacinamiento, que nos aterró en el pasado, nos desafía en el futuro”.

Proyecciones que fueron drásticamente superadas, pues desde finales del siglo XX y hasta la fecha, el sistema penitenciario colombiano se encuentra permanentemente en una época de desborde. Ya que el fenómeno de la congestión carcelaria no ha sido algo excepcional, incluso han existido períodos en los que la sobrepoblación ha alcanzado índices mucho mayores que los de finales de la década del noventa. A pesar de ello no se evidencian políticas públicas por parte del Estado tendientes a contener, y sobre todo apreenir el hacinamiento carcelario. Se puede concluir que la actitud del Estado frente a la problemática del hacinamiento ha sido siempre reactiva, es decir que solamente se ha actuado en esta materia cuando se encuentra en presencia de circunstancias extremas, viéndose obligado a recurrir tanto a la excarcelación y a la rebaja de penas, como a la construcción apresurada de cárceles y penitenciarías.

## 2. EXPANSIONISMO DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN COLOMBIA

De forma habitual, cuando se hace referencia a la sentencia T-153 de 1998, se alude a ella como el gran pronunciamiento de la Corte Constitucional que, después de años de abandono, se ocupó de la masiva y sistemática violación de los derechos de las personas privadas de la libertad. No obstante, esta sentencia, más allá de declarar el primer *estado de cosas inconstitucionales* en los centros de reclusión del país, sentó las bases para el fortalecimiento y expansión del sistema carcelario. Siguiendo a (ARIZA & ITURRALDE) “esta sentencia no es otra cosa que la elaboración de un convincente y juicioso metarrelato de la crisis penitenciaria que hace que la respuesta final aparezca tan deseable como absolutamente necesaria: la reforma y la expansión del sistema” (2011, pág. 55).

En esta sentencia se introduce la necesidad de dar un salto hacia la modernización de las prisiones colombianas, con su riguroso y eficaz manejo del tiempo, el espacio y los cuerpos. Se sitúa de esta manera a la prisión, —como institución—, en la protagonista de la ‘cuestión carcelaria’ en el país, relegando a un segundo plano a las personas privadas de libertad, y el sufrimiento y degradación que las envuelve.

En gran medida, este pronunciamiento se dedica a hacer un recuento histórico sobre el hacinamiento carcelario, señalando como principal causa de este fenómeno el obsoleto estado físico de la mayoría de los centros de reclusión. Todo ello sin tener en consideración otros factores de carácter estructural como, por ejemplo, el enfoque de la Política criminal, el ‘permanente’ excepcionalísimo penal, el abuso en la aplicación de la detención preventiva y el desuso de medidas como la libertad condicional y demás beneficios penitenciarios.

Si bien parte de la doctrina la valora como un avance positivo en la materia, se debe advertir que este pronunciamiento carece de un

análisis crítico sobre la prisión, de las funciones del castigo y de la finalidad de la pena, asimismo como de los efectos de la prisión sobre las personas privadas de libertad y su entorno debido a las condiciones a las que se ven sometidas. Asimismo, elude el debate sobre la selectividad del sistema penal y desatiende por completo las implicaciones del largo conflicto armado interno y de la llamada 'guerra contra el narcotráfico' diseñada y financiada desde Estados Unidos.

En esta sentencia, la Corte se refiere a las cárceles colombianas como espacios caracterizados por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Se afirma expresamente que los derechos humanos consagrados en los Tratados Internacionales y en la Constitución Política, en la realidad penitenciaria del país 'constituyen letra muerta'.

Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado. Por lo contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción. En un lugar donde la demanda por una habitación es mucho más alta que la oferta y donde la guardia no está en capacidad de imponer el respeto a las normas establecidas, sólo cabe esperar que se imponga la ley del más fuerte, con todas sus consecuencias. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153 de 1998).

Lo anterior da cuenta del *estado de cosas inconstitucionales* que por primera vez se declara en los centros de reclusión del país, que, para la época, contaba con 33.009 personas privadas de la libertad y un hacinamiento carcelario superior al 30%; a ello se le suma una flagrante violación de un amplio abanico de derechos fundamentales tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, entre otros. Ante este panorama,

la Corte no solo requirió al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante, INPEC) y al Ministerio de Justicia para que tomaran las medidas necesarias para detener esta situación, sino además a las distintas ramas y órganos del poder público, para que diseñaran, en un plazo de tres meses, un plan de construcción y refracción carcelaria que garantizase a los reclusos condiciones de vida digna, el cual debería ejecutarse en un término no mayor a 4 años.

Pese a este llamado, después de la promulgación de esta sentencia, la Corte no implementó ningún mecanismo de control y seguimiento del fallo, además de no adoptar herramientas que generasen vínculos de obligatoriedad para su cumplimiento, principales motivos por los cuales sólo tuvo efectos cortoplacistas y de alcance muy limitado, continuando entonces la grave y masiva vulneración de los derechos de las personas privadas de libertad. En los años sucesivos, la Corte, ratificó en múltiples ocasiones el *estado de cosas inconstitucionales*, empero, ante la ausencia de mecanismos de control y seguimiento de sus pronunciamientos, la violación de derechos humanos al interior de las prisiones no solo se prolongó, sino que se intensificó debido, principalmente, al crecimiento exponencial de la población carcelaria.

Se debe remarcar que, pese la novedad que representó la sentencia T-153 de 1998, esta se limitó a describir las deplorables condiciones en las que se hallaban en aquel momento las personas privadas de libertad, eludiendo el debate sobre los factores estructurales que, para aquella fecha, ya habían conducido al colapso del sistema penitenciario del país. La Corte abordó entonces de manera superficial la cuestión carcelaria al concentrarse en la necesidad de ampliar, mejorar y adecuar la infraestructura de los centros de reclusión. Con esta actitud, en lugar de revertir o contener el incremento de la población carcelaria, se promovió la expansión penitenciaria, en desatención de las condiciones

desencadenantes del hacinamiento y la consecuente degradación de los derechos al interior de los 'nuevos' y 'viejos' establecimientos carcelarios.

### **3. FUNDAMENTOS DE LA NUEVA CULTURA PENITENCIARIA**

Como respuesta a la orden de la Corte Constitucional de crear 'más y mejores' centros de reclusión, en el año 2001, en el marco del *Plan Colombia*, el gobierno de Andrés Pastrana firma con la embajada de Estados Unidos el Apéndice 11 del Anexo al Acuerdo General sobre Asistencia Económica, Técnica y Otras Asistencias Relacionadas, que entraría a complementar el Convenio de Cooperación internacional en materia de prisiones firmado el 31 de marzo de 2000. Ambos documentos conformarían el Programa de Mejoramiento del Sistema Penitenciario Colombiano, lo que posteriormente fue conocido como la 'Nueva Cultura Penitenciaria'.

Según este Acuerdo, el gobierno de Estados Unidos prestaría asesoría al personal de dirección y de seguridad de los establecimientos carcelarios de Colombia, además de financiar el entrenamiento intermedio y avanzado para el personal del INPEC, suministrado por instructores estadounidenses en escuelas e instalaciones tanto en Colombia como en Estados Unidos. Además, se prestaría asistencia financiera y técnica al personal para llevar a cabo adecuaciones en las instalaciones de las penitenciarías.

El principal objetivo del programa de la Nueva Cultura Penitenciaria era ampliar la red carcelaria del país, por lo que se propuso generar 20.828 nuevos cupos a través de la construcción de 11 nuevos centros penitenciarios regionales de alta y mediana seguridad con capacidad cada uno para 1.600 internos.

La Embajada de Estados Unidos en Colombia se comprometió a hacer un desembolso inicial de 1.5 millones de dólares, los cuales estaban destinados a cubrir la primera prioridad de este Acuerdo contemplada en el Sub Apéndice A, que establece la continuación del programa de mejoramiento de la Penitenciaría Nacional de Valledupar, los pabellones de Alta Seguridad de la Picota, Itagüí, y Palmira, la Escuela Penitenciaría Nacional Enrique Low Murtra y el fondo de Infraestructura Carcelaria; así como la creación de grupos anticorrupción donde se implementen especialidades de investigación de antecedentes para funcionarios y contratistas del INPEC, investigación criminal, investigación disciplinaria, inteligencia y contrainteligencia.

Una vez se hayan obtenido los resultados contemplados en numeral I del Sub Apéndice A, la Embajada de los Estados Unidos se compromete a hacer un segundo desembolso de 1 millón de dólares para cubrir las necesidades contempladas en la segunda prioridad de este Acuerdo, que hace referencia a la capacitación de los Grupos de Reacción Intermedia (GRI) y de Antimotines a nivel nacional y de los centros de reclusión, y Comandos Operativos de Remisiones de Especial Seguridad (CORES). Y en la medida de que se cumplan las metas fijadas, la Embajada de Estados Unidos se compromete a hacer los demás desembolsos de dinero aprobados para el Programa de Prisiones.

#### **4. CONSOLIDACIÓN DE LA NUEVA CULTURA PENITENCIARIA A TRAVÉS DE LOS DOCUMENTOS DEL CONSEJO NACIONAL DE PLANEACIÓN –CONPES-**

El programa de la Nueva Cultura Penitenciaría se ha consolidado en la legislación interna a través de los documentos CONPES 3086 de 2000, sobre la “Ampliación de la infraestructura penitenciaría y carcelaria”, CONPES 3277 de 2004, sobre la “Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciaríos y carcelarios”, CONPES 3412 de 2006, sobre la “Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciaríos y carcelarios y seguimiento del CONPES 3277”, CONPES

3575 de 2009, sobre la “Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios y seguimiento a los CONPES 3277 de 2004 y 3412 de 2006” y el CONPES 3828 de 2015, sobre “Política penitenciaria y carcelaria en Colombia”.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES<sup>7</sup>- fue creado por la Ley 19 de 1958. Es la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país.

El CONPES actúa bajo la dirección del Presidente de la República y lo componen como miembros permanentes con derecho a voz y voto, el Vicepresidente de la República, todos los Ministros, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Director del Departamento Nacional de Planeación, y el Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias.

El CONPES tiene como objetivo coordinar y orientar a los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales que son presentados en sesión. Y por su parte, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) desempeña las funciones de Secretaría Ejecutiva del CONPES, y por lo tanto es la entidad encargada de coordinar y presentar todos los documentos para discutir en sesión.

En materia penitenciaria, se ha emitido con cierta regularidad, a partir del año 2000 y hasta el 2015, Documentos CONPES que trazan las bases y lineamientos de la política carcelaria en Colombia y la estrategia utilizada para hacerle frente a la situación de hacinamiento.

---

<sup>7</sup> La información de este apartado se basa en datos suministrados por la página web oficial de la institución <https://www.dnp.gov.co/CONPES/Paginas/conpes.aspx>

***i. DOCUMENTO CONPES 3086 DE 2000. AMPLIACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PENITENCIARIA Y CARCELARIA.***

Para el año 2000, ya se hacía referencia al hacinamiento como el principal problema del sistema carcelario. Se contaba con 166 establecimientos del orden nacional<sup>8</sup>, los cuales aportaban una capacidad total de 33.090 cupos. Estos establecimientos se caracterizaban por su obsolescencia y antigüedad, pues el 80% tenían más de 20 años de construcción.

Es evidente que los altos niveles de hacinamiento debilitan y entorpecen el proceso de resocialización, incrementan la reincidencia delictiva y generan condiciones de insalubridad que afectan la integridad y dignidad personal (CONPES 3086 de 2000).

En este Documento se planea que además de las graves cifras de hacinamiento, existen otras fallas en el sistema que deben ser atendidas, para poner un freno a la creciente demanda penitenciaria. No obstante, en el plan de acción presentado para los años 2000, 2001 y 2002, sólo se hace referencia a la ampliación de la infraestructura carcelaria, buscando generar 20.828 nuevos cupos, a través de la construcción de 11 nuevos centros penitenciarios regionales de mediana seguridad con capacidad cada uno para 1.600 personas privadas de la libertad.

***ii. DOCUMENTO CONPES 3277 DE 2004. ESTRATEGIA PARA LA EXPANSIÓN DE LA OFERTA NACIONAL DE CUPOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS.***

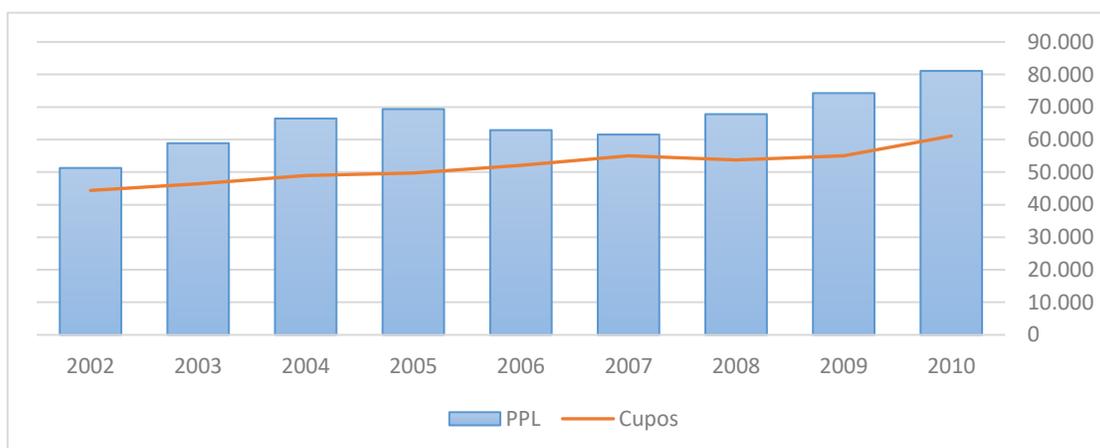
En este documento CONPES se plantea que a partir del año 2002 se hizo necesaria una expansión de la infraestructura penitenciaria, que se vio acompañada, al mismo tiempo, del crecimiento de la población penitenciaria. Esta dinámica estuvo fuertemente influenciada por la comúnmente conocida “Política de Seguridad Democrática” del gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010), registrándose a partir del año 2002

---

<sup>8</sup> 125 cárceles de Circuito Judicial, 22 Cárceles de Distrito Judicial, 8 Penitenciarías Nacionales, 1 Penitenciaría Rural, 9 Reclusiones de Mujeres y 1 Colonia Penal

una tendencia ascendente en el número de personas privadas de libertad, aunado a condenas por periodos de tiempo más largos. En este periodo la población carcelaria aumentó en 30.000 personas aproximadamente.

**Gráfico 4:** Crecimiento población penitenciaria. 2002 – 2010



Fuente: Elaboración propia a partir de datos suministrados por el INPEC

En este Documento se plantea como objetivo reducir la tasa de hacinamiento para finales del año 2006, a un índice del 20%. Advirtiendo que este indicativo no representa unas condiciones óptimas de privación de libertad, pero permitiría al menos, no estar en niveles críticos de hacinamiento.

Este CONPES plantea por primera vez la intención de vincular al sector privado en el plan de construcción, dotación y mantenimiento del sistema penitenciario, con el propósito de que se realicen todas las intervenciones en el plazo previsto de 2 años, y que la Nación pueda diferir los costos de construcción y dotación de las obras en un periodo de 11 años y a la vez garantizar su adecuado mantenimiento durante este tiempo. Lo anterior en el marco de la política nacional de participación privada en infraestructura y la estrategia de revisión de la Política criminal, penitenciaria y carcelaria inscrita en el objetivo de brindar seguridad democrática del Plan Nacional de Desarrollo 2002- 2006 “Hacia un Estado Comunitario”.

Para la vinculación del sector privado se propone hacer uso de la figura de contrato de concesión definida en el numeral cuarto del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública<sup>9</sup>. A cambio de ello la Nación pagará al concesionario sumas anuales previamente acordadas, con cargo a las vigencias futuras que se expidan para respaldar presupuestalmente la contratación. Estas vigencias futuras cubrirán tanto el valor de la inversión como los costos financieros asociados a la ejecución del proyecto mediante el mecanismo de concesión.

Para el caso del plan de ampliación, adecuación y dotación, su ejecución se realizará a través de contratos de obra pública que deben celebrarse durante la vigencia del 2004.

***iii. DOCUMENTO CONPES 3412 DE 2006. ESTRATEGIA PARA LA EXPANSIÓN DE LA OFERTA NACIONAL DE CUPOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS***

En este documento se hace referencia a las dos estrategias expuestas en el documento CONPES 3277 de 2004, afirmando que para la fecha el plan de ampliación, adecuación y dotación, ha sido adelantado en un 70%, quedando pendiente la entrega de 1.000 cupos del proyecto de Popayán previsto para el mes de mayo de 2006.

En cuanto al plan de construcción, dotación y mantenimiento de establecimientos de reclusión y de complejos penitenciarios y carcelarios, se concluyó que teniendo en consideración tanto los estudios de pre-

---

<sup>9</sup> Contrato de concesión: son contratos de concesión los que celebren las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como a todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación y funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorizaciones, o en la participación que se le otorgue en explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

inversión y la estructuración financiera, así como las condiciones fiscales, resulta económicamente más favorable para el Estado realizar el proyecto a través de un contrato de obra pública en lugar de una concesión, como se había sugerido en el anterior documento<sup>10</sup>. Lo que llevó a que en este Documento se reformulara la modalidad jurídica que habría de implementarse en esta contratación.

***iv. DOCUMENTO CONPES 3575 DE 2009. ESTRATEGIA PARA LA EXPANSIÓN DE LA OFERTA NACIONAL DE CUPOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS***

El Ministerio del Interior y de Justicia, ante la magnitud de las inversiones que demandaba la construcción de los 11 Establecimientos de Reclusión, decidió realizar un convenio interadministrativo con FONADE<sup>11</sup> para la selección de las firmas y la adjudicación de las obras, el cual se estableció por un monto igual a las apropiaciones presupuestales vigentes. Esta decisión, además, significó la destinación de una parte de los recursos para cubrir la cuota de gerencia.

El Plan de Construcción y Dotación comenzó en diciembre de 2004 con un convenio interadministrativo entre el Ministerio del Interior y Justicia y FONADE donde esta última entidad asumió el proceso de adjudicación y elaboración de los estudios y diseños. No obstante, las licencias de la mayoría de los proyectos se obtuvieron en 2005 quedando algunos incluso para el 2006.

---

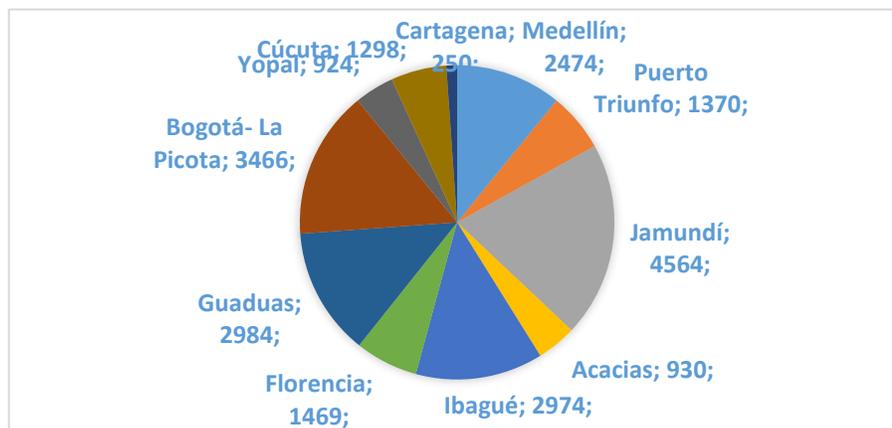
<sup>10</sup> El monto establecido para la construcción de los 11 establecimientos penitenciarios y carcelarios, por concesión es de \$830.315 millones de 2006, desagregados de la siguiente manera: \$715.863 millones para la construcción de la obra, \$61.270 millones en la interventoría y \$53.180 millones para el menaje. Y a los \$830.315,03 millones se le debe sumar el costo de financiación, que proyectado a 10 años asciende a \$626.135 millones, para un total de \$1.456.448 millones. Por el contrario, si el proyecto se realiza bajo la modalidad de contratación de obra pública el costo del proyecto disminuye a \$972.293 millones. La diferencia radica en que la financiación a 3 años es de \$141.980 millones.

<sup>11</sup> FONADE es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero, vinculada al Departamento Nacional de Planeación. Es la única empresa estatal dotada jurídica, técnica y financieramente de facultades para agenciar proyectos de desarrollo y apoyar la fase de preparación de los mismos.

La contratación se desarrolló por etapas iniciando por aquellos proyectos que contaban con licencias de construcción y urbanismo, y permisos ambientales, es decir, Medellín, Yopal, Jamundí, Puerto Triunfo, Acacias y Guaduas. El tiempo previsto para analizar las propuestas y seleccionar a los contratistas de obra e interventoría culminó, con algunos retrasos, en diciembre de 2006. Por lo tanto, las obras de estos seis proyectos iniciaron entre abril y mayo de 2007. Por su parte, los proyectos de Ibagué, Cúcuta, Florencia y la Picota en Bogotá, el proceso de selección duró más de lo previsto, por lo que los tres primeros empezaron a construirse a finales del 2007, y el último, en febrero de 2008.

En cuanto a la construcción del establecimiento de reclusión de Cartagena, los estudios de pre-inversión mostraron que, las condiciones técnicas del terreno, en el lote escogido eran demasiado costosas, por lo que se decidió construir en la misma ciudad, en terrenos aledaños al actual establecimiento de reclusión denominado La Ternera, un establecimiento de reclusión para mujeres, con una capacidad prevista de 250 cupos. Los recursos excedentes del proyecto de Cartagena, por su menor magnitud, fueron distribuidos para cubrir faltantes en otros establecimientos penitenciarios en construcción.

**Gráfico 5:** Cupos carcelarios creados bajo la Nueva Cultura Penitenciaria



Fuente: Elaboración propia a partir del Documento CONPES 3412 de 2006

Por lo tanto, se aclara que si bien en el CONPES 3412, se hablaba de un total de 21.600 cupos, y pese a la disminución de la cantidad de cupos programados para el establecimiento de Cartagena, hubo un incremento sustancial en la oferta de cupos de 1.103, es decir, que finalmente se entregaron una totalidad de 22.703 cupos. Lo que, a su vez, generó un incremento en el valor total de la construcción de los 11 establecimientos de reclusión en 119.422 millones de pesos, es decir, un 14,94% adicional.

**v. DOCUMENTO CONPES 3828 DE 2015. POLÍTICA PENITENCIARIA Y CARCELARIA EN COLOMBIA. RESULTADOS DE LA NUEVA CULTURA PENITENCIARIA.**

Para el año 2014 Colombia contaba con 137 establecimientos de reclusión del orden nacional<sup>12</sup> (ERON) con alrededor de 118.000 personas privadas de la libertad, y una capacidad inferior a los 78.000 cupos, lo que representa una tasa de hacinamiento superior al 52%.

En este Documento se resalta que, pese a que la gestión de la infraestructura física de los últimos años ha generado casi el 50% de los cupos disponibles, los esfuerzos basados únicamente en la expansión carcelaria resultan insuficientes, pues los índices de hacinamiento de los últimos años han sido los más altos de todos los tiempos, 55,7% en 2013, 53% en 2014, y 51,3% en 2015. (*vid* Tabla 1).

En 1998 existían 43.259 personas privadas de la libertad, y un total de 33.009 cupos disponibles, lo que implicó un hacinamiento superior al 30%, y consecuentemente la declaración del primer *estado de cosas inconstitucionales* en materia penitenciaria, por parte de la Corte Constitucional de Colombia. Para el año 2014, la capacidad carcelaria se

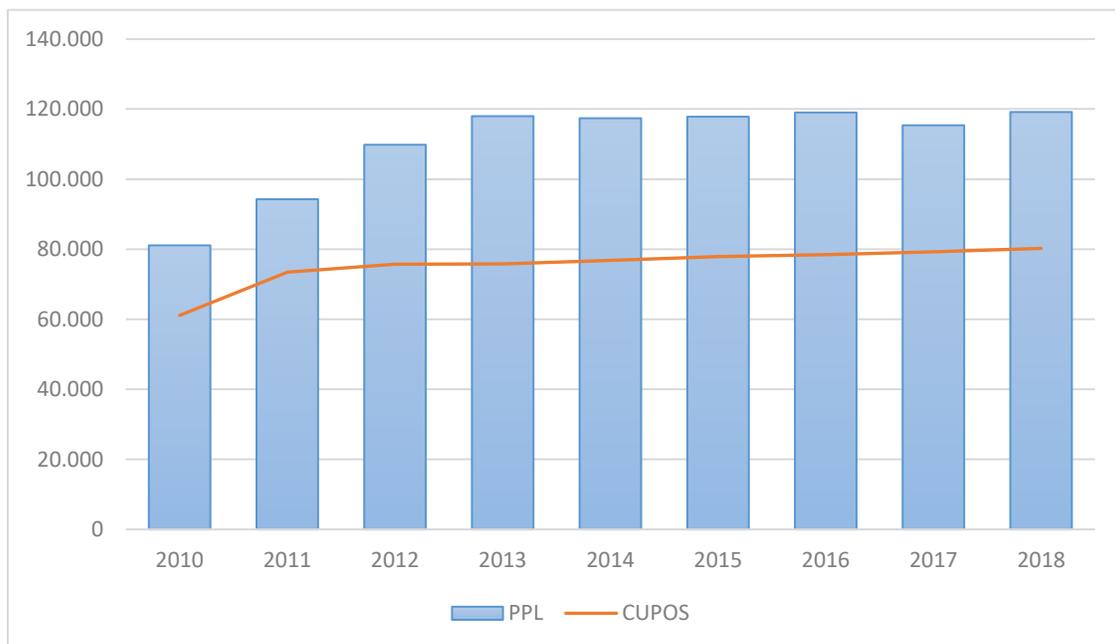
---

<sup>12</sup> En este punto es pertinente aclarar que en el año 1998 existían 168 ERON, es decir, que se han cerrado muchos más de los que se han construido. Éstos datos corresponden sólo al orden nacional, Se desconoce cuántas cárceles municipales se han cerrado desde entonces, solamente en el departamento de Antioquia, se pasó de tener 66 cárceles municipales en 2004, a 36 en 2010, y tan sólo a 16 en 2014 (Universidad de Antioquia).

había duplicado, llegando a los 76.777 cupos, no obstante, la población privada de la libertad llegó a los 117.389, con un hacinamiento del 53%.

Si bien puede afirmarse que a partir del año 2011 la construcción y ampliación de cupos carcelarios más o menos se mantuvo estable, hay que resaltar que en el periodo presidencial de Juan Manuel Santos (2010 - 2018) bajo la bandera de la Seguridad Ciudadana, hubo un incremento exponencial de la población privada de la libertad, pues a finales del 2010 se contaba con 81.095 personas privadas de la libertad, y a finales del 2018 esta cifra se había incrementado a 119.172, lo que significa un aumento de 38.077 personas, en 8 años, pasando de un índice de hacinamiento del 35% a uno cercano al 48%, que como veremos más adelante, no fue el índice más alto de hacinamiento carcelario.

**Gráfico 6:** Crecimiento población penitenciaria. 2010 - 2018



Fuente: Elaboración propia a partir de cifras suministradas por el INPEC

De igual manera, es importante mencionar que por primera vez en este tipo de documentos orientativos de la Política criminal y penitenciaria del país se manifiesta que el problema de las prisiones no se resuelve únicamente creando nuevos cupos, sino implementando, además,

medidas que detengan la tendencia expansionista de la población penitenciaria y liberando los cupos existentes. Ya que de nada sirve construir más y mejores centros penitenciarios, sino se atienden otra serie de factores que tienen un impacto directo en el aumento de la población penitenciaria, como, por ejemplo, la hiperinflación normativa, la inaplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad, la implementación de programas de resocialización y acompañamiento durante y después de la detención, entre otras.

Enfocar la política penitenciaria exclusivamente en la ampliación de la oferta de cupos, puede resultar inconveniente, además de fiscalmente inviable. El aumento prolongado de la población penitenciaria convierte en inocuos todos los esfuerzos dirigidos a la construcción y adecuación de nuevos centros de reclusión.

Este documento propone abordar la política pública penitenciaria de manera integral, es decir, abordando no sólo los problemas referentes a los cupos en los establecimientos carcelarios, sino también todas las necesidades en materia de atención sanitaria, saneamiento básico, tecnológico y de capacidad humana.

Ya que además del hacinamiento ya señalado, los establecimientos de reclusión del orden nacional no cuentan con áreas suficientes para la atención y tratamiento de la población privada de la libertad. No hay una buena infraestructura de atención sanitaria, la prestación de servicios médicos es limitada y las condiciones de higiene, manipulación y provisión de alimentos son bastante deficientes, no hay una buena disponibilidad de servicios públicos y la calidad del agua no buena.

Como queda demostrado en este Documento, la política penitenciaria y carcelaria hasta el momento se ha concentrado casi exclusivamente en la ampliación de la oferta de cupos. Desde el 2000 se han invertido aproximadamente 3,5 billones de pesos en la construcción,

adecuación y mantenimiento de los establecimientos de reclusión del orden nacional, si bien este esfuerzo fiscal ha permitido duplicar la capacidad del Estado para atender a la población privada de la libertad, reducir las tasas de hacinamiento, tal y como se proponía el programa de la Nueva Cultura Penitenciaria, no ha sido posible, por el contrario, pese a la cantidad exorbitante de dinero invertida, el hacinamiento, que en los inicios de este programa era inferior al 40% ahora se ha incrementado por encima del 50%. Estando cada vez más lejos de alcanzar el objetivo de reducir el hacinamiento a un 20%.

Se tiene entonces que la Nueva Cultura Penitenciaria no logró cumplir con su principal objetivo de reducir los índices de hacinamiento, pues si bien, se aumentó la capacidad carcelaria en el país, a la vez la población carcelaria aumentó, prolongándose las condiciones de hacinamiento que motivaron la declaración del *estado de cosas inconstitucionales* en 1998.

Por lo tanto, ni la enorme cantidad presupuestaria invertida, ni la infraestructura construida, han logrado reducir los índices de hacinamiento, dejando en evidencia, una vez más, que la simple ampliación de cupos carcelarios no reduce los índices de hacinamiento. Por el contrario, lo que se consiguió fue la expansión penitenciaria, llegando a tener en la actualidad 134 centros penitenciarios y carcelarios. Por su parte la población carcelaria sigue aumentando exponencialmente, pasando de 33.009 internos en 1998 a 122.679 en 2019, alcanzando un alarmante índice de hacinamiento del 52,85 %.

## **5. DISCURSOS QUE LEGITIMAN LA VIOLACIÓN MASIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS CÁRCELES DE LA NUEVA CULTURA PENITENCIARIA**

Trascendiendo el simple discurso aritmético en el que queda probado que la Nueva Cultura Penitenciaria nunca logró que la disponibilidad de cupos fuera mayor al número de persona privadas de la libertad y el discurso que quiso llevar la política de ‘mano dura’ también a las cárceles y penitenciarías del país, para convertirlas por fin en “cárceles de verdad”, como las denomina (BERNAL, 2004), es preciso preguntarse si en la implementación y ejecución de este programa, se han respetado los derechos fundamentales y las garantías y libertades proclamadas en la Constitución política de un Estado social y democrático de derecho.

Ya que es desde las propias estructuras del Derecho, donde se aloja y asecha la posibilidad y la práctica de la violencia institucional “desde el marco normativo hasta la arquitectura penitenciaria, desde la construcción discursiva del “otro” hasta la impunidad y la condecoración a los torturadores, desde determinados discursos políticos que niegan o minimizan su existencia hasta determinadas prácticas formales e informales de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado” (OSPDH, 2008, pág. 410).

Desde el ámbito jurisprudencial por ejemplo, se evidencian grandes enunciados humanísticos que van perdiendo vigor y tenacidad a medida que descienden a regular las relaciones más próximas de las personas privadas de libertad, de tal manera que el castigo, los tiempos y espacios de aislamiento, la desproporcionada relación de poder, arbitraria y sin control, la ausencia de cauce legal a sus reivindicaciones y quejas que se traduce en trabas e indefensión, desembocan en actos crueles, degradantes e inhumanos.

### ***I. LA DOCTRINA DE RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD CON RESPECTO AL ESTADO***

Es necesario hacer referencia en primer lugar a los discursos e ideologías jurídicas arraigados desde las Altas Cortes, como la Doctrina de Relación de Sujeción Especial, que cobra alta importancia ya que ha

sido un pilar fundamental de la racionalidad jurídica con la cual, reiteradamente, los tribunales han fallado en lo ateniendo a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Esta relación especial podrá entenderse entonces como relaciones de poder que lleva a cabo el Estado (como ente administrador) frente al ciudadano (como administrado) en determinados contextos particulares, conforme al rol que este asuma concretamente en cada caso.

Consecuentemente, según la Doctrina de Relación de Sujeción Especial, cuando surge un vínculo especial entre el Estado y el ciudadano bajo un rol concreto, sea este en términos de funcionario público, estudiante de institución de educación pública, paciente de un centro hospitalario de sanidad pública o un ciudadano privado de su libertad en un centro carcelario o penitenciario, dicha subordinación efectivamente se ha de establecer bajo parámetros “especiales”, y no siguiendo exclusivamente los lineamientos generales que regulan la relación entre el Estado y los ciudadanos en connotaciones abstractas.

Siguiendo estos parámetros se deberá concebir entonces que los ciudadanos en sus roles concretos han de someterse, no sólo por las normas generales, a saber, la Constitución y las Leyes Nacionales, sino, además, han de conducirse por las normas específicas, es decir, los reglamentos particulares de cada organismo en el cual asumen un rol determinado (GARRIDO, 1983, pág.161).

En el escenario de un Estado de Social de Derecho, se ha de suponer que, la relación entre normas generales y normas especiales se da, imperiosamente, bajo condiciones de plena armonía y no contradicción; asimismo, los condicionamientos recíprocos en los cuales está fundamentada la relación de subordinación de los ciudadanos frente al Estado, no podría verse degradada, tras el surgimiento de normas

especiales que socaven los principios vinculantes entre la administración y el administrado.

La Corte Constitucional ha definido que la población reclusa se encuentra bajo una relación especial de sujeción que “exacerba la idea de superioridad jerárquica de la Administración sobre el administrado” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-571 de 2008), lo cual no constituye una patente de corso al Estado para que restrinja sin limitación alguna sus derechos fundamentales, pues la misma está reglada por normas y principios que pretenden que la relación entre el Estado y el ciudadano no coloque al último en situaciones desfavorables o inferiores a los derechos de los que es titular.

Sin embargo, esta doctrina aplicada en el ámbito penitenciario ha configurado un ‘espacio’ de relativización y consecuente detrimento progresivo de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, ya que debido a su condición ‘especial’ el ejercicio de sus derechos queda condicionado por ‘razones de orden y seguridad’.

Esta condición se deriva de la pérdida legal de su libertad, pues una vez una persona es privada de ella queda sometida forzosamente a un régimen jurídico especial y estricto, que faculta a la autoridad para imponerle controles disciplinarios, administrativos y limitación en el ejercicio de algunos de sus derechos fundamentales (FCSP, 2009, pág. 51).

Con la aplicación de esta doctrina se genera una obligación correlativa del Estado de garantizar los derechos especiales de las personas privadas de la libertad, ya que, si bien es claro que en condiciones de reclusión existen derechos fundamentales que tendrán que ser suspendidos o restringidos, también hay muchos otros derechos que se conservaran incólumes y que por lo tanto deberán ser respetados íntegramente por las autoridades. En esta relación de “especial sujeción” el Estado, debe garantizar que los internos puedan ejercer plenamente los

derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquéllos que les han sido restringidos.

Lo anteriormente dicho, tiene dos implicaciones. La primera consiste en la prohibición al Estado de interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos; y la segunda, en la obligación de ponerse en acción para garantizarles a los internos el pleno goce de los derechos que se conservan intactos, como el derecho a la dignidad humana, a la salud, al debido proceso y muy especialmente a no sufrir torturas, tratos crueles, degradantes e inhumanos. Ya que las condiciones mismas de la privación de la libertad impiden que los reclusos puedan satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades mínimas, cuya atención garantiza la posibilidad de llevar una vida digna.

En la Sentencia T-440 de 2004 se hace referencia a seis elementos característicos de la doctrina de relación especial de sujeción. (i) La subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) la cual se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales, y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (con medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena: la resocialización. (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los

derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).

Con respecto a los derechos fundamentales, en la misma sentencia se hace referencia a las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las relaciones especiales de sujeción.

(i) La posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación). (ii) La imposibilidad de limitar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, hábeas data, entre otros). (iii) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo, tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-440 de 2004).

Ahora bien, es claro que en la realidad penitenciaria son muchos los factores que influyen para que el orden y la seguridad se privilegian con respecto a los derechos fundamentales de los reclusos, haciendo que esta doctrina, en vez de ser un medio para que los reclusos puedan exigir del Estado la garantía de sus derechos fundamentales, se convierta, por el contrario, en un instrumento jurisprudencial para restringirlos. Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte ha avalado estas restricciones entendiendo que los internos deben recibir un trato 'especial' debido a la condición 'particular' en la que se encuentran.

La vida penitenciaria tiene unas características propias de su finalidad, a la vez sancionatoria y resocializadora, que hacen que el interno se deba adecuar a las circunstancias connaturales de la situación de detención. Como las leyes deben fundarse en la realidad de las cosas, sería impropio, e insólito, que al detenido se le concediera el mismo margen de libertad de que se goza en la vida normal. Se trata, pues, de una circunstancia que no es excepcional sino especial, y que amerita un trato igualmente especial. Existen circunstancias y fines específicos que exigen, pues, un tratamiento acorde con la naturaleza de un establecimiento

carcelario; no se trata simplemente de una expiación, sino de un amoldamiento de la persona del detenido a circunstancias especiales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-394 de 1995).

De esta manera se ha legitimado la “construcción de un ciudadano de segunda categoría” (RIVERA, 1997), no sólo desde la aplicación de la norma penitenciaria, sino que este tratamiento se da -incluso- desde el mismo momento de la interpretación jurisdiccional que se hace dichas normas, ya que se ha encontrado un sustento doctrinal para ‘relativizar’ aquello que se concibe como ‘inalienable, los derechos fundamentales, dispuestos constitucionalmente para proteger y posibilitar la realización de la dignidad humana a todos los ciudadanos.

## ***II. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SOSTENIBILIDAD FISCAL***

Sumado a la interpretación restrictiva de esta doctrina, cabe mencionar que en Colombia el ejercicio de los derechos fundamentales está sometido, además, al principio de sostenibilidad fiscal o, en otras palabras, a los límites presupuestales del Estado

Mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, el gobierno de Juan Manuel Santos presentó una iniciativa legislativa que reformó la Constitución Política, integrando el principio sostenibilidad fiscal como un criterio de orientación que deben seguir los diferentes órganos del poder público.

Surge como un mecanismo de control fiscal que garantiza la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas y contribuye a la estabilidad macroeconómica del país, a través de la racionalización del gasto público y de los recursos públicos, a partir de la evaluación de criterios como la rentabilidad, sostenibilidad y conveniencia, promoviendo así la prevalencia -en términos económicos- del interés general sobre el particular en un contexto de sostenibilidad de las finanzas públicas.

Una de las herramientas que trae consigo este principio es la posibilidad de la que se reviste, al Procurador General de la Nación o a uno de los Ministros del Gobierno, de solicitar la apertura de un ‘incidente impacto fiscal’ a cualquiera de las máximas corporaciones judiciales una vez proferida la sentencia, cuyo trámite será de carácter obligatorio.

Artículo 1: Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Lo anterior representa una alteración al principio de separación de poderes, dado que plantea la posibilidad de censurar las decisiones judiciales por parte de autoridades distintas al poder judicial, cuando se supone que los jueces en sus decisiones sólo están sometidos a la Constitución y las leyes. Con este principio, la decisión de los jueces no depende sólo del derecho alegado, sino que debe responder, además a la conveniencia fiscal. Sometiéndose de esta manera la ponderación de derechos fundamentales a una evaluación en términos económicos o presupuestales.

Así, como afirman BERNAL Y REED, la concepción de unos derechos de segunda categoría cuya realización depende de los límites presupuestales de un Estado convenientemente debilitado, que además debe garantizar la disuasión de los más pobres frente al delito y el aleccionamiento de los reclusos que son afectados por la prisión, choca frontalmente con la posibilidad de consolidar a los derechos fundamentales como límites al poder punitivo y como conquistas constitucionales del Estado Social (2006, pág.10).

## 6. LAS CÁRCELES DE LA NUEVA CULTURA PENITENCIARIA COMO ZONAS DE NO-DERECHO

Esta doctrina junto con el principio constitucional de sostenibilidad fiscal, en el particular caso colombiano, terminan por dibujar con claridad la cuestión carcelaria en el país, donde ya ni siquiera es apropiado hablar de ciudadanos de ‘segunda categoría’ (RIVERA, 1997). Superando el plano prescriptivo al que se circunscribe el sistema punitivo, es decir, traspasando el análisis del ámbito de la ‘cárcel legal’, cuando la Corte Constitucional, a través de sus pronunciamientos, avala la limitación de derechos de las personas privadas de libertad —más allá de los que la pena misma restringe— aduciendo la propia “naturaleza de un establecimiento carcelario”, pone de manifiesto que “la cárcel en su dimensión material supone la producción añadida y artificial de un *hándicap*, es decir, es producción de sufrimiento como privación y limitación de derechos y expectativas” (PAVARINI, 2009).

La cárcel real se instala como espacio aún no homogeneizado por el derecho (FOUCAULT, 1977) lo que no solo supone la degradación de los derechos, sino, también, su limitación o eliminación, configurando de esta manera zonas de *no-derecho* (PAVARINI, 2009), caracterizadas por la ‘discrecionalidad’ que abre paso a la ‘arbitrariedad’. En palabras de Pavarini:

Se trata de espacios dominados unilateralmente que se sustraen —en todo o en parte— de cualquier predeterminación legal, en los que se despliega un dominio tendencialmente “libre” y por lo tanto “discrecional” de algunos hombres sobre otros, hasta el punto que éstos sufren en mayor o menor medida, una libertad “vacía”, “devaluada” o “limitada”, espacios que siempre permanecerán en un núcleo resistente y refractario, aunque mínimo, de libertad “del derecho”, como “zona de no derecho” (2009).

Estas condiciones de degradación y desposesión de derechos en la cárcel hacen eco de lo que AGAMBEN ha definido como la *nuda vida*, una vida desprovista de condición política y sujeta a un ‘estado de excepción’

donde el derecho se encuentra suspendido de manera permanente. La arbitrariedad y el control extremo que definen los principios de la Nueva Cultura Penitenciaria en Colombia representan el comienzo de un manejo sin precedentes de los espacios y los cuerpos en las prisiones colombianas, donde los internos experimentan una desposesión material y simbólica (DE DARDEL, 2015, pág. 49).

Las cárceles colombianas, diseñadas bajo los lineamientos norteamericanos, han emergido como un contundente espacio biopolítico en el cual el poder soberano domina la vida, donde los sujetos son desnudados —material y simbólicamente— de su condición humana, reduciendo su vida a la mera existencia biológica. En estas condiciones carcelarias, estos cuerpos vacíos son excluidos, o cuando menos, relegados, del ordenamiento jurídico, pero a la vez apresados en él (AGAMBEN, 1998). Presenciamos la realidad de vidas desnudadas que habitan en zonas de *no-derecho* (PAVARINI, 2009).

La suspensión del derecho se expresa a través de la arbitrariedad de los reglamentos internos, en la severidad del manejo de los cuerpos y de los espacios, en la pérdida de la privacidad, en el aislamiento geográfico y social, en la impunidad tras la que se ocultan las prácticas sistemáticas de tortura y malos tratos y en la degradación de la condición de ‘ser humano’ de las personas privadas de la libertad, despojándolos hasta de los derechos que les son inherentes. Esta suspensión se da a tal punto que —la cárcel como zona de *no-derecho*— se naturaliza social, cultural e institucionalmente.

En este punto, es importante señalar que, —antes de la intervención del Buró Federal de Prisiones de Estado Unidos en el año 2000—, el sistema carcelario colombiano se caracterizaba por su deteriorada infraestructura física, agravado ello por los altos índices de hacinamiento, por la campante corrupción y la violencia sistemática al

interior de las prisiones; en términos generales, existía un abandono absoluto por parte del Estado. No obstante, en oposición al patrón de aislamiento de la Nueva Cultura Penitenciaria, DE DARDEL advierte que, el antiguo sistema carcelario colombiano adoptaba ciertas prácticas culturalmente enraizadas tales como: a) un sistema penitenciario abierto al mundo exterior y que permitía un contacto estrecho y regular con la familia y la sociedad; b) la ubicación central de las prisiones, generalmente integradas a entornos urbanos fácilmente accesibles; c) un estilo de vida comunitario que permitía que los internos autogestionaran de manera colectiva gran parte de los aspectos de sus vidas diarias; y d) cierto margen de maniobra en relación con las autoridades penitenciarias, además de un espacio de diálogo y de negociación sustancial con estas (2015, pág. 52).

Bajo las directrices del Buró Federal de Prisiones, se impone en el sistema carcelario colombiano un nuevo esquema de control y vigilancia y de restricciones extremas, que implica un manejo completamente nuevo de los espacios y de los cuerpos. La Nueva Cultura Penitenciaria utiliza técnicas para separar, aislar y cortar los canales de comunicación; los emplazamientos de las prisiones en áreas remotas, el diseño arquitectónico de alta seguridad (amplias instalaciones divididas en pequeñas unidades con altas paredes de hormigón), las drásticas limitaciones a las visitas familiares, la ausencia de los llamados programas de 'rehabilitación' y el uso brutal de la fuerza (2015).

Todos los establecimientos creados bajo la Nueva Cultura Penitenciaria están diseñados según un esquema similar, que privilegia la seguridad sobre los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Estas nuevas cárceles tienen en común que han sido ubicadas en lugares aislados, fuera de los centros urbanos y de difícil acceso, y en la mayoría, en zonas que presentan temperaturas extremas; asimismo, su infraestructura responde a estrategias arquitectónicas que tienen como fin

el aislamiento de los internos, sin disponer de zonas colectivas, de trabajo, estudio o recreación. En este modelo, la cárcel parece renunciar por completo al principio —declarado formalmente en la constitución— de resocialización, para erigirse orgullosa como depósito de vidas desnudas asumiendo su rol genuino, el castigo.

En aras de conservar el orden y la disciplina se imponen una serie de reglas, como los horarios extremos para levantarse e irse a dormir y para recibir los alimentos, la obligación de permanecer durante todo el día en el patio sin posibilidad de entrar a la celda hasta que llegue la hora de dormir, el uso obligatorio del uniforme, el rasurado completo de cabello y barba, o las restricciones para tener libros o fotografías de familiares, medidas que tienen como única finalidad deshumanizar a las personas privadas de la libertad, reduciéndolos a la mera supervivencia biológica, generando en los presos un creciente sentimiento de desconexión y desocialización, a través de una forma de control total.

Los establecimientos de la Nueva Cultura Penitenciaria infunden tal temor en las personas privadas de libertad que, para quienes se encuentran reclusos en establecimientos de la ‘vieja cultura penitenciaria’, recae una constante y latente amenaza de ser trasladados allí, con lo que se verían enfrentados a mayores niveles de degradación que sufre la población dentro de la ‘escala humana’ y a la despersonalización que logran aquellos mega-establecimientos. Se constituyen entonces en un mecanismo efectivo de control, coacción, incluso de tortura psicológica.

Es preciso hacer referencia entonces, a la afectación y degradación de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en los establecimientos de la Nueva Cultura Penitenciaria y sobre todo resaltar el papel que ha desempeñado la Corte Constitucional colombiana frente a la oleada de acciones de tutela que se generó.

### ***VISITA FAMILIAR Y REQUISAS A LOS FAMILIARES***

La sentencia T-269 de 2002 manifiesta que no se deben realizar registros corporales sobre los cuerpos desnudos de las personas que entran en calidad de familiares o visitantes a los centros de reclusión, y que no deben ser sometidas a procedimientos vejatorios debido a que “gozan de la plenitud de sus derechos y garantías constitucionales”, no obstante se flexibiliza esta disposición, cuando seguidamente manifiesta que “salvo cuando se trate de medidas absolutamente indispensables para mantener el orden y la disciplina de los establecimientos carcelarios” pues no establece claramente cuáles son estas medidas, dejándolas al libre albedrío del personal de custodia y vigilancia de turno.

Si bien la ubicación geográfica de estos establecimientos está bastante alejada de los cascos urbanos, lo que ya en sí mismo dificulta el acceso de los familiares, en los reglamentos penitenciarios además se limita la visita a tan sólo 4 horas cada 15 días, o 1 hora cada 2 meses para el caso de la visita íntima. Las mujeres que solicitan su ingreso al penal, para visitar a sus familiares que pagan una pena privativa de la libertad, son sometidas a:

largas esperas, bajo las inclemencias del clima”, y que, permitido el ingreso, deben soportar “tratos y requisas vejatorias, incluyendo requisas vaginales”, para lo cual son obligadas a despojarse de sus prendas íntimas, a “realizar genuflexiones” y en algunas ocasiones a permitir “tactos vaginales por el propio personal femenino de la guardia sin intervención de profesionales de la medicina , que de manera discrecional y sin autorización judicial y con medios que ponen en grave riesgo la salud de las mujeres examinadas, como el uso del mismo guante para varios exámenes vaginales. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-690 de 2004)

### ***RÉGIMEN DE REQUISAS***

Sobre el régimen de requisas, los internos manifiestan que al ingresar al centro carcelario “los obligan a desnudarse completamente asumiendo posiciones vergonzosas, parados en una silla y agachándose

varias veces mostrándole el recto a los guardianes” y que igualmente de forma rutinaria los obligan a ponerse “totalmente desnudos y a levantarse los testículos y bajar el pene, subirlo y que corra el prepucio” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia. T-702 de 2001).

Sobre este mismo tema, un interno de la Cárcel del Circuito de Cartagena, San Sebastián de Ternera relataba que:

Somos obligados a desvestirnos totalmente y hacer genuflexiones (sentadillas) varias veces y cuando nos resistimos y manifestamos que tales tratos se encuentran prohibidos y son violatorias de nuestros derechos humanos se nos golpea, nos encalabozan o como se dice en el lenguaje carcelario nos aíslan y nos amenazan con trasladarnos a otras cárceles (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 690 de 2004).

A lo cual la directora del establecimiento aducía que este tipo de requisas obedecían a las instrucciones contenidas en el *Manual del participante, Modulo: Procedimiento de requisas* elaborado por INPEC bajo supervisión del Buró de Prisiones de Estados Unidos. Veamos algunos de las instrucciones impartidas:

#### VI. PRACTICAS DE REQUISA SIMPLE O POR CONTACTO AYUDA ESQUEMATICA PARA REALIZAR UNA REQUISA VISUAL

Realización de la Requisa

3. Dele máxima privacidad al interno, hasta donde sea posible.

8. Haga que se quite toda la ropa y que la coloque fuera de su alcance.

9. Haga que se incline hacia delante, con la cabeza hacia abajo.

21. Haga que el interno separe las piernas y que levante el pene y después los testículos.

22. Si no está circuncidado, haga que hale hacia atrás el prepucio.

23. En caso de estar haciendo una requisa a una mujer, haga que levante sus senos

24. Haga que se agache en cuclillas, abriendo las piernas, para que abra la parte vaginal y después toser.

29. Haga que se incline hacia delante y que separe las nalgas  
-Este numeral no es aplicado por dignidad con el ser humano- (anotación en manuscrito).

30. Si sospecha que tiene contrabando, haga que se agache en cuclillas y que tosa.

### ***USO DE ESPOSAS, CADENAS Y GRILLETES***

En cuanto al uso de esposas, cadenas y grilletes, la Corte Constitucional considera que “estos medios de coerción, haciendo referencia a las esposas metálicas para los pies, cadena para la cintura, candado y tapa para las esposas, y cadenas para limitar el movimiento de las extremidades inferiores del recluso, lejos están de querer atentar contra la dignidad humana del recluso, tiene como única finalidad imposibilitar al máximo que este pueda deshacerse de las esposas de sus manos mediante el uso de elementos distintos a la llave correspondiente” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1308 de 2001).

El uso de estas medidas coercitivas cuya finalidad es evitar una eventual fuga, se aplica sin atender a criterio de necesidad y utilidad, como el caso en el que se tenía a un sindicado herido por proyectiles de arma de fuego que le causaron lesiones en el colon, el riñón izquierdo, el estómago y fractura de fémur, esposado de la mano derecha a la cama del hospital las 24 horas del día (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-879 de 2001).

En posteriores sentencias la Corte Constitucional manifiesta que estos elementos de coerción se deben aplicar de forma excepcional, y no como regla general, es decir, “cuando circunstancias especiales lo justifiquen en relación con determinado interno, teniendo en cuenta, en concreto, su comportamiento habitual. Este tipo de medidas no se puede aplicar de manera indiscriminada y en especial en presencia de apoderados y familiares, tanto más y en cuanto estos últimos sean menores de edad” (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-1030 de 2003).

### **SANCIÓN DE AISLAMIENTO**

Con respecto a la sanción de aislamiento, se ha estipulado que esta debe cumplir con todas las garantías constitucionales y con los requerimientos legales. Se hace referencia especialmente al principio de legalidad, al derecho de defensa y al debido proceso con el único fin de que esta “privación de la libertad dentro de la privación de la libertad” no se cubra en ningún sentido con un manto de arbitrariedad.

Por lo que las celdas de aislamiento conocidas popularmente como “calabozos” están proscritas de la legislación y de la jurisprudencia nacional, sin embargo, estas fueron remplazados por las denominadas UTE (Unidad de Tratamiento Especial) que, en vez de humanizar las condiciones de aislamiento, lo que lograron fue endurecerlas, en dicho lugar se llega a la dominación total del individuo y a su minimización como ser humano, tanto a nivel psicológico como físico.

Asilados por castigo o por razones de ‘seguridad’ los detenidos que llevan a las UTE están encerrados en una celda individual 23 horas por día y tienen diariamente 1 hora de sol, periodo en el cual salen a una jaula techada de dimensiones muy reducidas (FCSPP, 2009, pág. 240).

El ejercicio de las potestades limitativas de derechos en los establecimientos carcelarios no puede ser excesivo y menos arbitrario. No sólo debe adecuarse a la ley y al reglamento, sino que, además, es necesario circunscribirlo al fin para el cual se ha aplicado, con observancia estricta de las condiciones mínimas de respeto a los derechos y garantías constitucionales que continúan teniendo las personas privadas de la libertad.

Si bien en el art. 123 del Código carcelario se establece el aislamiento como sanción disciplinaria por un periodo máximo de 60 días, con frecuencia, estos lugares son usados como aislamiento de carácter permanente.

En el 2009 la madre de una mujer privada de la libertad, interpone una acción de tutela por considerar que se está vulnerando el derecho “a la vida digna, la integridad física, la salud y la seguridad social” de su hija, al no haber tomado las medidas necesarias para protegerla de las agresiones en contra de su vida, por parte de otras de las internas del establecimiento penitenciario en el que se encuentra recluida, por lo que se decidió, como medida de protección, aislarla y recluirla en un calabozo, en condiciones indignas, y en el que lleva más de tres meses, sin tenerse en consideración otras medidas menos restrictivas, como el traslado a otro centro penitenciario.

En este caso en particular la Corte consideró que esta medida de aislamiento es innecesaria y en caso de no suspenderla se estaría afectando gravemente su dignidad, su libertad, su salud y su vida; lo mismo ocurre con el hecho de que el establecimiento no ejerza sus competencias para resolver de fondo la solicitud de traslado, para poder garantizar su seguridad, y su unidad familiar esto debido a que a la reclusa se le ha prolongado por un largo tiempo el aislamiento (más de tres meses) y porque esta situación, además está deteriorando gravemente su salud y su estado emocional (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-412 de 2009).

Según la Fundación Comité de Solidaridad de Presos Políticos, “la UTE de la Cárcel Nacional Modelo se encuentra en condiciones de grave deterioro físico, las paredes están rotas, presentan humedad, no hay luz, no hay baños ni duchas, los detenidos deben hacer sus necesidades en un hueco en el piso o en bolsas dentro de las mismas celdas” (FCSP, 2009, pág. 143).

El cumplimiento de los principios de seguridad, orden y disciplina en el interior de los establecimientos de reclusión no puede justificar la violación de los derechos fundamentales. Se debe, por el contrario, tratar de mantener el equilibrio entre los fines preventivos de las penas y la protección de los derechos fundamentales, de forma que los mecanismos disciplinarios sean siempre necesarios y proporcionados. La justicia de la sanción estriba, además de su correspondencia con la falta cometida y

con la responsabilidad del sujeto, y del carácter previo de un debido proceso, en que, sin llegar a su ineffectividad, tenga un tope máximo, insuperable, derivado del ordenamiento jurídico.

#### ***MEDIDAS PARA MANTENER EL ORDEN Y LA DISCIPLINA***

La formación que recibe el personal adscrito al INPEC privilegia la seguridad sobre los demás derechos fundamentales, el gran objetivo es evitar la fuga de presos o el ingreso de elementos prohibidos, de esta manera, en aras de conservar la seguridad se justifica el uso del poder represor. "Es así como por motivos de seguridad se deja de remitir a los enfermos para que reciban atención médica, se aísla por periodos prolongados a quienes han solicitado protección especial, se impide el acceso de parte de la población a los programas propios del tratamiento penitenciario o la participación activa en los Comités de Derechos Humanos" (FCSPP, 2009, pág. 193).

El mismo día de ingreso al establecimiento carcelario los internos son sometidos a un proceso de "rapado" de sus cabezas. El INPEC, por su parte, argumenta que se trata de una medida de seguridad encaminada a evitar los "cambiazos" o suplantaciones, y que, además, el porte de cabello largo facilita el ocultamiento de droga y armas.

Para la Corte este tipo de medidas desbordan la consecución de un fin legítimo, como lo es el mantenimiento de la seguridad y el orden en el establecimiento carcelario, ya que el mismo objetivo se puede alcanzar empleando un medio menos gravoso para la dignidad humana, como, por ejemplo, un corte de cabello corto pero que no altere los rasgos faciales.

En otros términos, la calificación de un centro carcelario o penitenciario como de máxima seguridad no implica someter a los reclusos que en ellos se encuentran, a esta clase de tratos. Rapar a los internos constituye entonces una flagrante vulneración a su derecho a la identidad personal, a lucir ante los demás de una determinada manera (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-1030 de 2003).

Otro tipo de medidas implementadas en los establecimientos de máxima seguridad es someter a todos los internos, sin tener en consideración la edad o el estado de salud, a una ducha de agua fría todas las mañanas, pese a que a esta hora la temperatura es inferior a los 2 grados.

Obligar a los internos a tomar una ducha fría, si bien puede causar cierta molestia, no constituye un trato cruel, inhumano o degradante. En efecto, se trata de una medida encaminada a propender por un fin legítimo, cual es, el mantenimiento de unas condiciones de aseo e higiene esenciales en unas instalaciones de esta naturaleza donde habitan cientos de personas; es adecuada e idónea para la consecución del fin; es necesaria ya que con ella se evita la propagación de enfermedades, y es estrictamente proporcional por cuanto si bien puede ocasionar un ligero malestar al interno, el Estado no cuenta con los medios económicos suficientes para solventar un sistema de agua caliente. En pocas palabras, se trata de una medida encaminada a mantener la disciplina en el centro de reclusión, que no lesiona el debido respeto a la dignidad humana (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-1030 de 2003).

#### ***ALIMENTACIÓN Y DOTACIÓN MÍNIMA***

Una dotación mínima es la que permite unas condiciones materiales mínimas de existencia, atendiendo a lo que jurídica y culturalmente puede ser entendido en dicho contexto como una situación de dignidad: disponer de elementos para dormir, tener un vestido y calzado en buen estado, y disponer de ciertos implementos de aseo que garanticen una buena presentación personal y condiciones mínimas de salud y de salubridad (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-490 de 2004).

En cuanto a la dotación mínima, un interno manifiesta que, pese a que al momento del ingreso al penal se le informó que tenía derecho a recibir como dotación reglamentaria “2 uniformes, 2 sábanas, 2 fundas, 1 par de botas, ropa interior y útiles de aseo personal para un periodo de un año”, en su caso, desde hace 30 meses le entregaron “un uniforme” y “un par de botas”. Al respecto la Corte manifestó: (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-490 de 2004).

Ahora bien, haciendo referencia a la alimentación, la Corte señaló el hambre como una forma de tortura ya que el Estado tiene la obligación de brindar a los internos una alimentación suficiente y adecuada. Cuando incumple con este deber desconoce indiscutiblemente la dignidad humana y viola los derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal de los reclusos, al respecto, un interno afirma que:

recibimos los alimentos en tarros de gaseosa, bolsas plásticas y el menaje totalmente deteriorado y lleno de microorganismos que a la postre afectan nuestra salud” (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-693 de 2007).

La Corte ha manifestado que el hambre, supone necesariamente sufrimiento y ostensible daño a la integridad personal, física y mental de quien la padece, es un sufrimiento innecesario y constituye un tratamiento indigno.

El racionamiento alimentario, la comida no apta para el consumo humano, ya sea por estar descompuesta o por ser antihigiénica, o la alimentación desbalanceada, constituyen un sufrimiento innecesario que constituye un tratamiento indigno o inhumano a través del cual se compromete el mínimo vital de las personas privadas de la libertad.

En el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar, la tubería de aguas negras atraviesa superficialmente el área donde se preparan los alimentos, convirtiéndose en un foco de infecciones y contaminación para los alimentos. Por lo que el 22 de septiembre de 2008, la Secretaria de Salud Departamental realizó una visita al Establecimiento y en el informe practicado señaló:

Al pollo apanado, la carne, el arroz, el plátano y la ensalada cruda se les encontraron presencia de coliformes fecales, levaduras, moho y el arroz presenta impurezas como piedras. La muestra concluye con un concepto “desfavorable

definitivo". Además, el suministro de agua no es constante, sólo lo colocan por horas<sup>13</sup>

Debido a esta situación la Defensoría presentó una acción de tutela, cuyo fallo amparó los derechos a la salud, vida y dignidad humana de los presos, aunque según información suministrada a la FCSPP, la situación no ha variado sustancialmente (FCSPP, 2009:127).

### ***FALLAS EN EL SUMINISTRO DEL AGUA***

Muchas de las cárceles creadas bajo el programa de la Nueva Cultura Penitenciaria, pese al poco tiempo que tienen de haber sido construidas, presentan problemas graves, como, por ejemplo, la falta de aprovisionamiento de agua, que, en el caso de la penitenciaría de Valledupar, se ha convertido en una de las principales causas de violencia.

el agua es suministrada dos veces al día por un espacio de cinco a diez minutos, (...) la población reclusa debe almacenar el líquido en baldes y botellas, y transportarlo a su celda para su uso personal, bien sea para el lavado de sus pertenencias o para su consumo" (FCSPP, 2009, pág. 137).

La falla en el suministro además obliga a los internos a que hagan sus necesidades fisiológicas en bolsas plásticas, lo que ha incentivado además la corrupción pues según denuncias recibidas por la FCSPP, los guardianes han aprovechado para cobrar dinero para que los internos puedan deshacerse de dichas bolsas.

De esta manera queda expuesta entonces la concepción de que la degradación progresiva y sistemática de los derechos fundamentales de los ciudadanos reclusos, se da desde los enfoques normativo, jurisprudencial, administrativo y real, y no como muchos pensarían que es de carácter extraoficial o incluso desde lo excepcional, poniéndose en evidencia que la cárcel se ha diseñado "formal y oficialmente" para infringir un mal, que cruza incesantemente la infranqueable línea de la dignidad

---

<sup>13</sup> Oficio N. 4030 de la Defensoría del pueblo en respuesta a petición elevada por la Fundación Comité de Solidaridad con los presos políticos

humana, vejando, humillando y degradando en su “ser” a aquellos ciudadanos privados de la libertad.

La Corte Constitucional reconoce la situación de las cárceles colombianas, y más allá de ‘declarar’, ‘volver a declarar’ y ‘seguir declarando’ el *estado de cosas inconstitucionales*, ha mantenido una postura que en algunos casos por ‘omisión’ y en otros por la misma interpretación normativa que hace, ha legitimado la violación masiva de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, privilegiando así, tratos crueles, degradantes e inhumanos. De igual manera, no hay mucho que esperar de un sistema penitenciario en el que la misma Corte Constitucional se refiere a las prisiones como meros depósitos de personas (sentencia T-153 de 1998) o como espacios de deshumanización (sentencia T-388 de 2013), tal y como veremos en el siguiente apartado.

### **III. EL ESTADO DE EMERGENCIA PENITENCIARIA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-388 DE 2013**

Como hemos visto, en la sentencia T- 153 de 1998 se declaró el *estado de cosas inconstitucional* en el sistema penitenciario, el cual, se entendió superado en razón a las medidas y políticas adoptadas con posterioridad. No obstante, la violación masiva y sistemática de derechos humanos al interior de las prisiones no solo continuó, sino que se acrecentó con el paso del tiempo.

La sobrepoblación penitenciaria es una problemática que genera violencia en sí misma, debido, entre otras cosas, a la escasez de bienes y servicios que el Estado debe garantizar a las personas privadas de la libertad que se encuentran bajo su control y sujeción especial. Además, el hacinamiento y el deterioro de la infraestructura penitenciaria son

escenarios que favorecen la tortura y los tratos crueles y degradantes, en donde la deshumanización se hace evidente.

En esta sentencia, se reconoce que la crisis estructural en que se encuentra el sistema penitenciario es contraria a la constitución, ya que desconoce el principio de la dignidad humana, proclamado en un Estado social y democrático de derecho.

Como lo señaló en su momento el Premio Nobel de Paz, Nelson Mandela, una sociedad no puede juzgarse por la manera en que trata a sus ciudadanos más ilustres, sino a sus ciudadanos marginados; entre ellos, por supuesto, las personas que están recluidas en prisión.

El estado de cosas en el que se encuentra el sistema penitenciario y carcelario colombiano es una prueba fehaciente de que el compromiso adquirido constitucionalmente con la dignidad humana de toda persona aún requiere ser profundizado para que sea una realidad. Aunque las palabras de la Constitución, las leyes, los decretos y las sentencias aseguran formalmente un compromiso pleno con la dignidad humana, no se ha logrado materializarlo a plenitud. Las políticas públicas existentes no reflejan ese mismo compromiso que el ordenamiento jurídico formalmente en sus textos ha adquirido, y que algunos jueces han intentado hacer cumplir (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 2013).

En esta sentencia se manifiesta que las cárceles se han convertido en depósitos de seres humanos, antes que instituciones respetuosas de la dignidad y de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad. Llegando incluso a afirmarse desde la jurisprudencia constitucional expresiones como ‘dantesco’ o ‘infernol’, para referirse al *estado de cosas* en que se encuentra el sistema penitenciario y carcelario. Y aunque el Gobierno consideró en el pasado que esta situación había sido superada, la jurisprudencia constitucional la sigue constatando.

Un aspecto a resaltar y —aplaudir— de este pronunciamiento es que por primera vez se aleja del discurso institucional de la cárcel, donde la problemática radica en el binomio cupos – sobrecupos, y propone una

reflexión encaminada hacia una Política criminal y carcelaria respetuosa de un Estado social y democrático de derecho, en donde se tomen las medidas necesarias y adecuadas para evitar el uso indebido o excesivo de las medidas de aseguramiento que impliquen la privación de la libertad de una persona. Que se fundamente no solo en la justicia retributiva, sino que se oriente también, por los principios de la justicia restaurativa, y que busque como finalidad, la resocialización y reinserción social.

### **1. EL NUEVO ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES**

En la sentencia T-153 de 1998, la Corte Constitucional constató un estado de cosas inconstitucionales en las penitenciarías y cárceles del país, situación que para el año 2010 se entendió por superada debido a los planes y programas implementadas que buscaban reducir el hacinamiento de aquella época.

No obstante, con el paso del tiempo, la Corte Constitucional empezó a recibir múltiples acciones de tutela realizadas por las mismas personas privadas de la libertad, organizaciones defensoras de derechos humanos, órganos de control, academia y sociedad civil solicitando la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad y una nueva declaración del *estado de cosas inconstitucionales* en los centros de reclusión del país ya que la violación masiva, continuaba. A lo que la Corte respondió, en diversas oportunidades que carecía de competencia para pronunciarse sobre una sentencia de hace más de una década, y que ya había dado por superado.

Después de diversos pronunciamientos en el mismo sentido, se emite esta sentencia, en la que la Corte afirma que si bien no le compete reabrir el cumplimiento de la sentencia T-153 de 1998, si le corresponde analizar y determinar si nos encontramos nuevamente ante un *estado de cosas* contrario al orden constitucional vigente.

En este sentido, afirma la Corte que, si bien existen parecidos y similitudes entre el *estado de cosas* de 1998 y el actual, se trata de contextos y supuestos fácticos diferentes. Ya que en 1998 la situación era de abandono, y en la actualidad, pese a que se han alcanzado índices similares a los de aquella época, no es por la misma situación, ya que desde entonces el Estado ha hecho importantes inversiones en la infraestructura carcelaria, que permitieron pensar que la situación de hacinamiento sería superada en el año 2010. No obstante, pese al enorme esfuerzo presupuestal que se ha hecho en los últimos años para mejorar la infraestructura penitenciaria existente y crear nuevos cupos, para el año 2013 se habían superado los niveles dramáticos del año en que se emitió la sentencia T-153 de 1998.

El estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario que se constató en la sentencia T-153 de 1998 por hacinamiento y por abandono de un sistema penitenciario y carcelario con una infraestructura vetusta, acabada y, por definición, inútil e inadecuada para lograr los fines de resocialización que se demanda al Sistema, fue superado en gran medida. No totalmente, pero sí en cuanto al estado crítico en el cual se encontraba. Las medidas legislativas y administrativas adoptadas en los años siguientes implementaron cambios al sistema penitenciario y carcelario nacional que permitieron superar la gravísima situación que se enfrentó en 1998. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 2013).

Es así como por más de una década, la Corte dio la espalda a la violación masiva y sistemática de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, y con ello, al *estado de cosas inconstitucionales* declarado, perdiendo de esta manera competencia sobre el asunto, por lo que, durante todo ese tiempo, se limitó a remitir todos los expedientes que le llegaban a las autoridades administrativas y órganos de control competentes.

Fue a partir de esta sentencia que la Corte se involucró nuevamente con la situación de las personas privadas de la libertad,

aunque es necesario resaltar que la movilización ciudadana jugó un papel trascendental, pues fue a través de dos importantes iniciativas académicas, que se logró despertar a la Corte del letargo en el que había permanecido durante tantos años, a través de las cuales se le solicitaba retomar la competencia sobre la sentencia de 1998 o por lo menos, hacerla cumplir.

Una de ellas fue presentada por el Grupo de Derecho de Interés Público<sup>14</sup> de la Universidad de Los Andes de Bogotá, solicitando a la Corte Constitucional el cumplimiento de la sentencia T-153 de 1998, mediante la cual se declaró la existencia de un *estado de cosas inconstitucional* en las cárceles y penitenciarias de Colombia.

Ante esta iniciativa académica, la Corte respondió negando la solicitud de abrir un incidente de desacato con ocasión de las órdenes impartidas en la Sentencia T-153 de 1998, por carecer de competencia para hacerlo.

La Sala no cuenta con la información adecuada y suficiente, resultado de un proceso judicial en el que hayan participado las diferentes partes comprometidas, que le permita evaluar y estudiar adecuadamente las cuestiones planteadas por los solicitantes. Si bien existen graves evidencias aportadas al proceso, como lo es el caso del hacinamiento, no puede la Corte Constitucional, con la información aportada, entrar a tomar una decisión definitiva al respecto. Pero no es sólo una cuestión de información, también lo es de competencia. Como se dijo, la información actual no se presentó dentro del desarrollo de un proceso judicial que confiera competencia y poder de decisión a esta Corporación judicial sobre el asunto. En tal medida, la Sala se limita a constatar la aparente grave situación en la que se encuentran muchas personas privadas de la libertad, según la información presentada por los solicitantes y a dar traslado de la misma a las autoridades competentes constitucional y legalmente para tomar las

---

<sup>14</sup> Iniciativa presentada por: 6 miembros del GDIP: Manuel Alejandro Iturralde, Juan Diego Álvarez, Mariana Castellón, Juan Sebastián Perilla, Jacques Simhon y Andrés Felipe Londoño, 7 representantes de derechos humanos de la cárcel la Picota: Henry Barrera, patio 6; Octavio Lana Anteasa, patio 5; Cristian Camilo Oviero, patio 1; Omar Gustavo Roncancio, patio ERE 2; Jesús Antonio Gómez, patio ERE 1; Víctor Julio Ávila, patio 3 y Agustín Champan, patio 7, y se contó además, con la adhesión de 502 personas privadas de la libertad de la cárcel la Picota.

medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar, para asegurar el imperio del orden constitucional vigente y de los derechos constitucionales que reconoce. (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Auto N° 041 de 2011).

Otra iniciativa a destacar, fue la presentada el 15 de enero de 2013 por un grupo de estudiantes, profesores y personal directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás<sup>15</sup>, Sede Villavicencio; solicitando, a diferencia de la iniciativa pasada, no el cumplimiento por desacato, sino la declaración de que el *estado de cosas inconstitucional* del sistema penitenciario y carcelario continúa y que, en consecuencia, se adelanten los trámites judiciales correspondientes para hacer cumplir la sentencia T-153 de 1998. A lo cual, la Corte respondió que:

(...) Aunque la situación del sistema penitenciario y carcelario actualmente es crítica, también es cierto que se trata de una situación diferente a la que se constató hace ya más de una década. En tal medida, no compete a la Corte Constitucional reabrir el cumplimiento de la sentencia T-153 de 1998 que analizó un determinado momento del sistema, sino analizar su situación actual y determinar si se encuentra, nuevamente, en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente.

A raíz de las iniciativas antes mencionadas, y del centenar de acciones de tutela que seguían colapsando el sistema judicial solicitando la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad, la Corte se vio obligada a emitir la sentencia T-388 de 2013, en la que se declara un nuevo *estado de cosas inconstitucional* en los centros de reclusión del país, siendo enfática en afirmar, que la evidencia fáctica es sustancialmente diferente a la que se experimentaba a finales del siglo XX. Es preciso resaltar estas valiosas iniciativas ciudadanas, porque nos permiten recordar que los verdaderos cambios sociales se gestan es a

---

<sup>15</sup> La solicitud fue presentada por dos estudiantes, Nataly Ruíz Ballén y Jhon Alexander Fonseca, cuatro docentes, Luis Alfonso Fajardo Sánchez, Carlos Eduardo Trujillo, Hernán Castañeda Chaux y Jhomny Urrea Butista, por la Directora de Consultorio Jurídico de la Universidad, Lucy Mercedes García Herrera, y por la Decana, María Consuelo Caballero Esquivel,

través de los movimientos sociales y de sus incansables luchas por las causas perdidas.

Este fallo se acompaña de la emisión del concepto favorable, de la entonces Ministra de Justicia y del Derecho, Ruth Stella Correa Palacio, a la solicitud enviada por el Director del INPEC, el General Gustavo Adolfo Ricaurte, para que declarara el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria en el país debido a la masiva violación del derecho fundamental a la salud de los internos. Dice el Concepto:

La solicitud formulada [...] y la realidad fáctica sobreviniente, relacionada con la emergencia derivada de las dificultades de salud, sanitarias y de higiene de los centros de reclusión, permiten concluir la necesidad de acudir a la figura del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, en tanto que se configura la causal contenida en el literal (b) del artículo 168<sup>16</sup> de la Ley 65 de 1993, razón por la cual se emite CONCEPTO FAVORABLE para que dicha declaratoria cobije todos los centros de reclusión del país.

Si bien es cierto que no se puede afirmar que el sistema penitenciario se encuentra en la misma situación de abandono de 1998, ya que se ha involucrado a diferentes estamentos públicos unidireccionalmente en la ampliación de la infraestructura carcelaria, no obstante, la realidad en que viven las personas privadas de la libertad, la vulneración de sus derechos y el desconocimiento de su dignidad humana, se siguen enmarcando en una situación de abandono por parte del Estado, a pesar de los esfuerzos y recursos invertidos.

---

<sup>16</sup> ARTICULO 168. ESTADOS DE EMERGENCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA. ([Modificado por el art. 92, Ley 1709 de 2014](#)). El Director General del INPEC, previo el concepto favorable del Ministro de Justicia y del Derecho, podrá decretar el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, en todos los centros de reclusión nacional, en algunos o alguno de ellos, en los siguientes casos:

b) Cuando sobrevengan graves situaciones de orden sanitario que expongan al contagio al personal del centro de reclusión o que sus condiciones higiénicas no permitan la convivencia en el lugar, o cuando acaezcan o se adviertan graves indicios de calamidad pública.

Cuando se trata de las situaciones contempladas en el literal b) el Director del INPEC acudirá a las autoridades del ramo, sanitario y de emergencia, tanto nacionales como departamentales o municipales, para obtener su colaboración, las que están obligadas a prestarla de inmediato en coordinación con los centros de reclusión afectados.

Si bien este fallo, aunque demasiado tarde, merece ser recibido con gran entusiasmo, queda en el aire un manto de duda y escepticismo, pues la figura del *estado de cosas inconstitucionales* no fue muy útil, mientras la Corte mantuvo competencia sobre el asunto, y no sirvió de nada, cuando la perdió. Así que son pocas las expectativas de que, con la nueva declaración, se pueda hacer algo por mitigar el sufrimiento y la violencia a la que son sometidas las personas privadas de la libertad en Colombia.

Sin embargo, es preciso destacar que esta sentencia por primera vez deja a un lado el papel protagónico de la cárcel como institución, y desplaza la mirada a la situación real que padecen las personas privadas de la libertad. Gran parte de esta sentencia se dedica a relatar el sufrimiento y las condiciones degradantes en las que sobreviven las personas privadas de la libertad, llegando a afirmar que, el sistema penitenciario y carcelario colombiano es indigno, incluso para los estándares de lo que normalmente se consideran “los mínimos de los mínimos”.

Una persona privada de la libertad en condiciones dignas supone al menos, además de la protección a su vida e integridad física y mental, una reclusión libre de hacinamiento; en una infraestructura adecuada; no ser sometida a temperaturas extremas, en especial en los momentos de reposo y descanso; acceso a servicios públicos básicos, especialmente al agua potable; alimentación adecuada y suficiente; a un ambiente salubre e higiénico; acceso a los servicios de salud que se requiera; a servicios de aseo y utensilios; el respeto a la visitas íntimas. Tiene derecho a que su encierro tenga como propósito principal un proceso de resocialización en el que el trabajo, la educación, la recreación y las relaciones familiares y con las personas allegadas deben tener roles preponderantes. Finalmente, como medio para asegurar el respeto de los derechos fundamentales, y poder enfrentar las diferentes amenazas y violaciones a las que se está sometido, son esenciales los derechos a presentar peticiones a la administración pública y a acceder a la administración de justicia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 2013).

Pero, lo más valioso de la sentencia, es que propone un debate que se aleja de la simple expansión del sistema carcelario, denominando esta estrategia como insuficiente, e invita a centrarse en el enfoque de la Política criminal y carcelaria, la cual es adjetiva de inconstitucional debido a su desenfrenado interés por convertir en delito todo aquello que se considere ofensivo para la sociedad.

El estado de cosas del Sistema penitenciario y carcelario, como un resultado de la Política criminal en general, ha afectado en gran medida a los grupos más vulnerables de la sociedad. Los desperfectos estructurales del Sistema se han ensañado, por los problemas de selectividad propios del Derecho penal y sus instrumentos de aplicación, han generado daños y costos en los derechos de las personas que han tenido que asumir grupos sociales frente a los cuales, el Estado tiene un especial deber constitucional de protección. Esta situación de marginalidad previa de la población reclusa, se suma a la exclusión que se añade por el hecho de haber sido privado de la libertad, así sea preventivamente (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 2013).

La Corte sostiene que una de las razones por las que el sistema penitenciario se encuentra en un estado que contraviene el orden constitucional actual es por el uso desmedido del sistema penal, sin tener en cuenta siquiera, los altos costos que este genera. Y una alta demanda penitenciaria, de dimensiones como la colombiana, es evidentemente insostenible.

Cada vez más, herramientas de intervención y transformación social como la educación, si bien son reconocidas retóricamente como el camino a seguir, en el día a día, se sigue adoptando el castigo, y en especial el castigo penal, como el instrumento ideal y por excelencia para la solución de los problemas sociales. Esto, a pesar de que se ha revelado inútil y, peor aún, contraproducente, pues, además de no evitar el delito, termina reproduciéndolo y aumentándolo por los fenómenos de 'contaminación criminal'. Por esto, la Política criminal y carcelaria debe ser razonable y conservar sus justas proporciones (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 2013).

Lo dicho hasta el momento nos puede llevar a concluir que el sistema penitenciario de Colombia se encuentra en una situación de emergencia debido a los diversos problemas que afronta, como el hacinamiento, la precariedad de la infraestructura y las malas condiciones sanitarias. Circunstancias, que pone en grave en riesgo la salud pública de todas las personas privadas de la libertad y vulnera un gran abanico de derechos fundamentales.

## **2. REGLAS DE EQUILIBRIO O DE EQUILIBRIO DECRECIENTE**

Debido a los altos índices de hacinamiento existentes en la mayoría de las cárceles colombianas, que en muchos casos superan el 140% de su capacidad, se empezaron a presentar ciertas iniciativas judiciales de cierres parciales o temporales de los establecimientos de reclusión, buscando restablecer el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Al respecto, la Corte considera.

La primera solución se puede dar, pero sólo en un caso excepcional, extremo y evidente, en el cual se sepa que la única solución posible es esa; que no existe otro camino. Piénsese, por ejemplo, en un establecimiento carcelario que amenaza ruina y que, se sabe, en cuestión de días se derrumbará, poniendo en claro riesgo la vida y la integridad personal de quienes se encuentren allí (bien sean sindicatos, condenados, funcionarios o simplemente visitantes). La segunda solución, es igualmente extrema, pero es debe ser adoptada, siempre y cuando no se cierre por completo la opción de autorizar el ingreso de nuevas personas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 2013).

No obstante, no se puede olvidar que el cierre de una cárcel es una medida de carácter administrativo que corresponde tomar a las autoridades penitenciarias, y no a las autoridades judiciales. Ya que la complejidad de establecer mediante procedimientos técnicos si un establecimiento carcelario se debe reformar, cerrar o reemplazar, no puede ser suplantada por el juez de tutela. Aunque en circunstancias de extrema gravedad, en las que se evidencie y demuestre que los derechos

fundamentales de las personas privadas de la libertad corren grave riesgo, se requieren medidas de protección extrema. En tales circunstancias, el juez de tutela, de manera excepcional, puede decidir sobre el cierre de un establecimiento de reclusión.

Dependerá pues de la evidencia con que se cuente, de que existe un peligro real e inminente que sólo puede ser conjurado con el cierre definitivo de un establecimiento carcelario. En cualquier caso, un espacio que no sea respetuoso de la dignidad humana y de los derechos fundamentales debe ser efectivamente corregido o, de lo contrario, no puede ser usado como penitenciaría o cárcel en un estado social y democrático de derecho (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 2013).

Por lo tanto, la Corte dispone en esta sentencia que, hasta que las autoridades carcelarias no dispongan de una medida que garantice la superación del *estado de cosas* contrario al orden constitucional vigente, se deberán aplicar las reglas de *equilibrio decreciente* o de *equilibrio*, las cuales explica de la siguiente manera.

La regla de equilibrio decreciente, consiste en que sólo se podrá autorizar el ingreso de personas al centro de reclusión si y sólo si (i) el número de personas que ingresan es igual o menor al número de personas que salgan del establecimiento de reclusión, durante la semana anterior, por la razón que sea (por ejemplo, a causa de un traslado o por obtener la libertad), y (ii) el número de personas del establecimiento ha ido disminuyendo constantemente, de acuerdo con las expectativas y las proyecciones esperadas.

Una vez se alcance la meta de tener un nivel de ocupación que no sea superior al cupo máximo que tiene el establecimiento, puede dejarse de aplicar la regla de equilibrio decreciente para pasar a aplicar, únicamente, una regla de equilibrio. Es decir, no es necesario continuar disminuyendo el nivel de ocupación, pues ya no hay hacinamiento, pero se debe, mantener una regla de equilibrio, para impedir que esa crítica situación de sobrecupo vuelva a presentarse. Cuando un establecimiento

se encuentre libre de hacinamiento y tenga plazas disponibles (no esté ocupado totalmente), podrá dirigirse de acuerdo con las reglas y políticas propias que establezcan las autoridades carcelarias correspondientes, sin tener que atender las reglas de equilibrio y de equilibrio decreciente.

La Corte afirma que estas reglas deben estar (i) plenamente demostradas, (ii) debidamente justificadas y (iii) ser temporales. Es decir, la administración penitenciaria tiene la carga de probar que existe un contexto fáctico en el que se justifica exceptuar la aplicación de la regla, y debe dar los argumentos que así lo justifiquen.

### **3. PRINCIPALES ÓRDENES Y DISPOSICIONES**

Se declarará que el Sistema penitenciario y carcelario nuevamente está en un *estado de cosas* contrario a la Constitución Política de 1991, lo cual se refleja principalmente en el alto nivel de hacinamiento de los centros de reclusión, lo cual se debe a la ausencia de una Política criminal que use de forma razonable y proporcionada el castigo penal

Se insta al juez de tutela a asumir una actitud más oficiosa y activa cuando el amparo es invocado por personas que tienen limitado su derecho de defensa, como ocurre con las personas privadas de la libertad.

Se manifiesta que recluir a una persona en condiciones extremas, insalubres y no higiénicas, y no garantizar el acceso a los servicios de salud es una violación flagrante del orden constitucional vigente. Y si estas restricciones son claramente irrazonables y desproporcionadas, constituirán, además, un trato cruel, inhumano y degradante.

Los Establecimientos penitenciarios y carcelarios deben encargarse de tomar medidas adecuadas y necesarias, para asegurar la efectiva reinserción social de aquellas personas marginadas y excluidas

socialmente por su condición socioeconómica, que se encuentren privadas de la libertad, independientemente de si son condenadas o sindicadas.

Sólo en aquellos casos en los que excepcionalmente, se cuente con una evidencia clara y contundente de que un establecimiento amenaza grave e inminentemente la dignidad humana y los derechos de las personas, y que no es posible reparar o evitar esta situación de ninguna manera, se podrá considerar la extrema decisión de decretar el cierre de un establecimiento penitenciario y carcelario o de un lugar de reclusión.

En aquellos casos en los que se esté enfrentando una situación de hacinamiento grave y evidente, y hasta tanto no se disponga una medida que asegure una protección igual o superior, se deberá aplicar la regla de equilibrio decreciente hasta tanto cese el hacinamiento y el establecimiento no se encuentre ocupado más allá de su capacidad total. A partir de este momento se deberá aplicar estrictamente la regla de equilibrio, la cual no requiere que continúe disminuyendo el número de personas reclusas, sino que se adopten las medidas adecuadas y suficientes para evitar regresar al estado de hacinamiento y mantener un nivel de ocupación que garantice condiciones de reclusión dignas para todas las personas.

Se ordena al Gobierno Nacional, que a través del Ministerio de Justicia y del Derecho convoque al Consejo Superior de Política Criminal para que continúe tomando las medidas adecuadas y necesarias para superar el *estado de cosas inconstitucional* penitenciario y carcelario. Y se ordena a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo que se hagan partícipes del proceso de cumplimiento de esta sentencia.

Pueden resaltarse varios aspectos de las ordenes emitidas por la Corte en esta sentencia, como por ejemplo que se invite a los jueces de tutela a tener un papel más activo en la protección de derechos

fundamentales de las personas privadas de la libertad, y que se instauren figuras como las reglas de equilibrio para intentar al menos contener, los índices de hacinamiento carcelario.

### **III. UNA POLÍTICA CRIMINAL INCONSTITUCIONAL. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-762 DE 2015**

Después de declarar el segundo *estado de cosas inconstitucional* en los centros de reclusión del país en el año 2013, la Corte emite nuevamente un fallo pronunciándose sobre la vulneración sistemática de derechos fundamentales que padecen las personas privadas de la libertad, buscando esta vez, ejercer su función de control de seguimiento a las órdenes dadas, y presentar algunas soluciones concretas, que permitan dinamizar algunos elementos de la Política criminal, buscando contribuir a la superación del *estado de cosas inconstitucional* en el sistema carcelario y penitenciario colombiano, el cual se ratifica en esta sentencia.

Pues se constata que la violación masiva de derechos fundamentales se sigue presentando, como, por ejemplo, la violación al derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud, al agua potable, a la resocialización, entre otros. Encontrando que las personas privadas de la libertad no solo son desprovistas del derecho a la libertad, como lógicamente corresponde, sino del ejercicio de muchas otras garantías constitucionales, lo que no puede ser admisible en un Estado social de derecho, bajo ningún argumento.

El desconocimiento de los derechos fundamentales es generalizado, ya que se ha convertido en una práctica a lo largo y ancho del territorio nacional. Y el incumplimiento de las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos de las personas reclusas se ha mantenido de forma prolongada en el tiempo, incluso desde antes de 1998. Además de que las autoridades competentes no han tomado las medidas

legislativas, administrativas o presupuestarias necesarias y eficaces para evitar la vulneración de tales derechos.

En este pronunciamiento la Corte identifica varias problemáticas estructurales del sistema penitenciario, las cuales se deben atender por las autoridades competentes, para poner fin al *estado de cosas inconstitucionales*, y consecuentemente a la vulneración masiva de derechos fundamentales.

#### **1. ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL MÍNIMO QUE DEBE CUMPLIR UNA POLÍTICA CRIMINAL RESPETUOSA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

En este pronunciamiento, además de describir ampliamente el comportamiento de la Política criminal en Colombia, caracterizándola como: Reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015), fija un estándar constitucional mínimo que debe cumplir la Política criminal para ser respetuosa de los derechos humanos, estableciendo que:

##### ***LA POLÍTICA CRIMINAL DEBE TENER UN CARÁCTER PREVENTIVO. USO DEL DERECHO PENAL COMO ÚLTIMA RATIO***

Uno de los principales aspectos que debe transformarse es el enfoque de la Política criminal, pues se ha caracterizado por ser una clara respuesta del populismo punitivo, considerando el Derecho penal, como la principal respuesta a los problemas sociales.

Para lo cual, es necesario rescatar el principio del Derecho penal como *última ratio*, lo cual implica que todas las entidades estatales involucradas desarrollen políticas serias de prevención de la delincuencia y la criminalidad, poniendo siempre de relieve que los factores que inciden en la delincuencia son potenciados por la desigualdad, la discriminación y la exclusión social.

***LA POLÍTICA CRIMINAL DEBE RESPETAR EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD PERSONAL, DE FORMA ESTRICTA Y REFORZADA***

No puede perderse de vista que la limitación al derecho de libertad tiene un fin resocializador y de persuadir a la sociedad de cometer delitos, y pese a que la prisión se ha convertido en un instrumento legitimado en la mayoría de los Estados, no debe considerarse como la única estrategia para combatir la delincuencia.

Y es necesario, además de la implementación de un sólido sistema de penas alternativas a la prisión, revisar el actual sistema de penas, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y con los bienes jurídicos que pretenden protegerse. Lo anterior, para contribuir a superar la incoherencia del sistema de penas legalmente establecido.

***LA POLÍTICA CRIMINAL DEBE BUSCAR COMO FIN PRIMORDIAL LA EFECTIVA RESOCIALIZACIÓN DE LOS CONDENADOS***

Es importante señalar que la Política criminal colombiana perdió de vista el fin resocializador de la pena privativa de la libertad, en tanto, el sistema previsto para su ejecución está en una profunda crisis humanitaria. Por ello es necesario que todas las entidades estatales involucradas retomen la resocialización como su enfoque principal.

En este sentido, la Comisión identificó algunos puntos de acción que la Corte, reitera en esta sentencia: i) La pena y su fin resocializador debe tener tiempos mínimos y máximos para ser ejecutados, para que brinden una expectativa seria de vida en libertad al condenado. Sin embargo, la determinación de estos tiempos requiere de una investigación empírica que no se ha realizado aún. ii) Es necesario reestructurar los modelos de trabajo, estudio y enseñanza en los centros de reclusión para que sean tomados como formas de resocialización, y no como simples factores de redención de la pena. iii) Es necesario que se redistribuyan las cargas administrativas y presupuestales del sistema penitenciario, para

que los programas de resocialización tengan posibilidades reales de ejecución (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

***LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD DEBEN SER EXCEPCIONALES***

En correspondencia con el principio de libertad personal, es necesario que, en el sistema penal colombiano, la detención preventiva se aplique de manera excepcional. Ya que se ha convertido en una herramienta de investigación o de sanción anticipada para las personas sindicadas, afectando gravemente el principio de presunción de inocencia.

***LA POLÍTICA CRIMINAL DEBE SER COHERENTE***

Para que la política pública en materia criminal sea coherente, estable y consistente, las entidades encargadas de su formulación y diseño deben crear mecanismos de coordinación y colaboración armónica, para que todas las acciones y medidas se dirijan hacia la consecución de un objetivo común. Según la Comisión Asesora uno de los órganos que adquiere relevancia, como instancia articuladora de la Política criminal, a fin de asegurar su coherencia, estabilidad y consistencia, es el Consejo Superior de Política Criminal –CSPC-.

***LA POLÍTICA CRIMINAL DEBE ESTAR SUSTENTADA EN ELEMENTOS EMPÍRICOS***

Uno de los puntos álgidos y problemáticos de la Política criminal es la ausencia de fundamentación empírica, ya que afecta transversalmente todas las etapas de esta. Por ello es urgente cumplir el deber de consolidar sistemas de información serios, confiables y articulados, que permitan la evaluación y la retroalimentación de las medidas adoptadas en cada etapa de la política pública.

***LA POLÍTICA CRIMINAL DEBE SER SOSTENIBLE. MEDICIÓN DE COSTOS EN DERECHOS ECONÓMICOS***

El panorama actual de la Política criminal, tal y como está formulada, genera altos costos, tanto económicos, como en derechos y legitimidad del Estado, ya que, por un lado, no reduce la criminalidad ni la reincidencia, y afecta gravemente otros derechos como la dignidad humana, la salud, la libertad sexual, entre otros, los cuales, con posterioridad pueden ser demandados judicialmente, generando altos costos para el Estado por concepto de indemnizaciones, y “un Estado que desconoce a través de las prisiones impunemente la dignidad y la integridad de las personas, pierde legitimidad ante sus ciudadanos”. En otras palabras, convertir las cárceles y penitenciarias, en centros de violación masiva de derechos humanos, hace que la actividad del Estado sea contraria a la Constitución.

***LA POLÍTICA CRIMINAL DEBE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PRESOS***

La Política criminal, en general, y el sistema penitenciario y carcelario, en particular, deben garantizar como mínimo unas condiciones de subsistencia digna y humana a todos los reclusos en todo el territorio nacional, en concordancia con la Sentencia T-388 de 2013, deberá asegurar: i) Que los horarios de alimentación y ducha se ajusten a los del común de la sociedad, y se ponga a disposición de los internos agua potable en la cantidad y frecuencia por ellos requerida; ii) Que los alimentos que se proporcionen estén en óptimas condiciones de conservación, preparación y nutrición; iii) Que el sistema sanitario, las tuberías de desagüe, baños y duchas estén en condiciones adecuadas de calidad y cantidad para atender al número de personas reclusas en cada establecimiento; igualmente se deberá entregar a los reclusos una dotación de implementos de aseo mensualmente; iv) Que el servicio médico esté disponible de manera continua y cuente con medicinas, equipos y personal idóneos para atender los requerimientos de la

población carcelaria; v) Que los servicios de aseo e higiene de las instalaciones se amplíen y fortalezcan en procura de evitar enfermedades, contagios e infecciones; vi) Que se entregue a cada persona, especialmente a quienes no tienen celda para su descanso, una dotación de colchón, cobija, sábana y almohada, que permita un mejor descanso en un espacio adecuado para ese propósito; vii) Que se fomente la creación de espacios de trabajo y estudio, así como de actividades lúdicas y recreativas para las personas reclusas en estos establecimientos.

Fijado así el estándar constitucional mínimo que debe cumplir una Política criminal respetuosa de los derechos humanos, y constatado que, en las cárceles del país, no se cumplen estas condiciones mínimas de estructuración de la Política criminal, se reiterará la existencia del *estado de cosas* contrario a la Constitución Política, en el Sistema Penitenciario y Carcelario del país, declarado mediante la sentencia T-388 de 2013.

## **2. PRINCIPALES ÓRDENES Y DISPOSICIONES**

Que todas las entidades gubernamentales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, busquen cumplir el estándar constitucional mínimo de una Política criminal respetuosa de los derechos humanos, cuando se propongan, inicien o tramiten proyectos de ley o actos legislativos que incidan en la formulación y diseño de la Política criminal, en el funcionamiento del Sistema de Justicia Penal y/o en el funcionamiento del Sistema Penitenciario y Carcelario. Y que, asimismo, cuenten con el concepto previo del Comité Técnico Científico del Consejo Superior de Política Criminal.

Que el Gobierno Nacional emprenda todas las acciones necesarias para dar mayor viabilidad financiera e institucional al Consejo Superior de Política Criminal y a sus instancias técnicas, con el fin de que este dé cumplimiento a las todas funciones que le fueron asignadas mediante el Decreto 2055 de 2014. Así mismo, deberá crear al interior del Consejo

Superior de Política Criminal una instancia técnica de carácter permanente que tenga la función de crear, alimentar y evaluar un Sistema de información de Política criminal serio y confiable.

Que el Consejo Superior de Política Criminal, en coordinación con el Ministerio de Justicia y del Derecho, emprenda las acciones para la creación de un sistema de información unificado, serio y confiable sobre Política criminal. Que cumpla, al menos, con los siguientes parámetros: i) Crear estadísticas y bases de datos unificadas, serias y confiables sobre la criminalidad en el país, que permitan proponer soluciones y medir resultados. ii). Crear un sistema de medición que permita reconocer, entre otros, el impacto de las leyes y reformas en materia de Política criminal, sobre el Sistema Penitenciario y Carcelario. iii). Crear bases de datos y estadísticas unificadas, serias y confiables sobre la aplicación de la detención preventiva en el país. iv). Realizar una revisión sobre la fiabilidad de la información relacionada con la creación y adecuación de cupos carcelarios, con el fin de determinar cuántos cupos cumplen las condiciones mínimas de subsistencia.

Que el Legislador y el Ejecutivo realicen una revisión del sistema de tasación de las penas en la legislación actual, con el fin de identificar las incoherencias e inconsistencias del mismo, de acuerdo con el principio de proporcionalidad de la pena.

Que el Ministerio de Justicia y del Derecho, en coordinación con el INPEC y la USPEC, elabore un plan integral de programas y actividades de resocialización, tendiente a garantizar el fin primordial de la pena en todos los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país.

Además, se exhortará al Congreso de la República, al Gobierno Nacional y a la Fiscalía General de la Nación, para que promuevan la creación, implementación y/o ejecución de un sistema amplio de penas y medidas de aseguramiento alternativas a la privación de la libertad.

Se revisan, además, otros problemas de la Política criminal, especialmente aquellas que tienen lugar en la fase de ejecución de las penas y medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

#### ***HACINAMIENTO Y OTRAS CAUSAS DE VIOLACIÓN MASIVA DE DERECHOS***

En esta sentencia se afirma reiteradamente que las causas del hacinamiento carcelario y penitenciario son múltiples y están íntimamente relacionadas con el manejo histórico de la Política criminal en Colombia. Por lo tanto, se propone analizar las consecuencias directas de dicho fenómeno sobre la dignidad de las personas privadas de la libertad en Colombia.

Los índices de sobrepoblación carcelaria en el año 2014, bordearon máximos históricos del 60% a nivel nacional y a 31 de diciembre de 2014, en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país había un sobrecupo de 35.749 reclusos. La Corte afirma en esta sentencia que: “Ese nivel de hacinamiento ha generado que en los establecimientos de reclusión se vulneren de manera sistemática los derechos de las personas privadas de la libertad, pues impide que estas tengan lugares dignos donde dormir, comer, realizar sus necesidades fisiológicas, tener visitas conyugales e íntimas, ejercer actividades de recreación, de formación y de resocialización, entre otros. Así mismo, se traduce en situaciones de ingobernabilidad y violencia que muchas veces atentan contra la vida y la integridad de los presos; propicia la propagación de enfermedades y epidemias que afectan la salubridad pública y la salud de los reclusos; y desdibuja cualquier pretensión resocializadora y de redención o sustitución de la pena que un condenado pueda tener” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015).

Por lo tanto, la Corte se propone abordar por separado tres sub-problemáticas derivadas del fenómeno del hacinamiento. La primera está relacionada con la desproporción entre las entradas y salidas de personas

privadas de la libertad a los centros de reclusión. La segunda, es la relacionada con la construcción de cupos carcelarios y penitenciarios que no respetan estándares mínimos de dignidad humana. Y la tercera, hace referencia a la forma de inversión de los recursos, que hasta ahora se ha usado, para afrontar la sobreocupación carcelaria en el país.

***DESproporción ENTRE LAS ENTRADAS Y LAS SALIDAS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD***

Es evidente para la Corte, que esta desproporción se debe en gran medida por el manejo histórico de la Política criminal en Colombia, caracterizado por la reactividad y por el endurecimiento de las penas, respondiendo a las demandas de la opinión pública, en desmedro de la excepcionalidad de la privación de la libertad.

Entendiendo el hacinamiento como un fenómeno estructural, enraizado en las primeras dos fases de la Política criminal, pero padecido en la tercera, el hacinamiento requiere de medidas a corto, mediano y largo plazo.

Las medidas a largo y mediano plazo se señalaron en el acápite sobre la Política criminal desarticulada, y al fijar el estándar constitucional mínimo que debe irradiarla. Es necesario, por lo tanto, analizar las soluciones a corto plazo con las cuales el juez constitucional se ha enfrentado, como, i) ordenar a los directores de los establecimientos de reclusión el cierre total o parcial, hasta tanto no se tomen medidas que apaciguaran el hacinamiento, y que garanticen unas condiciones de reclusión respetuosas de la dignidad humana. O el establecimiento de las denominadas “reglas de equilibrio decreciente y equilibrio simple”, definidas en la Sentencia T-388 de 2013. Y finalmente, ordenar la realización de brigadas jurídicas en los centros de reclusión.

Para la Corte, la primera y la segunda medida “si bien pueden tener efectos inmediatos al interior de un determinado establecimiento, son

focalizadas y parciales, en la medida en que atacan el hacinamiento solo en la tercera fase de la Política criminal, sin tener en cuenta que el flujo de personas privadas de la libertad aumenta exponencialmente, gracias a otros factores, que al no ser controlados, pueden terminar trasladando el problema, mas no solucionándolo” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015).

Y se señala una problemática aun mayor, pues el efecto práctico de las medidas de cierre o de condicionamiento de la entrada de personas a un centro carcelario ha sido la congestión de los centros de paso de las personas privadas de la libertad como las Unidades de Reacción Inmediata URI's, los calabozos de las estaciones de policía o incluso los parqueaderos de algunos de los Palacios de Justicia en el territorio nacional.

La Corte considera que la adopción de esas medidas debe ser gradual, como lo dispuso la Sentencia T-388 de 2013, y armonizada con medidas en las primeras dos fases de la Política criminal, de lo contrario se torna contraproducente y vulnera los derechos de las personas privadas de la libertad. En tal sentido las decisiones tomadas en tal sentido deberán revocarse (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015).

En lo referente a las brigadas jurídicas, se ha podido establecer tienen impacto sobre la tercera y la segunda fase de criminalización, al lograr focalizar el represamiento de diversas solicitudes de excarcelación, beneficios, cómputos de tiempos para redención de penas y otras, y se ha logrado fluidez en las respuestas. Por lo tanto, la Corte propondrá el fortalecimiento y la institucionalización de esta iniciativa a nivel nacional.

***FALTA DE CONSTRUCCIÓN Y ADAPTACIÓN DE CUPOS QUE RESPETEN LAS MÍNIMAS CONDICIONES DE DIGNIDAD Y SUBSISTENCIA***

Desde la expedición de la sentencia T-153 de 1998 la infraestructura penitenciaria y carcelaria del país ha aumentado notoriamente. En 1990, sólo existían 28.380 cupos carcelarios en todo el

país, y para el año 2014, la capacidad carcelaria aumentó hasta 80.022 cupos aproximados, es decir, creció en 51.642 cupos.

La Corte señala que este aumento en la construcción de cupos carcelarios y penitenciarios, no se ha realizado en concordancia con el respeto mínimo de la dignidad humana, pues se ha atacado el hacinamiento a través de la construcción o adecuación de más cupos, pero en ese proceso no se han resguardado los mínimos estándares reconocidos nacional e internacionalmente.

Debe haber claridad en que la determinación de la capacidad de albergue de cada uno de los establecimientos penitenciarios, de cara a los sistemas de seguimiento que supone la declaratoria y el mantenimiento del *estado de cosas inconstitucionales*, debe obedecer a criterios comunes, desprendidos de los mandatos constitucionales y del derecho internacional. Lo cual implica que la capacidad de cada uno de los establecimientos penitenciarios se mida en términos de la aptitud de las instalaciones y de la gestión del espacio y de los internos, para satisfacer las condiciones de subsistencia digna y humana a todos los reclusos.

De esta manera se dirigen órdenes al INPEC, a la USPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación, para que, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo, revisen los cupos existentes y adecúen los proyectados, al estándar referido y a las condiciones mínimas de reclusión por precisar. Lo anterior implica que debe establecerse la forma en la cual la infraestructura carcelaria existente responda a las exigencias que impone el derecho a la vida digna.

***INSUFICIENCIA DE LOS RECURSOS DESTINADOS A LA FINANCIACIÓN DE LA POLÍTICA PENITENCIARIA Y CARCELARIA Y LA POLÍTICA CRIMINAL.***

Una de las principales conclusiones de la sentencia T-388 de 2013, fue que el problema del hacinamiento no es el único del Sistema Penitenciario y Carcelario, si bien es una complicación grave que no ha

sido superada en su totalidad, es causa de muchas otras problemáticas que también deben ser enfrentadas. Como, por ejemplo, la violencia, la ingobernabilidad, la escasez de bienes y servicios al interior de los establecimientos, la corrupción y el mercado negro de esos bienes y servicios escasos.

Desde la sentencia T-153 de 1998 el esfuerzo presupuestal del país en materia de prisiones, se ha centrado únicamente en la creación y adecuación de plazas. Ello ha implicado la falta de recursos para abordar otros ámbitos de la vida carcelaria como son el cuidado de la salud, las condiciones de higiene y salubridad, la entrega de elementos básicos (como kits de aseo), la implementación y mejoramiento de los programas de estudio o trabajo (que son claves para lograr el fin resocializador de la pena), el aumento de personal de guardia para evitar situaciones de ingobernabilidad o violencia, y la atención con enfoque diferencial cuando se trata de población sujeta a protección especial (indígenas, personas LGTBI o en situación de discapacidad), entre otros (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015).

El gran esfuerzo que se hace para la creación de cupos, en todo caso resulta insuficiente ante el incremento exponencial de las personas privadas de la libertad, por la tanto, la Corte hace un llamado a las entidades encargadas de ejecutar los presupuestos, como la USPEC, el INPEC y el Ministerio de Justicia y del Derecho, para que tengan en cuenta que debe nivelarse el gasto en infraestructura con el gasto para los demás programas y servicios requeridos por la población carcelaria. Esto, será atado, en este caso, a las soluciones concretas dadas en materia de salud, resocialización, aseo e higiene.

#### ***RECLUSIÓN CONJUNTA DE PERSONAS SINDICADAS Y CONDENADAS***

A pesar de las órdenes emitidas desde 1998, dirigidas a diferentes entidades estatales para lograr separar los condenados de los sindicados, este sigue siendo un problema grave que influye en la crisis del sistema penitenciario y carcelario del país.

Según el Ministerio de Justicia y del Derecho, “a nivel nacional, en el año 2014, de las 119.378 personas privadas de la libertad en los establecimientos penitenciarios a cargo del INPEC, el 38% de la población, es decir 44.322 internos, son detenidos preventivamente (sindicados).

En los últimos años las reformas legislativas aprobadas en Colombia han tenido la tendencia a hacer más rigurosa y obligatoria la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad por parte de jueces y fiscales (detención preventiva). Lo anterior ha atendido en gran medida a los ya referenciados fenómenos de populismo punitivo y reactividad a la opinión pública (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 de 2015).

En esa medida, cualquier detención, más aún la preventiva, debe ser excepcional; las medidas asumidas en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado deben fomentar el respeto de la libertad personal y rescatar la residualidad del Derecho penal. En Colombia las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, se están convirtiendo en condenas anticipadas para las personas que se enfrentan a un proceso penal, pero que son encarceladas, sin ser aún derrotadas en juicio

#### **SISTEMA DE SALUD DEL SECTOR PENITENCIARIO Y CARCELARIO DEL PAÍS**

La situación de salud en el sistema penitenciario y carcelario vulnera de manera grave los derechos de las personas privadas de la libertad. Las demoras excesivas en la atención, la ausencia de personal médico al interior de los centros de reclusión, la ausencia de contratos o el represamiento de las solicitudes de procedimientos y autorización de medicamentos, son algunas de las circunstancias que se denuncian y que permiten a la Corte establecer que el Estado colombiano está incumpliendo sus deberes de protección y garantía de derechos con la población privada de la libertad.

Según se establece en la legislación, la población reclusa debe afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y a partir de dicha afiliación el Estado debe proveer los servicios, de manera adecuada

e idónea. Prestación del servicio que implica el cumplimiento de las siguientes condiciones mínimas. En infraestructura: las áreas de sanidad de los establecimientos deben disponer de todo lo necesario para contar con i) una zona de atención prioritaria, ii) un stock mínimo de medicamentos; iii) un área de paso para monitorear a los reclusos que fueron hospitalizados o que lo serán. Dichos espacios deben ser higiénicos. En personal médico: Los establecimientos penitenciarios y carcelarios deben cumplir con personal multidisciplinario en salud. Tal personal debe incluir por lo menos médicos, enfermeros y psicólogos.

Aunado a lo anterior, se probó que la situación de salud se agrava porque el hacinamiento propicia riesgos epidemiológicos y de enfermedades para los reclusos que inician el periodo de privación de la libertad en buen estado de salud. Como se explicó en la sentencia T-388 de 2013, esa situación es propiciada, permitida y tolerada por el Estado, lo que agrava la vulneración de los derechos y la crisis humanitaria en las prisiones.

***LAS CONDICIONES DE SALUBRIDAD E HIGIENE CONSTITUYEN UN TRATO CRUEL E INHUMANO PROPICIADO POR EL ESTADO***

Diversos informes recibidos por la Corte para el análisis de esta sentencia han evidenciado que la mayoría de las cárceles en el país no tienen suficientes baterías sanitarias y presentan problemas con la prestación del servicio de agua potable. Ante lo cual, la Corte trae a colación los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en donde se manifiesta que los Estados tienen la obligación de brindar a los reclusos, condiciones de higiene, salubridad, alimentación y agua potable dignas.

De otro lado, con relación a la integridad de los reclusos en lo que respecta a la alimentación y el acceso al agua potable, la CIDH puntualizó que estos elementos deben proporcionarse en condiciones apropiadas de cantidad, calidad e higiene, pues la falta de provisión y tratamiento del

agua potable, así como de alimentos en buen estado, es un factor permanente de enfermedades y complicaciones de salud de los internos, que atenta contra su dignidad.

## II. CONSIDERACIONES PREVIAS

Hasta finales de la década de los noventa, el sistema penitenciario colombiano se mantuvo en una situación de abandono por parte de todas las instituciones del Estado. Unos índices de hacinamiento que superaban el 30%, y unas condiciones degradantes de reclusión alertaron a la Corte Constitucional que, en el año 1998 declaró el primer *estado de cosas inconstitucional*. Si bien esto sirvió para que saliera a la luz las condiciones inhumanas en las que se mantenían a los presos, la Corte solo se ocupó de la problemática de la capacidad carcelaria, y evadió el debate sobre los factores estructurales que llevaron a esas condiciones.

Siguiendo las directrices de la Corte Constitucional promulgadas en esta sentencia, el Estado colombiano —financiado por Estados Unidos—, firmó el programa de la Nueva Cultura Penitenciaria, cuya finalidad era crear 11 nuevos mega-establecimientos de reclusión y reducir el hacinamiento a un 20%. De esta manera, esta sentencia fue la encargada de sentar las bases para el fortalecimiento y expansión del sistema carcelario colombiano, introduciendo la necesidad de dar un salto hacia la modernización de las prisiones, al mejor estilo norteamericano, con su riguroso y eficaz manejo del tiempo, el espacio y los cuerpos.

Las cárceles creadas bajo la Nueva Cultura Penitenciaria, si bien aumentaron la disponibilidad de cupos carcelarios, nunca lograron reducir los niveles de hacinamiento, el cual, en el año 2012 alcanzó una cifra histórica del 56%. También aumentó considerablemente la violación masiva de derechos humanos.

La sentencia T-153 de 1998, siempre será recordada como la que declaró el primer *estado de cosas inconstitucionales* en las prisiones, no obstante, este fallo no implementó ningún mecanismo de control y seguimiento, y no estableció vínculos de obligatoriedad para su cumplimiento, razón por la cual sus efectos sobre el sistema carcelario fueron muy limitados. En los años sucesivos, se ratificó en múltiples ocasiones el *estado de cosas inconstitucionales* ya declarado, no obstante, la violación de derechos humanos al interior de las prisiones no solo se prolongó, sino que se intensificó debido al crecimiento exponencial de la población carcelaria.

En el año 2013, es decir 15 años después de este fallo, la degradación y sufrimiento que envolvía la ejecución penitenciaria en Colombia, llegó a unos niveles tan altos de deshumanización, que el gobierno declaró el estado emergencia carcelaria, y la Corte Constitucional emitió un nuevo fallo, declarando un nuevo *estado de cosas inconstitucionales*, esta vez, alejándose del simple debate de la capacidad carcelaria, y cuestionando el enfoque de la Política criminal, atribuyéndole la responsabilidad de la enorme expansión del sistema carcelario.

De igual manera, se vio forzada a suplir las enormes faltas del órgano legislativo, imponiendo medidas de emergencia para descongestionar las cárceles, como las “reglas de equilibrio” o “reglas de equilibrio decreciente” intentando frenar el aumento de la población penitenciaria, no obstante, esta medida solo logró trasladar el problema de hacinamiento, a las estaciones de policía, lugares que no están acondicionados para detener a personas por un largo periodo.

En el año 2015 la Corte Constitucional emite un nuevo fallo, buscando esta vez, ejercer su función de control y seguimiento a las órdenes dadas, no obstante, se constata que la violación de derechos humanos continúa, y se declara un tercer *estado de cosas inconstitucionales* en el sistema

carcelario. Cabe resaltar que, en este pronunciamiento, la Corte afirma que la política criminal en Colombia es inconstitucional. Y establece un estándar mínimo que debe cumplir la política criminal, para ser respetuosa de los derechos humanos.

Si bien esta fallo parece ocuparse más de la situación de derechos humanos al de las personas privadas de la libertad, la realidad es que sólo está prolongando su sufrimiento, al no tomarse medidas realmente contundentes, como la des-carcelación de un gran número de presos, es así como “esta narrativa constitucional, aunque parece intolerante con las vulneraciones de los derechos de los privados de la libertad, en realidad es flexible y maleable para permitir al sistema seguir existiendo a pesar de su inhumanidad” (Ariza, Tamayo, Olarte, 2021, pág. 137).



## CAPÍTULO III

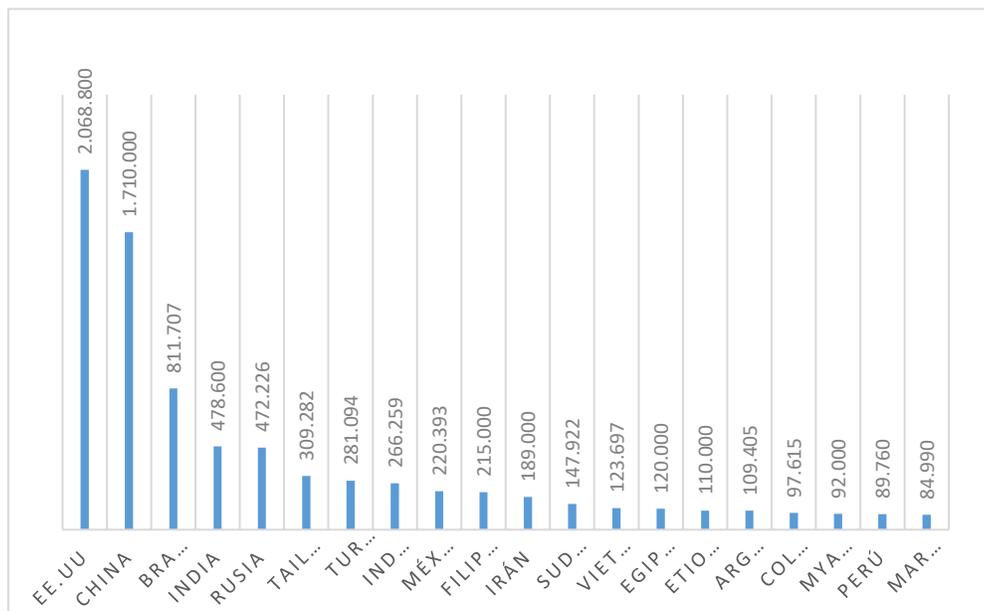
### LA ERA DEL ENCARCELAMIENTO MASIVO

#### I. EL ENCARCELAMIENTO MASIVO EN ESTADOS UNIDOS Y SUS COMPONENTES

Nos enfrentamos desde hace varias décadas a una especie de “boom penitenciario” que ha sido denominado de diferentes maneras por la magnitud de sus cifras, “gran segregación” (BERGALLI, 1997), “nuevo gran encierro” (PAVARINI; 2006), “Encarcelamiento en masa” (GARLAND, 2001, CUNEO, 2017, 2018) o “Hiperinflación penitenciaria” (WACQUANT; 2010).

Según el Informe del internacional *Centre for Prisión Studies*, entre los años 2000 y 2015 la población penitenciaria en las Américas creció en un 41%; en Oceanía, un 59%; en Asia, un 29%; y en África, un 15%. En contraste, en Europa la población penitenciaria se ha reducido un 21% en el mismo periodo. Sin embargo, ninguno de estos aumentos se asemeja en su dimensión al caso de los Estados Unidos, que quintuplicó su población penitenciaria, pasando de tener 380.000 reclusos en 1975 a algo más de 2.220.000 en el 2017.

**Gráfico 7:** Población penitenciaria a nivel mundial. Año 2019



Fuente: Elaboración propia a partir de cifras del *world prison brief*

En este gráfico podemos ver los 20 países con más personas privadas de la libertad, encontrándose Estados Unidos a la cabeza de la lista, con 2,068,000 personas encarceladas para el año 2018, superando con creces, incluso a países mucho más represivos, como China e Irán.

En el continente americano, encontramos a Brasil ocupando el tercer lugar, con una población de 811,707 personas privadas de la libertad, seguido de México en el noveno puesto, con 220,393, Colombia con 97,615 y Perú con 89,760, en los puestos 17 y 19 respectivamente.

El continente europeo es el que mejores datos refleja, pues ninguno de sus países se encuentra en el top 20 de los países con mayor número de personas privadas de la libertad.

Pese a lo escandaloso de estas cifras, no nos podemos dejar absorber por la frialdad del sistema numérico, de las estadísticas y los simples porcentajes, pues detrás de todo este andamiaje, se esconden verdaderos seres humanos, cada uno de los cuales padece en cuerpo y alma la brutalidad del poder punitivo.

En palabras de WACQUANT (2002) El encarcelamiento masivo consiste en el encierro de un gran número de personas en la prisión por parte de determinados Estados. Se trata de una anomalía sin precedentes en la historia y es, sin duda, “uno de los experimentos históricos más imprevistos y crueles de la era democrática” (pàg.44).

Son tales las dimensiones de este fenómeno propio de las sociedades democráticas contemporáneas que GARLAND nos propone el nombre de “era del encarcelamiento masivo” para diferenciar este fenómeno extraordinario, del uso cotidiano de la prisión.

El encarcelamiento se convierte en encarcelamiento masivo cuando deja de ser el encierro de delincuentes individuales y pasa a ser el encierro sistemático de amplios grupos de población. En el caso de los Estados Unidos el grupo concernido es, por supuesto, los jóvenes negros de las grandes ciudades (GARLAND, 2001, pág. 5).

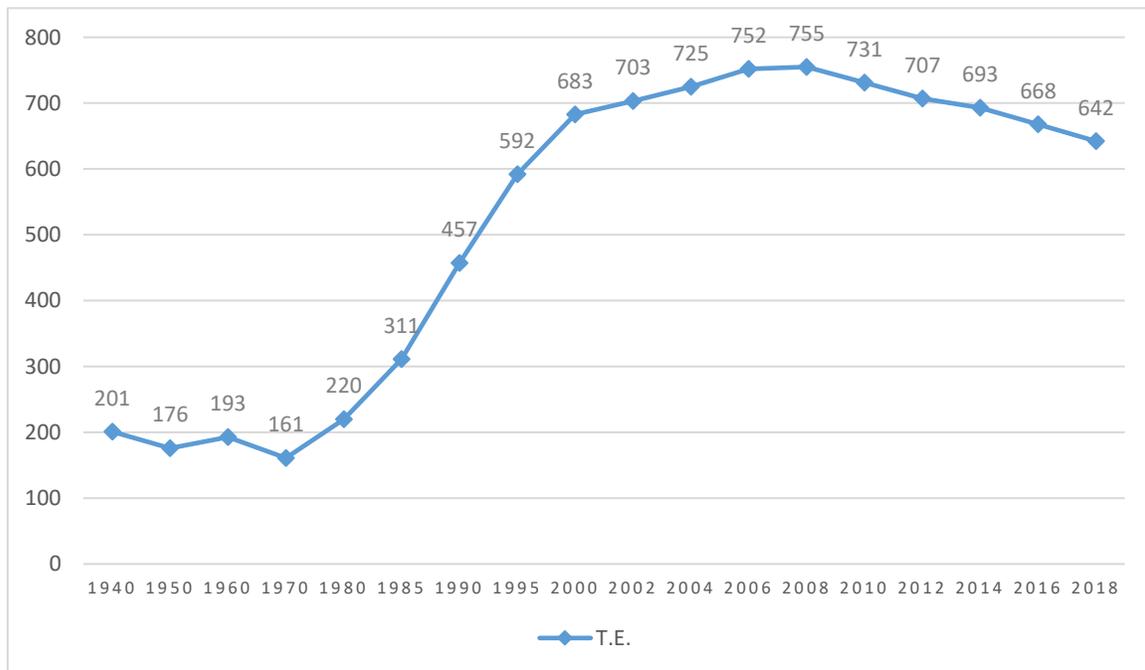
Este autor señala además que el precedente histórico más cercano sería la época del Gran Encierro descrita por FOUCAULT en la “Historia de la Locura en la época clásica”, siendo el internamiento y la prisión, los protagonistas de la historia del control social en las sociedades contemporáneas.

Autores como BAUMAN (1999) han llegado a afirmar que nos encontramos frente a la constitución de auténticos campos de concentración semejantes a los Gulag soviéticos. Incluso para CHRISTIE (1993), el aumento de la población carcelaria solo puede ser comparada con la experiencia nazi de Auschwitz, y en este punto cabría preguntarse si estamos *ad portas* de un nuevo holocausto, pero esta vez promovido por gobiernos democráticos (Rodríguez, 2015).

El encarcelamiento masivo consiste en el uso institucional de la prisión para encarcelar a un gran número de personas. Cuantitativamente hablando, “es la diferencia entre el número de personas que entra a la

cárcel y el número –mucho menor- que sale de ellas. Mientras mayor sea la diferencia y el tiempo en que esta se mantenga, mayores serán también los índices o niveles de encarcelamiento” (CUNEO, 2017).

**Gráfico 8:** Evolución de la tasa de encarcelamiento en Estados Unidos, 1940 - 2018



Fuente: Elaboración propia a partir de cifras del *world prison brief*

En el anterior gráfico podemos ver el exponencial crecimiento de la población penitenciaria de Estados Unidos desde el año 1940 hasta el 2018. La curva ascendente empieza en el año 1970, con una tasa de 161 por cada 100.000 habitantes, hasta llegar a un máximo de 755 en el año 2008, es decir, en un lapso de 40 años triplicó su tasa de encarcelamiento, cifra récord jamás alcanzada por ningún otro país.

Según RODRÍGUEZ el crecimiento de la población penitenciaria, puede explicarse tanto por causas internas, como externas al sistema penal. Es decir, mediante legislaciones específicas y políticas de control

social o “policy choice”, o mediante interpretaciones estructuralistas (2015, pág. 17).

El autor explica como para los estructuralistas el aumento de la población carcelaria surge por diferentes transformaciones políticas y sociales, como por ejemplo, el desmantelamiento del estado de bienestar y el deterioro de la sociedad salarial, el aumento de la desocupación y la precarización del mercado laboral, la recomposición del capitalismo sobre la base de las apuestas financieras, es decir, la desindustrialización, la desindicalización, y marginación social (WACQUANT; 1999; 2001; 2006).

Por su parte, los modelos de “policy choice”, sostienen que las causas para comprender el encarcelamiento en masa habría que buscarlas al interior del propio sistema penal, en primer lugar, en la inflación punitiva, esto es, en el aumento de la criminalización primaria que se llevó a cabo en el marco de lo que se conoció como la “guerra a las drogas” y “lucha contra el delito”. En segundo lugar, en el aumento de la criminalización secundaria, es decir, el aumento de la severidad de las agencias involucradas en el control espacial, además de una concepción neo-retributiva de la pena en los jueces encargados de aplicar aquellas figuras penales. Y, en tercer lugar, llama la atención sobre el pánico moral, es decir, el papel que juegan las retóricas políticas y mediáticas, difundiendo en la sociedad un sentimiento de inseguridad a través de cruzadas morales o “campañas de Ley y Orden”, que se traducen en demandas de mayor represión (2015).

El modelo carcelario estadounidense no solo dio un giro punitivo, también experimentó grandes cambios en cuanto a la naturaleza del castigo, ya que el objetivo de la rehabilitación fue progresivamente abandonado y reemplazado por otras justificaciones fundamentales para el encarcelamiento: castigo, disuasión e incapacitación (GARLAND, 2001a, p. 61).

Y este nuevo enfoque securitario, pone su gran sello o marca registrada con la creación de las prisiones de máxima seguridad o *supermax*, toda vez que “materializan en una construcción, el giro punitivo en las políticas de justicia criminal, con una gran importancia simbólica, toda vez que se han convertido en el ícono arquitectónico del nuevo régimen del ultra castigo en Estados Unidos (JULIE DE DARDEL & OLA SÖDERSTRÖM, 2020, pág. 302).

La construcción de prisiones en remotas áreas rurales se incrementó y los prisioneros fueron sujetos a normas draconianas, supervisión permanente, tratamiento rudo y aislamiento geográfico, social y emocional. En el espíritu de la ley, así como en el diseño arquitectónico y las reglas internas de los complejos, la seguridad se volvió la prioridad absoluta sobre y más allá de las demás consideraciones. La seguridad también se convirtió en la “marca” que distinguía a los expertos y constructores norteamericanos entre los bien informados círculos de la industria carcelaria mundial (JULIE DE DARDEL & OLA SÖDERSTRÖM, 2020, pág. 302)

Y teniendo en cuenta la gran influencia del pensamiento y las políticas penales de Estados Unidos a escala global, ni siquiera sorprende que la *supermax* se hayan convertido en un gran instrumento de exportación, y que se haya consolidado en un “pais semi-periferico” (ITURRALDE) como Colombia.

Es preciso aclarar que las bases en las que se cimenta el encarcelamiento masivo son incompatibles con la noción más básica de dignidad humana, por un lado, porque logra que la sociedad normalice el sufrimiento y degradación del encierro, y por otro, se encarga de reproducir el perjudicial binomio entre ‘amigos–enemigos’, ‘buenos–malos’, ‘nosotros–ellos’ (CUNEO, 2017) con sus desafortunadas consecuencias.

Se ha llegado a un punto en el que las condiciones degradantes en que sobreviven las personas privadas de libertad no escandalizan, ni las alarmantes cifras de hacinamiento, ni las riñas, motines, o el gran número de muertes o suicidios en prisión, y mucho menos la cantidad de denuncias sobre torturas y malos tratos que se reciben a diario. Pareciera que, así como no se cuestiona la pena de prisión por concebirla como algo que ha existido desde siempre, socialmente se asume que este grado de vulneración y degradación es connatural a la cárcel.

Si bien las causas que originaron el encarcelamiento masivo en Estados Unidos son diversas y complejas, se pueden mencionar como factores principales, la selectividad y el alto grado de discrecionalidad que poseen los organismos de control como la policía y la fiscalía, con su marcado componente de discriminación racial, que ha enfocado -casi exclusivamente- el sistema punitivo en el trinomio joven – negro – pobre, convirtiendo la denominada “guerra contra las drogas” en el vehículo idóneo para etiquetarlos como delincuentes y sacarlos de circulación, aislarlos o contenerlos por un tiempo prolongado en la cárcel.

### **1. EL RACISMO ESTRUCTURAL PRESENTE EN TODA LA HISTORIA DE LOS ESTADOS UNIDOS**

Está claro que la cárcel, como institución total, está lejos de ser el último eslabón de la discriminación racial, pues el aislamiento continúa una vez se recobra la libertad, con la restricción de ciertos derechos civiles y políticos como el derecho al voto, o la imposibilidad de acceder a ciertas ayudas sociales, incluso podría hacerse referencia al rechazo y aislamiento por parte de la misma sociedad.

La llegada a la presidencia de Estados Unidos del primer presidente negro hace pensar en el fin de la historia del racismo en este país, no obstante, ALEXANDER contrapone el símbolo racial con la realidad de un país que encierra a cientos de miles de jóvenes según criterios

raciales y sociales, y nos recuerda que pese a los esfuerzos que se hacen por aparentar neutralidad, el racismo continúa, y en la era Obama puede incluso ser más peligroso porque es invisible (2020) [2012].

El componente racial, aunque ahora no es explícito, ha estado presente durante toda la historia de los Estados Unidos, desde la época de la esclavitud hasta nuestros días. WACQUANT hace referencia a varias “instituciones peculiares” [*peculiar institutions*] que han funcionado con éxito para confinar y controlar a los afroamericanos a lo largo de la historia.

La primera es la esclavitud en régimen de pertenencia personal [*chattel slavery*] como pivote de la economía de plantación y matriz de incentivación de la división racial desde la época colonial hasta la guerra civil. La segunda es el sistema de *Jim Crow* de discriminación y segregación impuestas por ley desde la cuna hasta la tumba, que apuntaló la sociedad predominantemente agraria de los Estados sureños desde el fin de la Reconstrucción hasta la revolución de los Derechos Civiles, revolución que echó abajo este sistema un largo siglo después de la abolición. El tercer dispositivo especial de Estados Unidos para contener a los descendientes de los esclavos en las metrópolis industriales septentrionales es el gueto, que se corresponde con la urbanización y proletarización conjuntas de los afroamericanos desde la Gran Migración de 1914-1930 hasta la década de 1960, en la que la transformación concurrente de la economía y del Estado y la protesta en aumento de la población negra contra la exclusión de casta continuada, que alcanzó su clímax con las explosivas revueltas urbanas narradas en el Informe de la Comisión *Kerner*, lo volvieron en parte obsoleto. El cuarto, sostendré aquí, es el novedoso complejo institucional formado por los restos del gueto oscuro [*dark ghetto*] y por el aparato carcelario con el que este ha quedado unido a través de una relación concertada de simbiosis estructural y subrogación funcional. (WACQUANT, 2003, pág. 39). Estas cuatro

instituciones responden a cuatro momentos históricos que cumplen la función de ser instrumentos de segregación racial.

Desde que se fundó la nación, los afroamericanos han sido controlados de manera continuada por medio de instituciones que parecen morir para luego volver a nacer con una nueva forma, a la medida de las necesidades y restricciones de cada momento histórico (ALEXANDER, pág. 35)

La idea de raza surgió en Estados Unidos como un medio de reconciliar la esclavitud y el exterminio de los indios americanos, con los ideales de libertad que predicaban los blancos en las nuevas colonias. Se equiparaban seres humanos con posesiones materiales, así, los indios americanos eran concebidos como una raza inferior, salvajes sin civilizar, y bajo esta concepción, se justificaba el exterminio de los pueblos originarios, pues eliminar “salvajes” no representa un dilema moral; por su parte, la creciente demanda de mano de obra para las plantaciones de tabaco y algodón se satisfizo por medio de mano de obra esclava, importada a la fuerza desde África y las Antillas. De acuerdo con el documento fundador de los Estados Unidos, los esclavos se definían como tres quintos de hombre, no como un ser humano real y completo. Sobre esta ficción racista se basa toda la estructura de la democracia estadounidense (ALEXANDER, (2020) [2012]. pág. 40).

Nadie se atrevería a afirmar que la esclavitud terminó con la Proclamación de Emancipación declarada por el presidente Abraham Lincoln el 1 de enero de 1863. Fue tan solo después de la Guerra de Secesión, o Guerra Civil, que se terminó con la esclavitud, no obstante, el ideal de raza, y el concepto de diferencia racial, supervivieron a la institución que las originó. Sin embargo, esa libertad fue tan solo ilusoria. “Los antiguos esclavos disfrutaron de «un breve instante al sol» antes de que se les devolviera a un estatus similar a la esclavitud. La luz del sol dio

paso a la oscuridad y surgió el sistema de segregación basado en las leyes *Jim Crow*, una estructura que colocaba a los negros de vuelta donde habían empezado, como casta racial subordinada” (ALEXANDER, (2020) [2012]. pág. 40).

Importado desde el norte, este régimen estipulaba que los negros viajaran en trenes y tranvías separados y tuvieran salas de espera separadas; que residieran en los barrios bajos de la «ciudad oscura» [*darktown*] y recibieran su educación en colegios separados (en caso de recibir educación alguna); que utilizaran centros de servicios separados y usaran sus propios baños y fuentes; que rezaran en iglesias separadas, se divirtieran en discotecas separadas y se sentaran en «galerías de negros» [*nigger galleries*] separadas en los teatros; que recibieran atención médica en hospitales separados y exclusivamente de personal «de color»; y que se les encarcelara en celdas separadas y enterrara en cementerios separados. Mediante la «ley suprema de autopreservación» de las razas y el mito de la superioridad blanca innata se condena el matrimonio, la cohabitación o el mero encuentro sexual entre razas. Por su parte, en el sistema de plantaciones los antiguos esclavos se convertían en un «campesinado nominalmente libre pero atrapado por la pobreza, y la nueva servidumbre del arrendamiento de la tierra» (Wacquant, 2003, pág. 44).

La ley de vagos y maleantes sirvió como instrumento para calificar como delito cualquier tipo de actividad, como hacer travesuras o gestos insultantes, lo que generó el arresto arbitrario de decenas de miles de afroamericanos, sobre los que recaían costosas multas que tenían que pagar con trabajo. Eran vendidos ya no como esclavos, sino como mano de obra cautiva a fábricas de ladrillos, empresas de ferrocarriles, granjas, plantaciones y decenas de corporaciones por todo el Sur. “La Decimotercera Enmienda de la Constitución de EEUU había abolido la esclavitud con una importante excepción: la esclavitud seguía siendo apropiada como castigo por un delito” (ALEXANDER, (2020) [2012], pág. 46).

Durante la década que siguió a la Redención, la población convicta aumentó diez veces más rápido que la población en general: «Los reclusos

eran cada vez más jóvenes y más negros y la duración de sus sentencias se disparó. Fue el primer *boom* de prisiones en la nación y, al igual que en la actualidad, los presos eran desproporcionadamente negros (ALEXANDER, (2020) [2012]. pág. 47).

Con el estallido de la primera guerra mundial, que provocó escasez de mano de obra en las fábricas, además del declive de los cultivos de algodón, se generó una movilización masiva de afroamericanos hacia las urbes del centro y norte del país. No obstante, lo que encontraron allí no era precisamente “la tierra prometida” de igualdad y plena ciudadanía, sino otro sistema de cercamiento racial, el gueto. “Cinturón negro” al que fueron congregados, el cual rápidamente se sobrepobló, y empezó a degradarse a causa de la delincuencia, las enfermedades y la ruina de los edificios, además fueron relegados a los trabajos más peligrosos, peor pagados y más degradantes tanto en la industria como en el servicio personal (WACQUANT, 2003, pág. 44).

La hostilidad y discriminación que se ejercía desde afuera, y la afinidad étnica renovada desde dentro convergieron para crear el gueto como tercer vehículo para extraer trabajo negro y, simultáneamente, mantener a los cuerpos negros a una distancia segura, para provecho material y simbólico de la sociedad blanca, quienes rápidamente se opusieron al Estado de bienestar, y por el contrario, dieron un apoyo entusiasta a las políticas de «seguridad ciudadana» que juraban reprimir con firmeza los desórdenes públicos connaturalmente percibidos como amenazas raciales. Tales políticas apuntaban a otra institución especial más, capaz de confinar y controlar sino a toda la comunidad afroamericana, por lo menos a sus miembros más perturbadores y peligrosos: la cárcel (WACQUANT, 2003).

## 2. LA GUERRA CONTRA LAS DROGAS Y SU REPERCUSIÓN EN EL ENCARCELAMIENTO MASIVO DE ESTADOS UNIDOS

Se cumplen 50 años desde que el presidente Nixon declaró la guerra contra las drogas. Su objetivo era erradicar el uso de narcóticos de la vida de los estadounidenses, el cual en la década de los setenta aún era incipiente. Medio siglo después, cuando el consumo y la producción se dispararon en el mundo entero, vemos como las políticas de corte prohibicionista no han funcionado, y por el contrario han fortalecido el narcotráfico e impulsado la violencia y la corrupción.

Los sucesores de Nixon continuaron con la política de mano dura contra las drogas, mientras las oportunidades laborales escaseaban y los incentivos para dedicarse a la venta de drogas, aumentaban, especialmente del crack. El crack es un subproducto de la cocaína que se puede vaporizar e inhalar, tiene un efecto casi inmediato, aunque de menor duración, lo que permite vender dosis pequeñas a precios más accesibles. El crack llegó a las calles estadounidenses en 1985, bajo el gobierno de Reagan, donde hubo una oleada de violencia por hacerse un lugar en el mercado de las drogas.

En 1988 se reforma la Ley contra el Consumo de Drogas [*Anti-Drug Abuse Act*] extendiendo los castigos al ámbito civil. La severidad de estas penas no tiene ningún precedente en el sistema federal. Además de ampliar el uso de la pena de muerte para delitos graves relacionados con las drogas e imponía nuevos mínimos obligatorios para delitos de drogas, incluyendo un mínimo obligatorio de cinco años simplemente por posesión de cocaína base, sin ninguna prueba de intención de vender. Permite también a las autoridades de viviendas sociales echar a un inquilino que permita cualquier actividad relacionada con las drogas en los edificios públicos o cerca de ellos. Y elimina muchas de las prestaciones federales, incluyendo créditos para estudiantes que estén acusados de un delito de drogas. (ALEXANDER, (2020) [2012], pág. 72)

Bajo el gobierno de Clinton, se expidió la ley federal de “Tres condenas y estás fuera” [*Three strikes and you are out*], que imponía cadena perpetua para los condenados por cualquier tercer delito. Además, se autorizó un presupuesto de más de dieciséis mil millones de dólares para dotaciones de prisiones estatales. “Las políticas de “mano dura con la delincuencia” de esta administración tuvieron como resultado el mayor aumento del número de reclusos en prisiones federales y estatales de cualquier presidencia en la historia de Estados Unidos (Alexander, (2020) [2012], pág. 75).

La guerra contra las drogas no solo se podía enfrentar internamente, y desde la década de los ochenta empezó a expandirse a los países productores de marihuana y cocaína en la región, por medio de grandes desembolsos de millones de dólares, que no solo dispararon la deuda pública, sino que desataron una gran oleada de violencia y homicidios en estos países. Claramente la guerra contra las drogas de Estados Unidos, no se libró en suelo estadounidense, sino en territorio latinoamericano. Y medio siglo después de que se inició esta batalla, solo se puede decir que el narcotráfico ha logrado fortalecerse y expandirse.

Pero el principal de los efectos, tanto en Estados Unidos como en el resto de la región ha sido el crecimiento exponencial de la población privada de la libertad. Ya que la política de drogas de Estados Unidos, entre 1990 y el 2000 se exportó a varios países latinoamericanos.

Las cárceles de toda la región están llenas de personas condenadas por delitos menores de drogas, por periodos excesivos de tiempos. Las mujeres, las personas de color, y los indígenas, quienes se enfrentan a unas profundas desigualdades sistemáticas en la sociedad, generalmente se ven impactados de manera desproporcionada cuando se enfrentan a duras penas de privación de libertad, siendo generalmente el eslabón más débil y más expuesto en la cadena de narcotráfico.

Mujeres y hombres participan de manera distinta en la cadena del mercado de las drogas, y el transporte es principalmente el delito que cometen las mujeres, es un delito no violento, cometido generalmente por primo delincuentes y madres solteras. Y las penas del delito de transporte, son mucho mayores que los delitos de posesión con intención de suministro o venta. Y a esto se le debe agregar que hay una mayor discriminación frente a las mujeres por los estigmas o roles de género que se les asigna la sociedad. Ahora bien, es verdad que en las cárceles hay muchos más hombres que mujeres condenadas, pero el crecimiento de las mujeres privadas de la libertad, generalmente por delitos de drogas, ha aumentado considerablemente en los últimos años. Por lo que se hace necesario y urgente una revisión de los roles en la cadena del mercado de drogas, y una mayor proporcionalidad de las penas.

Si bien todos los países discursivamente dicen que el consumo de sustancias ilícitas no es un delito, la verdad es que se sigue criminalizando a los usuarios e imponiéndoles penas privativas de la libertad. El mecanismo legal que permite esto, es la figura del consumo, ya que, si bien el consumo no es ilícito, todas las conductas que se necesitan para llegar al consumo, si lo son. La conducta que más se penaliza es la posesión (delito de tenencia o posesión simple). Por lo que las cárceles se llenan de jóvenes con una pequeña posesión, o de consumidores habituales.

## **II. JUICIO AL ENCARCELAMIENTO MASIVO**

JONATHAN SIMON, en su libro *Mass Incarceration on Trial*, describe el desarrollo de la intervención judicial en el contexto estadounidense, como un verdadero juicio al encarcelamiento masivo. Analiza como el papel protagónico de los jueces ha servido para el impulso de políticas públicas orientadas al mejoramiento de las condiciones carcelarias de hacinamiento.

Tanto Estados Unidos, como Colombia, pese a sus enormes diferencias, cuentan con casos emblemáticos de intervención judicial en el campo penitenciario. Que según ARIZA Y TORRES evidencian los retos que supone la judicialización del hacinamiento, ya que muestran claramente las tensiones dentro del desarrollo jurisprudencial a la hora de definir el hacinamiento y vincularlo con la violación de derechos.

Las precarias condiciones de reclusión generadas por la sobrepoblación penitenciaria y su impacto en la garantía de los derechos de las personas privadas de la libertad, en distintos contextos y momentos, han impulsado las acciones judiciales de reclusos y activistas dirigidas a contener la expansión del poder punitivo del Estado (SIMON, 2016).

Las órdenes judiciales dirigidas a la ampliación del sistema como respuesta a la crisis de cupos muestran, por ejemplo, una posición conservadora en la que se fortalece la institución penitenciaria a costa de la implementación de remedios judiciales dirigidos a enfrentar la violación actual de derechos (ARIZA, 2013; HUERTAS, 2015, pp. 15-24). Por su parte, las órdenes judiciales dirigidas a las excarcelaciones y la disminución de la población penitenciaria suponen una postura que busca limitar de manera fuerte los excesos en el ejercicio del poder punitivo del Estado (SIMON, 2016; SCHLANGER, 2013, pp. 165-215).

## **1. JUECES Y PRISIÓN EN ESTADOS UNIDOS**

Según ARIZA Y TORRES, la Corte Suprema de Estados Unidos tuvo una fase inicial de no intervención judicial, tomando como base la autonomía funcional del sistema penitenciario y la consecuente incapacidad de los jueces para incidir en su desarrollo. A través de La doctrina *Hands Off*, los jueces se retiraban de un mundo penitenciario que consideraban ajeno a sus competencias (2019).

En el caso *Rhodes vs Chapman* (1981), se alegaba que el hecho de albergar a dos o más prisioneros en celdas diseñadas originalmente

para una persona, constituía en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante. No obstante, la Corte Suprema de Justicia consideró que esta práctica en sí misma no constituía una violación de la Octava Enmienda y que era necesario evidenciar un componente objetivo que demostrara que la privación era lo suficiente grave como para negar condiciones mínimas de vida digna.

Además de demostrar este componente objetivo, en el caso *Wilson vs Seiter* (1991), se añadió, un componente subjetivo que consiste en el deber de demostrar la indiferencia deliberada de la administración penitenciaria para modificar las condiciones de reclusión.

Como lo señala CHUNG (2000) la falta de claridad de la Corte Suprema sobre el contenido del estándar de decencia y su relación con el hacinamiento llevó a que las cortes federales desarrollaran diferentes doctrinas para establecer cuándo se presentaba una violación de la Octava Enmienda (pág. 2361). Diferentes doctrinas en las que se relaciona el hacinamiento y las condiciones de reclusión con la existencia de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Una de estas doctrinas se conoce como “Test de la totalidad de las condiciones”, en el cual se debe demostrar que el conjunto de condiciones de reclusión alcanza tal gravedad como para considerarse como la imposición de una pena o trato cruel, inhumano y degradante. Otras cortes federales han implementado el “estándar de condiciones básicas”, según el cual se deben identificar aquellos factores esenciales de la vida en prisión (alimentación, salud, seguridad personal y salubridad, entre otros) cuya violación automáticamente genera una pena o trato cruel, inhumano y degradante; bajo esta doctrina, el hacinamiento no se puede alegar como una violación de la Octava Enmienda a menos que incida en la violación de un factor básico (CHUNG, 2000, pág. 2366).

Pueden mencionarse dos acciones de tipo federal, cuyas sentencias constituyen un insumo valiosísimo para el estudio del encarcelamiento masivo y sus consecuencias, tanto para Estados Unidos, como para el resto de la región.

La primera, es el caso *Coleman v. Brown*, de 1990, en el que se denunció que los presos con enfermedades mentales graves no recibían una atención médica adecuada. Un veedor judicial designado para monitorear este caso informó 12 años después que, el estado de la salud mental de los presos en las cárceles de California continuaba en franco deterioro, señalando la superpoblación, como gran responsable de esta situación.

En *Brown v. Plata*, de 2001, el Estado reconoció que las deficiencias en el cuidado médico penitenciario violaban los derechos de los presos, previstos por la Octava Enmienda. Pero cuando el Estado aún no había cumplido con la orden judicial, la Corte nombró a un interventor para supervisar las condiciones de reclusión, y tres años después, el funcionario señaló graves deficiencias permanentes causadas por el hacinamiento carcelario.

Las cárceles de California fueron diseñadas para albergar a una población de poco menos de ochenta mil personas, pero en el momento de la decisión que se examina, la población era de casi el doble. Y convencidos de que, reduciendo el hacinamiento, se resolverían muchas de las deficiencias en salud de los establecimientos, y otras violaciones de derechos humanos, los actores de *Coleman* y *Plata*, trasladaron sus peticiones a una Corte de Distrito, investidos por el *Prison Litigation Reform Act* (1997), a fin de lograr la reducción de la población carcelaria. Se consolidó entonces un Tribunal para ambos casos, en donde la Corte ordenó a California reducir su población penitenciaria en un 137,5% de la

capacidad de diseño, en un plazo de dos años, y elaborar un plan de cumplimiento que deberá someterse a aprobación.

Es así como en el período 2010-2011 la Corte Suprema emite la sentencia *Brown v. Plata*<sup>17</sup>, que eleva el término “medidas cautelares estructurales” a un aspecto puramente Constitucional, y ordena la liberación de más de 45,000 internos de las cárceles de California que por sus condiciones de hacinamiento, están afectando la salud corporal y psicológica de los internos, y por ende constituyen una violación a la Octava Enmienda: el derecho a no sufrir castigos crueles e inhumanos.

De acuerdo con SILVA SÁNCHEZ las consecuencias de la sobrepoblación carcelaria no son sólo absolutamente negativas desde la perspectiva de la resocialización, sino que, sobre todo, también generan toda suerte de riesgos físicos para los reclusos (contagios, amenazas, agresiones sexuales, etc.). No es extraño que la doctrina norteamericana se planteara hace décadas que, en casos de hacinamiento carcelario, el quebrantamiento de la condena podía estar justificado por estado de necesidad (con las obvias limitaciones que el principio de subsidiariedad impone en esta causa de justificación) o, al menos, amparado por una *excuse* (2011).

## **2. JUECES Y PRISIÓN EN AMÉRICA LATINA**

Gran parte de los países latinoamericanos tienen sus cárceles con altos índices de hacinamiento, lo que genera un empeoramiento sustancial en las condiciones de reclusión. Ya que en cárceles hacinadas hay mucha probabilidad de que se violen derechos fundamentales como la salud, la alimentación, las condiciones de reclusión, el derecho a un espacio mínimo que no vaya en contra vía a la dignidad humana, etc.

---

<sup>17</sup> La sentencia completa puede obtenerse en: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/09-1233.ZS.html>

Los establecimientos penitenciarios en la región han sido permanentemente denunciados como uno de los sectores institucionales, donde se presentan mayores violaciones a los derechos humanos. (ARIZA Y TORRES, 2020, pág. 58).

Si bien está claro que el hacinamiento no es lo mismo que el encarcelamiento masivo, en muchos de los países en los cuales se abre la discusión sobre una política clara de encarcelamiento masivo, hay cárceles extremadamente hacinadas, lo cual aumenta sustancialmente la probabilidad de violaciones de derechos humanos al interior de las prisiones, ya que las condenas serán por más tiempo, y la posibilidad de beneficios penitenciarios se limita, teniendo entonces una cantidad alarmante de personas concentradas (contenidas o depositadas) en un espacio restringido, donde la posibilidad de salir se restringe cada día más, y en contraposición, cada vez llegan más reclusos por un tiempo prolongado.

De igual manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, evidenció que las cárceles en toda la región se encuentran hacinadas, prolifera la violencia, no hay establecido un sistema integral de resocialización, y en muchos de los establecimientos no se ofrecen unas condiciones mínimas de habitabilidad compatibles con la dignidad humana (*vid* Capítulo V).

Esta situación ha desencadenado una importante oleada de litigios a lo largo y ancho de la región, poniendo en un lugar privilegiado el papel de los jueces en la transformación del campo penitenciario.

Desde el caso *verbitsky* en Argentina pasando por la utilización de la doctrina del *estado de cosas inconstitucional* en Colombia, y su adopción por los tribunales de Perú y Brasil para enfrentar la crisis carcelaria desde sus respectivos contextos, los jueces han adoptado una posición políticamente activa frente a una de las instituciones más

herméticas de las sociedades contemporáneas, ordenando cambios institucionales amplios que prometen garantizar las condiciones mínimas de reclusión para la población carcelaria (ARIZA Y TORRES, 2020, pág.59)

La respuesta de las Cortes latinoamericanas al problema penitenciario ha pasado de la resolución de casos individuales, al entendimiento del problema como una situación de vulneración masiva de derechos fundamentales que requiere intervenciones estructurales del gobierno.

Es así como en Argentina, por medio del fallo Verbitsky de 2005 se puso un ‘freno de emergencia’ para contener la cantidad de detenidos y las cifras de hacinamiento en las cárceles bonaerenses” (ANITUA, 2015, pág. 21).

Por su parte la figura del “*estado de cosas inconstitucional*”<sup>18</sup>, hija del constitucionalismo colombiano, y su posterior uso por parte de las cortes brasileñas y peruanas, han encontrado una forma efectiva de abordar integralmente la sistemática violación de derechos fundamentales al interior de las prisiones de sus respectivos países, y abrir el debate sobre medidas de des-carcelación, para ponerle un freno al creciente encarcelamiento masivo.

Estos trasplantes jurídicos en las Cortes de Perú y Brasil ejemplifican la lenta consolidación de un constitucionalismo del sur global en Latinoamérica un cambio en el paradigma constitucional los jueces y operadores judiciales empiezan a privilegiar teorías instituciones jurídicas creadas aplicadas en el sur global por encima de respuestas jurídicas

---

<sup>18</sup> la figura del *estado de cosas inconstitucional* es una doctrina creada por la Corte Constitucional de Colombia para entender aquellos casos en que existe una violación masiva, estructural y sistemática de derechos fundamentales causado por la omisión o el mal funcionamiento del aparato estatal y que para su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades del Estado.

provenientes de tradiciones jurídicas del norte global (ARIZA Y TORRES, 2020, pág.59).

En Estados Unidos la intervención judicial con el caso *Brawn v. Plata* ha logrado que se empiecen a revisar los efectos del encarcelamiento masivo y su estrecha relación con el racismo, por su parte en Latinoamérica, la figura del *estado de cosas inconstitucional* nos deja ver un papel cada vez más activo de los jueces, al proponer cambios estructurales desde la misma Política criminal, para lograr desestancar la permanente crisis de las prisiones latinoamericanas. “Este sostenido proceso de intervención judicial muestra que el problema penitenciario ha pasado de ser un problema político y social para convertirse también en un problema de carácter jurídico en el que los jueces intervienen de forma cada vez más activa” (ARIZA Y TORRES, 2020).

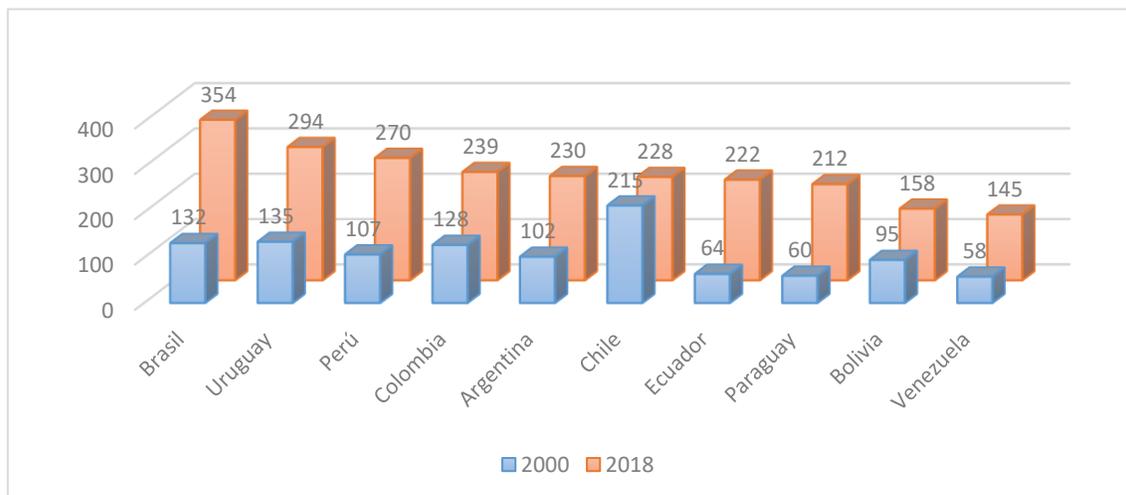
Por su parte, En Europa, se puede resaltar el caso *Torreggiani vs. Italia*, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó en el 2013 a este país por las condiciones de hacinamiento de sus cárceles, alegando que negar el espacio mínimo vital de los internos es equivalente a la tortura; el TEDH ordenó entonces a Italia a que adoptase soluciones de carácter estructural para reducir de manera significativa el hacinamiento carcelario.

### **III. EL MODELO CARCELARIO ESTADOUNIDENSE Y SU EXPORTACIÓN AL MUNDO**

Las políticas de encarcelamiento masivo, además de atentar de manera directa contra los derechos humanos, resultan insostenibles para cualquier Estado, incluso para Estados Unidos —insignia del Estado penal—, y que pese a seguir teniendo el mayor número de personas privadas de libertad en el mundo entero, en los últimos años no ha aumentado sus índices de encarcelamiento, siendo ahora, los países

latinoamericanos —receptores de dicha política—, quienes encarcelan más y a mayor velocidad (ANITUA, 2015).

**Gráfico 9:** Tasa de encarcelamiento en Suramérica, 2000 - 2018



Fuente: Elaboración propia a partir de cifras del *world prison brief*

En la gráfica se puede observar el crecimiento excepcional de la población penitenciaria de Brasil, aunque cabe hacer una salvedad relacionada con la gran extensión geográfica del país en comparación con el resto de los países latinoamericanos y el número de habitantes. No obstante, es el país con mayor población penitenciaria de la región, registrando el mayor aumento desde el año 2000 al 2018.

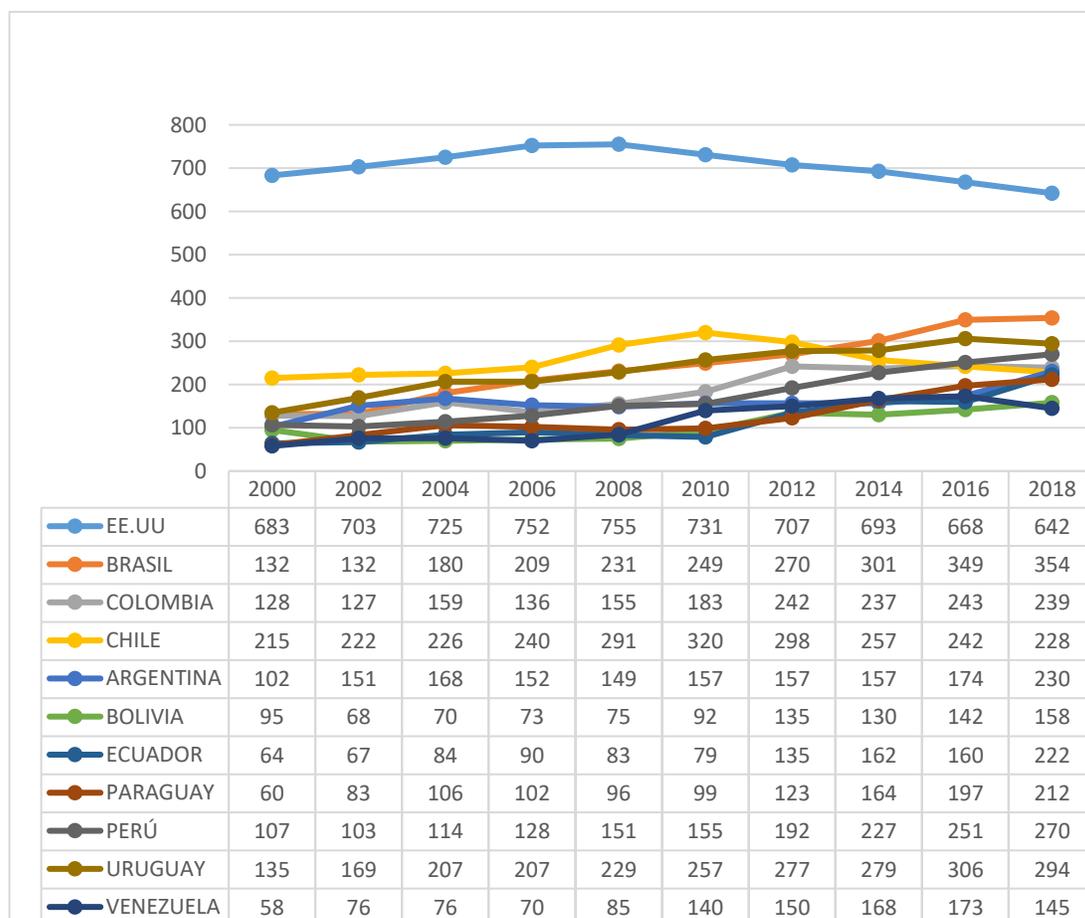
En este mismo lapso de tiempo, después de Brasil (222), el mayor crecimiento de población penitenciaria por cada 100.000 habitantes fue registrado por Perú (163), Uruguay (159), Ecuador (158) y Paraguay (152).

Llama particularmente la atención el caso de Chile, que para el año 2000 tenía la tasa de población penitenciaria más alta de Latinoamérica, 215 por cada 100.000 habitantes, pasando a tener una tasa de 228 en el año 2018, es decir, pese a ser el menor aumento de población penitenciaria, sigue siendo uno de los países con mayor población privada de la libertad de Latinoamérica.

Perú, por su parte, para el año 2000 tenía una tasa de encarcelamiento relativamente baja en comparación con los demás países latinoamericanos, pero para el año 2018, fue el segundo país, después de Brasil, que más aumentó su tasa de encarcelamiento, pasando de tener 107 a 270 personas privadas de la libertad, por cada 100.000 habitantes, es decir, un aumento de 163 puntos.

Llama particularmente la atención que Brasil, Chile, Perú y Colombia, son los principales socios estratégicos de Estados Unidos en la región, y como tales, los principales receptores de sus políticas.

**Gráfico 10:** Tasa de encarcelamiento de EE.UU y países de Latinoamérica, 2000 - 2018



Fuente: Elaboración propia a partir de cifras del *world prison brief*

No obstante, ese leve descenso en el número de personas privadas de la libertad en Estados Unidos está aún muy lejos de significar un cambio de rumbo de las políticas de encarcelamiento masivo, en cambio, puede ser una muestra de que dichas políticas son aún insostenibles para el país más carcelero del mundo entero. Y mucho más, para los países receptores de dichas políticas, que tienen contextos económicos, sociales y políticos muy diferentes, como los altos índices de corrupción, pobreza, delincuencia, y desigualdad social.

Ya que este fenómeno, más allá de la enorme degradación de derechos y libertades, genera un importante aumento del gasto público que se debe concretar mediante una mayor carga impositiva o restándosela a otras partidas presupuestarias, alternativas que, hasta los gobiernos en auge económico, se niegan a sostener durante mucho tiempo.

Por lo que, ante el recurrente uso de la prisión, el aumento sostenido de los recursos públicos destinados al sistema punitivo, y la ‘supuesta’ incapacidad estatal de brindar un servicio eficaz y eficiente, surge en Estados Unidos en la década del 80 la privatización de la ejecución de las penas como iniciativa ‘novedosa’ de las empresas, para alivianar las cargas del Estado.

Según BRANDARIZ, al margen de las dificultades que genera el menoscabo del monopolio estatal en materia de garantía de la seguridad y gobierno del castigo, los beneficios financieros de la privatización - cuando menos de la ejecución penal- distan de ser incuestionables (2014, pág. 213). Pues dejar la gestión penitenciaria en manos de una empresa privada, cuyo objetivo, no es administrar un servicio público, sino lucrarse con él, puede traer consecuencias devastadoras para los internos, ahora “denominados ‘días hombre compensados’, convirtiendo a seres humanos en bienes capital (NATHAN, 2009, pág. 284).

La tendencia a la privatización carcelaria se debe al impacto creciente de la agenda neoliberal y a la fuerza política de las organizaciones que promueven la privatización, erosionando así, la idea misma del Estado proveedor y la filosofía del servicio público (NATHAN, 2009, pág. 288).

Con la implementación de las cárceles privadas el Estado se desprende de la función de administrador a través de tres modelos:

El modelo de *leasing* en virtud del cual las empresas privadas, con capitales propios o aportados, diseñan, construyen e implementan el recinto penitenciario para luego traspasarlo al Estado cuando este haya pagado por dichas prestaciones en el plazo convenido; el modelo de privatización, que delega absolutamente la actividad penitenciaria en el sector privado, encargándose el Estado de su fiscalización; y el modelo mixto, que delega algunas actividades al sector privado, encargándose el Estado de cumplir las funciones de seguridad y vigilancia de los reclusos al interior del establecimiento (ARRIAGADA 2013, pág. 212).

El modelo mixto, fue implementado inicialmente en Francia, copiado por Chile, y es el que se está promoviendo indiscriminadamente en todos los países latinoamericanos por el supuesto éxito que ha representado. En Colombia, por su parte, se ha manifestado expresamente la intención de copiar el “exitoso” modelo de privatización carcelaria de Chile, en las nuevas cárceles privadas que tienen planeado construir en el país, el próximo cuatrienio

#### **IV. ANTECEDENTES DE LA PRIVATIZACIÓN CARCELARIA**

La intervención de intereses privados en el sistema carcelario no es un fenómeno reciente en la historia, se tiene como referente, por ejemplo, a las casas de corrección (*workhouses*) surgidas en el siglo XVI en el Reino Unido, que eran lugares donde las personas más pobres podían ir a vivir a cambio de trabajo obligatorio. Estas instituciones eran regulados en un principio por las autoridades parroquiales, pero en 1722,

mediante la ley del noveno año del reinado de Jorge I, se establece la posibilidad de adjudicar las *workhouses* a personas privadas que podían disfrutar de esta mano de obra a cambio de proporcionarles alojamiento, comida y una retribución miserable; y para estar seguros de la imposición del trabajo a los pobres, los inspectores (*overseers*) tenían el derecho de exigir la residencia, familias incluidas (niños también), como contrapartida de la asistencia. Las personas que se negaran a residir en las *workhouses* podían ser tachados de las listas de socorro (MUOLIER-BOUTANG [1998] (2006). En muy pocos años, Londres y sus alrededores se llenaron de un centenar de estos establecimientos, lo que necesariamente produjo un considerable aumento de los impuestos locales destinados a financiar este sistema. Cabe mencionar que el sufrimiento y la degradación que suponía estar en estos lugares era tan fuerte, que las personas preferían hacer cualquier cosa, incluso renunciar a la ayuda, antes que entrar en ellos.

Durante el periodo colonial en los Estados Unidos, cabe señalar el trabajo de los carceleros quienes estaban encargados de poner a disposición del Estado a los prisioneros, cobrando sus honorarios de acuerdo con una tarifa previamente fijada. Estas cárceles locales se caracterizaban por extremas condiciones de pobreza y constantes abusos de poder, lo que llevó a reformadores penalistas como John Howard a demandar la abolición de estas denigrantes instituciones.

También se pueden mencionar los servicios privados de transporte contratados para que se hicieran cargo de las labores de deportación, y el derecho de carcelaje que los internos debían pagar a sus carceleros por concepto de estadía y alimentación.

Después de la Guerra Civil hubo gran interés en el Sur de los Estados Unidos por arrendar o alquilar reclusos ante la necesidad de remplazar a los esclavos por una fuerza laboral barata, para reconstruir la devastada economía del país, lo cual maximizaba las ganancias

económicas de las empresas, quienes por un lado podían vender los productos directamente en el mercado, y por el otro, no tenían que compensar a los prisioneros por su trabajo. Esta idea, según ARRIAGADA fue posteriormente “abandonada tras las críticas de abuso a los internos y la oposición de sindicatos e industrias de trabajadores libres que veían en las prisiones una competencia desleal” (2012:10).

Pese a que el Estado concentraba cada vez más la función punitiva, las empresas privadas siguieron proveyendo de servicios particulares a las cárceles públicas durante los siglos XIX y XX.

Es necesario aclarar que estas primeras manifestaciones del sector privado en la administración penitenciaria, no se corresponden con el panorama actual de la privatización que se circunscribe en un contexto político y económico neoliberal sin precedentes, motor de la carrera penal que se ha venido desplegando desde finales del siglo XX en Estados Unidos y que ha sido imitada por numerosos países del orbe (ARRIAGADA, 2012, pág.10).

Continúa esta autora afirmando que la diferencia entre aquellas manifestaciones y la privatización actual vendría dada por la circunstancia de que la prisión privada hoy es una actividad de origen contractual, regulada exhaustivamente, financiada directa o indirectamente por el Estado, administrada bajo estándares de control prefijados y sujeta, en mayor o menor medida, a responsabilidades, además, y en cuanto al contexto en que se desarrolla, la introducción actual del capital privado en el área penitenciaria tiene lugar en un medio en el que coexisten, entre otras características, una ciega predilección por la cárcel como medio de castigo y un bestial incremento de la población penal (2012).

### **1. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA PRIVATIZACIÓN CARCELARIA**

El primer argumento que saca a relucir BELLIDO, defensor de la privatización carcelaria, es que hay que dejar de satanizar al sector

privado por el hecho de perseguir un afán de lucro, pues es necesario entender que el lucro, en sí mismo, no es algo perjudicial ni dañino, siempre que se realice de una manera justa y equitativa en función de los intereses nacionales (2007).

Si el autor, con la expresión 'intereses nacionales' se refiere al bien común, de entrada, ya estaría equivocado, pues no se puede negar que este tipo de organizaciones se orientan exclusivamente por intereses económicos y empresariales.

Al respecto CARRANZA (2009) sostiene que la empresa privada por definición hace negocios en procura de lucro. Ahora bien, si la ejecución de la pena se transforma en un negocio, se sustituyen los criterios que hasta ahora han regido el uso de las penas (el Derecho penal, la Política criminal, la ética, incluso la opinión pública informada) por los resultados del mercado y el incentivo del lucro, con la consecuencia de que vender y comprar cupos carcelarios eleva aún más las tasas penitenciarias. De hecho, los países que tienen más tiempo en el negocio de la privatización de las prisiones, comparativamente también tienen las tasas más altas de presos.

Dejar la ejecución de la pena privativa de la libertad en manos de una empresa cuyo principal interés es atraer a más usuarios, por los cuales cobra 'por cabeza' una tarifa prefijada, puede traer consecuencias devastadoras, como el caso de los jueces *Mark Ciavarella* y *Michael Conahan* que recibieron dos millones seiscientos mil dólares de compañías pertenecientes al *Mid Atlantic Youth Services Corp.*, por encarcelar indiscriminadamente a cerca de 2000 niños y niñas a cambio de dadas.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Vid <https://www.theguardian.com/world/2011/aug/11/kids-for-cash-judge-pennsylvania>, <https://www.theguardian.com/world/2009/mar/27/corrupt-judge-pennsylvania-victims>, <https://www.theguardian.com/world/2009/mar/07/juvenile-judges-cash-detention-centre>,

Si la ocupación penitenciaria disminuye las empresas estarían perdiendo dinero pues estas cobran por preso y por día, de ahí el peligroso de que puedan decidir sobre la duración del internamiento, pues la prolongación y el endurecimiento les suponen cuantiosos beneficios económicos. Estas corporaciones, “en un régimen progresivo, pueden decidir si otorgan el tránsito a un centro abierto o la libertad condicional; también decidir sobre los permisos de salida, redención de penas por trabajo, sanciones disciplinarias que pueden bloquear el acceso a estos beneficios, etcétera” (DÓPICO, 2007, pág. 326).

El lucro, entendido como los márgenes de ganancia que obtiene la empresa privada, es un factor que expone a la provisión de servicios penitenciarios a una potencial y peligrosa reducción de costos ya no mediante una gestión eficiente, sino a través del menoscabo en la calidad (ARRIAGADA, 2013, pág. 216).

Sobre la idea de BELLIDO (2007) de que se debe empezar a nombrar a las actividades públicas como de servicio a la comunidad, y que de esta manera se deben encomendar al que pueda gestionarlas con mayor eficiencia, y que hay que desmitificar el hecho de que existen actividades que deban ser brindadas o administradas exclusivamente por el Estado para no generar un proteccionismo improductivo y contraproducente, Dópico (2007) sostiene que lo valioso de la administración de los asuntos públicos es que no se permiten conflictos de intereses, ya que los funcionarios no deben decidir sobre cuestiones donde se vea implicado su interés. Asunto especialmente grave, cuando lo que se ve implicado es la libertad de seres humanos. Nuestros sistemas constitucionales no admiten tal vulneración de las garantías de los derechos de las personas

---

<https://www.theguardian.com/world/2014/apr/25/pennsylvania-prison-builder-kids-for-cash-sentenced>,

presas, que somete su libertad al arbitrio de quien puede atentar contra ella por lucro.

ARRIAGADA sostiene que la introducción de agentes privados en la provisión de prestaciones estatales implica admitir a un nuevo sujeto interesado comercialmente, pudiendo afirmarse que tanto directivos como accionistas se encuentran atraídos por la posibilidad de generar utilidades en beneficio propio (2013, pág. 216).

Vale la pena analizar las ventajas que BELLIDO (2007, pág. 321) afirma que se obtienen con la privatización carcelaria.

***EN LO ECONÓMICO, ALIVIARÍA EL PROBLEMA CARCELARIO, SIRVIENDO COMO MODELO PARA MEJORAR LA SITUACIÓN EXISTENTE.***

La situación penitenciaria en Latinoamérica, y específicamente en países como Colombia, debe atenderse de una manera integral, no sólo construyendo más y mejores centros de reclusión, independientemente de que sean públicos o privados. Además de la 'lamentable' necesidad de ampliación de cupos carcelarios es indispensable reducir los índices de población carcelaria, objetivo que puede peligrar si se deja en manos de empresas privadas que cobran por preso y por día, y a las que paradójicamente les resulta más rentable tener llenos sus establecimientos, para lo cual intentarán influir en diferentes espacios para lograr atraer a más 'usuarios' a sus modernas y lucrativas cárceles-empresas.

***EN LO SOCIAL, ESTARÍA CUMPLIENDO CON EL OBJETIVO DE RESOCIALIZAR AL PRESO, CONTRIBUYENDO A LA TRANQUILIDAD Y SEGURIDAD CIUDADANA, GENERANDO UNA RENTABILIDAD SOCIAL.***

No corresponde en este punto entrar a analizar la finalidad resocializadora de la pena, pero en el supuesto de que lo diéramos por sentado, no queda claro porque una cárcel privada sí está en la capacidad de cumplir con este objetivo, y una pública no, pues si es simplemente por una mayor asignación presupuestaria para este fin, el Estado, invirtiendo

más recursos, también podría hacerlo, sin necesidad de ceder el monopolio de la ejecución de la pena.

***EN LO ADMINISTRATIVO, AL ENTREGAR EL MANEJO DE UNA PRISIÓN A LA EMPRESA PRIVADA, SE ESTARÍA ABRIENDO UN NIVEL DE COMPETENCIA EN LA CUAL LA SOCIEDAD COMPARARÍA LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL VERSUS LA PRIVADA. EL ESTADO RESULTA, POR LO GENERAL, MEJOR SUPERVISOR QUE ADMINISTRADOR.***

Sobre este enunciado hay dos puntos importantes para analizar. El primero es que las 'buenas' condiciones carcelarias que las empresas privadas ofrecen, no deben compararse en ningún momento con las condiciones degradantes e inhumanas en las que se encuentran las personas privadas de la libertad en las cárceles estatales, sino simplemente con condiciones de reclusión que respeten la dignidad humana. Por lo tanto, la pregunta es ¿las cárceles privadas ofrecen tan sólo mejores condiciones de reclusión que las actuales o por el contrario ofrecen condiciones dignas de reclusión? El segundo punto es bastante polémico, además de aterrador, pues como lo afirma DÓPICO, una cosa es que la empresa privada preste servicios a la administración penitenciaria y otra es que pueda sustituir a la administración penitenciaria. La empresa privada también presta servicios a la Administración de Justicia, al Ejército, incluso al Parlamento, sin que nadie en sus cabales se le ocurra que sea la empresa privada la que deba dictar sentencias, dirigir fuerzas mercenarias o promulgar leyes (2007, pág. 330).

***CON UN MANEJO EMPRESARIAL SE PIENSA QUE LA CONCESIÓN DE CÁRCELES PODRÍA SER RENTABLE.***

No queda duda entonces de la rentabilidad que ofrece la gestión privada de las cárceles. Aunque aterra la idea de que, en busca de una gestión más eficiente, se opte por hacer recortes en salud, educación o alimentación, o por qué no, en los gastos de reinserción. Quedando la población privada de la libertad, a merced de la buena gestión privada. Cabe mencionar en este punto que la labor de fiscalización a la que

quedaría reducido el Estado es también muy costosa, y este rubro nunca se incluye en los presupuestos que aporta la empresa privada.

***EN LO MORAL, SE ESTARÍA CONTRIBUYENDO A RECUPERAR UN GRUPO SOCIAL QUE POR DISTINTAS RAZONES SE HA DESVIADO DE LA LEY Y EN LAS CONDICIONES ACTUALES NO ES POSIBLE SU RECUPERACIÓN.***

Una vez más, no queda claro como la empresa privada puede contribuir a recuperar un grupo social 'desviado', y señalo nuevamente lo peligroso que sería dejar en manos de una parte interesada, la decisión de prolongar la privación de la libertad, conceder un permiso penitenciario u otorgar la libertad condicional, pues endurecer y prolongar la estadía en prisión, les resulta económicamente mucho más provechoso.

El manto de oscuridad con el que se cubren las cárceles, favorece las prácticas de torturas y abusos de poder, ahora, cuesta mucho creer que el gerente de la cárcel-empresa quiera denunciar y sacar a la luz pública un abuso cometido por alguno de sus funcionarios en contra de los reclusos, pues esto implicaría poner en peligro la renovación de la licencia y futuras contrataciones, favoreciéndose de esta manera, mucho más, la impunidad de estos graves delitos.

Sólo resta decir que ceder la ejecución de la pena privativa de la libertad manos de particulares, tiene muchas implicaciones, las cuales los gobiernos deberían considerar y estudiar minuciosamente, antes de tomar una decisión, casi irreversible, como la privatización del sistema carcelario.

Se deben además tener en cuenta las verdaderas necesidades de cada país y el presupuesto disponible, tanto a corto como a largo plazo. Pues no se trata de adoptar a ciegas los modelos, aparentemente exitosos, de otros países, pues el contexto latinoamericano, y el colombiano en particular, son mucho más complejos, y el presupuesto también mucho más reducido. Y el hecho de que funcionen en otros países, no es garantía del éxito a nivel local.

Sin embargo, la tendencia ha sido que los países han estado implementando de manera apresurada y sin estudios rigurosos previos, este modelo, incluso adquiriendo los paquetes ‘all *inclusive*’ que ofrecen las empresas privadas que además del diseño, construcción y mantenimiento de las cárceles, ofrecen también la financiación por un periodo de 25 o 30 años, lo cual, obviamente, a la larga resulta más gravoso para el erario público.

Es muy importante también someter a debate público los planes gubernamentales de privatización de las prisiones antes de que se tomen las decisiones, aunque como afirma (CARRANZA, 2009) esta argumentación en ningún momento debería distraer la atención del debate más fundamental acerca del futuro de los sistemas de justicia penal como un todo y la necesidad de garantizar que la prisión sea utilizada sólo como medida de último recurso.

## **2. LA PRIVATIZACIÓN CARCELARIA Y SU RECEPCIÓN EN LATINOAMÉRICA**

La privatización carcelaria, como hija del neoliberalismo, surgió bajo los gobiernos de Ronald Reagan y George Bush en Estados Unidos, y de Margaret Thatcher en el Reino Unido. Gobiernos que implementaron la tendencia de privatizar los servicios tradicionalmente proveídos por el sector público, buscando liberalizar la gestión carcelaria.

La privatización de las cárceles fue una idea que pronto se propagó, expandiéndose a países de los distintos continentes y adaptándose a las más variadas realidades nacionales. “La reproducción de esta idea se inscribe en el marco general de exportación de la constelación de creencias sobre la penalidad impulsadas desde Estados Unidos y que marcaron la reducción del estado social y el fortalecimiento

del estado penal en varios países europeos y latinoamericanos” (ARRIAGADA, 2012).

La nueva política neoliberal insistía en el fundamentalismo de mercado y la fe incuestionable en el valor de la competencia, la empresa y los incentivos, así como también en los efectos saludables de la desigualdad y la exposición al riesgo. Con esta finalidad, los gobiernos de ambos países impulsaron la aprobación de leyes para controlar a los sindicatos, reducir los costos laborales, desregular las finanzas, privatizar el sector público, extender la competencia de mercado y reducir los beneficios del *welfare* (GARLAND, 2005).

En Estados Unidos el impulso por la privatización provino del interés lucrativo de empresarios privados con conexiones con el partido Republicano o con el complejo militar e industrial de Estados Unidos que estaban ansiosos por explotar la nueva ola de privatizaciones de bienes y servicios del Estado, impulsados por economistas de la Escuela de Chicago.

Las primeras compañías que surgieron en Estados Unidos fueron la *Corrections Corportion of America (CCA)* que se e ha convertido en la empresa penitenciaria privada más grande del país, administra más de 60 cárceles y centros de detención de inmigrantes, así como contratos de transporte de personas presas; y la *Wackenhut Corrections Corporation (WCC)* cuyo logo institucional era un mundo entre rejas, el cual cambió cuando se adhirió al Grupo GEO, es la segunda empresa de prisiones privadas del país, ejecuta contratos en Suráfrica, Australia y Reino Unido, y tiene un contrato de custodia en el Centro de Detención de Inmigrantes de los Estados Unidos en la Bahía de Guantánamo en Cuba. Otra de las empresas de priones estadounidense, la *Managment and Training Corporation (MTC)* fue llamada para montar y poner en funcionamiento la prisión iraquí de *Abu Ghraib* (NATHAN, 2009).

En el Reino Unido, el proceso de privatización carcelaria se dio de manera muy diferente al de Estados Unidos, pese a su contemporaneidad, ya que la decisión fue implementada desde el gobierno central, lo que permitió un proceso mucho más homogéneo.

Según ARRIAGADA (2012), el gobierno británico decidió contratar a empresas privadas para la construcción de la *Worlds Remand Prison*, una nueva cárcel en *North Humberside*. Para ello se dictó la *Criminal Justice Act* de 1991, la que permitió la participación de privados en centros de reclusión preventivos para imputados no condenados. Poco tiempo después, la autorización contenida en la referida norma se expandió a la construcción y operación de cárceles para todo tipo de presos. En 1992 el gobierno contrató al *UK Detention Services*, un consorcio entre la CCA norteamericana y firmas de construcción británicas, para construir una prisión en *blakenhurst*, tanto para reclusos condenados como sujetos a prisión preventiva. Ya en 1997 empezó a operar *HMP altercourse*, la primera prisión diseñada, construida, gestionada y financiada íntegramente por una compañía privada. Actualmente, de acuerdo con el *Her Majesty's Prison service*, existen 11 prisiones manejadas por compañías privadas.

En Francia, el proceso privatizador empezó en la década del 90 y surgió con grandes variaciones con respecto a los modelos de Estados Unidos y Gran Bretaña, dando paso a lo que se conoce como un modelo de gestión mixto o semiprivatizado, que consiste en delegar la construcción, mantenimiento y administración de los establecimientos de reclusión, además de prestar los servicios de alimentación, vestuario e higiene conservando el Estado la potestad de vigilancia y reinserción de los reclusos. Para el año 2007 existían 27 establecimientos bajo el modelo mixto público-privado, los cuales albergaban el 25% del total de la población penitenciaria del país.

Diferentes países de Latinoamérica también han sido receptores de las políticas de privatización carcelaria, hasta el momento Chile, Honduras, Paraguay, Perú, y algunas jurisdicciones de Brasil y México.

En Perú, mediante la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión), desde el año 2001 se permite la intervención del sector privado en los establecimientos penitenciarios (resolución suprema n° 291-2001-eF).

En Brasil, en los Estados de Paraná, y Bahía se han ido construyendo cárceles con administraciones privadas a cargo de organizaciones religiosas. “durante el primero trimestre de 2006 había 17 instalaciones administradas por compañías privadas en cinco estados diferentes, en donde se encontraba aproximadamente el 2%de la población penitenciaria brasileña” (NATHAN, 2009, pág. 288). Para el 2011 se implementó en el Estado de Minas Gerais (Ribeirão das Neves) y en Pernambuco (centro Integrado de resocialización de Itaquitinga) un sistema de complejos carcelarios operados en su integridad por agentes privados, convirtiéndose en las primeras cárceles de Latinoamérica en donde la seguridad y vigilancia están a cargo de particulares.

### **3. LA APERTURA A LA PRIVATIZACIÓN CARCELARIA EN COLOMBIA**

Uno de los ejes de la política pública penitenciaria y carcelaria que se propone en el Documento CONPES 3828 de 2015 es la articulación de la nación con el sector privado, y se plantea como objetivo la estructuración de modelos de asociación público-privada (APP) como alternativa para brindar soluciones al sistema penitenciario y carcelario.

Como se expuso en el Capítulo II, hace algunos años ya se había explorado la posibilidad de vincular al sector privado en la construcción de los complejos penitenciarios y carcelarios, pero se descartó la oferta porque resultaba mucho más gravoso para las finanzas del Estado hacerlo

por concesión, que por contrato de obra pública (ver CONPES 3277 de 2004).

No obstante se plantea nuevamente la participación del sector privado en los establecimientos carcelarios y penitenciarios, recurriendo a la figura de la Alianza Público-Privada (APP<sup>20</sup>) definiéndola como esquemas eficientes de colaboración entre el sector público y el sector privado que permiten la financiación y provisión en el largo plazo, por parte del sector privado, de infraestructura o equipamientos públicos, servicios conexos a estos o prestación de servicios públicos a cambio de una remuneración que se fija de acuerdo con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura o servicio que preste el sector privado.

En este Documento se plantea que el Gobierno nacional se ve en la necesidad de recurrir a desarrollos bajo el esquema de APP, a través de la estructuración de proyectos específicos de infraestructura carcelaria y penitenciaria que puedan ser diseñados, construidos, dotados, operados, o mantenidos por particulares, para generar ahorros significativos para el erario y un empleo más eficiente de los recursos estatales.

El modelo por implementar para el diseño, la construcción, la operación y el mantenimiento de los nuevos establecimientos que se construirán en el próximo cuatrienio, será realizado bajo el esquema de contratos tipo “Diseño, Construcción, Operación, Mantenimiento y Transferencia” (DBOT), lo que implicaría la participación de particulares

---

<sup>20</sup> La Ley 1508 de 2012 y sus decretos viabilizan iniciativas privadas siempre y cuando los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. Tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras, dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. La constitución de una APP implica el cumplimiento de requisitos como la prestación del servicio de operación y mantenimiento de la infraestructura por parte del particular, la relación entre la APP y los objetivos del plan de desarrollo territorial, la transferencia de riesgos al particular, y el cumplimiento de niveles de disponibilidad e indicadores de la calidad del servicio, entre otros.

en la gran mayoría de los servicios conexos a la operación y mantenimiento de los centros carcelarios y penitenciarios del país como lo son el mantenimiento de la infraestructura, dotación y mantenimiento de equipos, servicios de tecnología, alimentación, servicios de salud, con exclusión de los servicios de tratamiento penitenciario y la prestación de los servicios de seguridad y vigilancia de la población reclusa.

Según el Documento CONPES 3828 de 2015 la mayoría de los países en los que se han realizado alianzas público-privadas han tenido experiencias exitosas que han surgido como respuesta al desafío de buscar soluciones innovadoras y dinámicas para financiar y operar de la manera más eficiente la gestión penitenciaria, y han logrado un verdadero impacto socio-económico al reducir el costo de mantenimiento de un interno a largo plazo y constituirse en una herramienta de mayor eficacia en su resocialización, beneficiando, en últimas, a toda la comunidad.

A modo de ejemplo se hace referencia a Estados Unidos como el pionero en la vinculación de privados en el desarrollo de establecimientos penitenciarios en la década de 1980, y al Reino Unido, que aplicó el esquema de APP en la década de 1990. Otros países que multiplicaron su infraestructura mediante este tipo de esquemas fueron Francia y España, y algunos países de Asia y Australia. En 2013, Estados Unidos poseía el mayor número de detenidos en cárceles privadas, y Australia y el Reino Unido tenían la mayor proporción de internos en establecimientos penitenciarios privados, llegando al 19% en Australia.

Sobre América Latina, se mencionan las experiencias de Brasil en el año 1999, y de Chile en el 2000 con el Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria en donde se ha logrado el mayor avance, en México se adelantó un ambicioso programa de cárceles, y recientemente Uruguay que adjudicó en 2014 su primer APP en el sector. Hoy en día

existen entre estos países latinoamericanos más de 35 cárceles operadas bajo APP, en las que varios de los servicios que se brindan tales como alimentación, vestuario, educación y hasta salud, se encuentran a cargo del sector privado.

Y se destaca el proceso chileno afirmando que se caracterizó por un esfuerzo masivo de construcción mediante el cual se obtuvo la puesta en funcionamiento de siete complejos penitenciarios concesionados, que para 2013 albergaban cerca del 25% de la población penal total del país. La construcción de cárceles concesionadas permitió duplicar en metros cuadrados la infraestructura carcelaria existente en Chile hasta entonces.

Llama la atención el hecho de que el gobierno colombiano no haga referencia en sus informes al proceso de privatización completo que ha experimentado Chile desde el año 2000, teniendo en consideración los desaciertos y las dificultades que se han presentado, para no caer en los mismos errores. Desconsuela además el hecho de que el único referente de éxito al que se hace mención es el aumento de la infraestructura carcelaria, como si la historia no se hubiera encargado de enseñarle una y otra vez que el hacinamiento no se enfrenta únicamente con infraestructura.

Finalmente se afirma en este Documento que el sector privado como socio estratégico en el desarrollo y financiación de proyectos, se encuentra adelantando el plan de diseño, construcción, operación y mantenimiento del establecimiento penitenciario de Popayán, con una capacidad de 3.600 internos.

## **V. CONSIDERACIONES PREVIAS**

Las causas que originaron el encarcelamiento masivo en Estados Unidos son diversas y complejas, sus factores principales son la selectividad y el

alto grado de discrecionalidad que poseen los organismos de control, con su marcado componente de discriminación racial, que ha enfocado -casi exclusivamente- el sistema punitivo en el trinomio joven – negro – pobre, convirtiendo la denominada “guerra contra las drogas” en el vehículo idóneo para sacarlos de circulación por un tiempo prolongado en la cárcel.

Son tales las dimensiones de este fenómeno propio de las sociedades democráticas contemporáneas que Garland (2001) nos propone el nombre de “era del encarcelamiento masivo” para diferenciar este fenómeno extraordinario, del uso cotidiano de la prisión.

Las bases en las que se cimenta el encarcelamiento masivo son incompatibles con la noción más básica de dignidad humana, ya que logra que la sociedad normalice el encierro, y el sufrimiento y degradación que lo envuelve. Se ha llegado a un punto en el que la sociedad ya no se escandaliza por las alarmantes cifras de hacinamiento, las riñas, motines, o el gran número de muertes o suicidios en prisión, y mucho menos por las condiciones degradantes en las que sobreviven las personas privadas de la libertad. Pareciera que, así como no se cuestiona la pena de prisión por concebirla como algo que ha existido desde siempre, socialmente se asume que este grado de vulneración y degradación es connatural a la cárcel.

El fenómeno del encarcelamiento masivo ha logrado exportarse a varios países europeos, y Latinoamérica no es la excepción. Brasil tiene la tasa de encarcelamiento más alta de la región, seguida de Uruguay, Perú y Colombia.

Llama particularmente la atención que mientras los países latinoamericanos han experimentado un aumento constante de la población encarcelada, Estados Unidos ha logrado descender levemente su tasa de encarcelamiento en la última década. Lo que no puede

interpretarse como que el país más carcelero del mundo está disminuyendo su punitividad, por el contrario, es una muestra de que estas políticas son insostenibles para cualquier Estado.

No solo se exportó el modelo del encarcelamiento masivo, también el de la privatización carcelaria, tendencia que el gobierno colombiano ha intentado implementar en varias ocasiones, pese a que diferentes estudios lo consideran contraproducente, más en un país con altas índices de corrupción.

Son varios los servicios que ya se han privatizado o tercerizado en el sistema carcelario colombiano, como, por ejemplo, la salud, la alimentación y la telefonía, y hay varios complejos carcelarios que se quieren construir y privatizar en su totalidad.



## **CAPÍTULO IV**

### **CONTEXTO ACTUAL DEL SISTEMA CARCELARIO EN COLOMBIA Y SU TENDENCIA AL ENCARCELAMIENTO MASIVO<sup>21</sup>**

#### **I. CONTEXTO PENITENCIARIO**

El Sistema Penitenciario y Carcelario de Colombia<sup>22</sup> está integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), los cuales están adscritos al Ministerio de Justicia y del Derecho, tienen personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa<sup>23</sup>.

Al concluir el mes de diciembre del año 2019, el INPEC contaba con 132 Establecimientos de reclusión, los cuales se clasifican en: Establecimientos de reclusión del orden nacional (ERON), Establecimientos de reclusión del orden municipal (EROM), o Establecimientos de reclusión de la fuerza pública.

---

<sup>21</sup> Para los efectos de esta investigación, se hará un corte al 31 de diciembre del año 2019, y se analizará de forma independiente, la evolución del sistema en el año 2020, debido a las diferentes reformas de emergencia que se emitieron a raíz de la Pandemia generada por el Coronavirus, las cuales han generado una disminución significativa en los índices de hacinamiento, pero que no se deben a ningún cambio en el enfoque punitivista de la política criminal del país, que es lo que se pretende analizar en este apartado.

<sup>22</sup> La legislación colombiana hace una diferencia explícita del significado de cárcel y penitenciaría. La cárcel es un establecimiento de reclusión, previsto exclusivamente para las personas en calidad de detención preventiva, o sindicados, como se les suele llamar a las personas que se encuentran en calidad de acusados de un hecho punible, sin una condena en firme que demuestre su culpabilidad. Por su parte, la penitenciaría es un establecimiento destinado a la reclusión de personas en calidad de condenadas y en las cuales se ejecuta la pena de prisión, mediante un sistema gradual y progresivo para el tratamiento. No obstante, en la práctica, debido al sistemático y progresivo problemas de hacinamiento, esta separación de reclusos, por su situación jurídica, no opera. Estando detenidos en el mismo lugar, condenados, con personas que presuntamente son inocentes.

<sup>23</sup> Art. 15 de la Ley 65 de 1993. Código Penitenciario y carcelario. Disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0065\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html)

Para esta fecha se reportó un total de 194.648 personas privadas de la libertad, distribuidas de la siguiente manera: A cargo de los municipios 2.812. A cargo de las fuerzas públicas 666. Y a cargo del INPEC 191.170. Es preciso aclarar que este, se hace cargo de la custodia y vigilancia de las personas privadas de libertad en los ERON, en calidad de intramuros, y a su vez, de los que se encuentran en detención domiciliaria o con vigilancia electrónica, es decir, extramuros, distribuidos así:

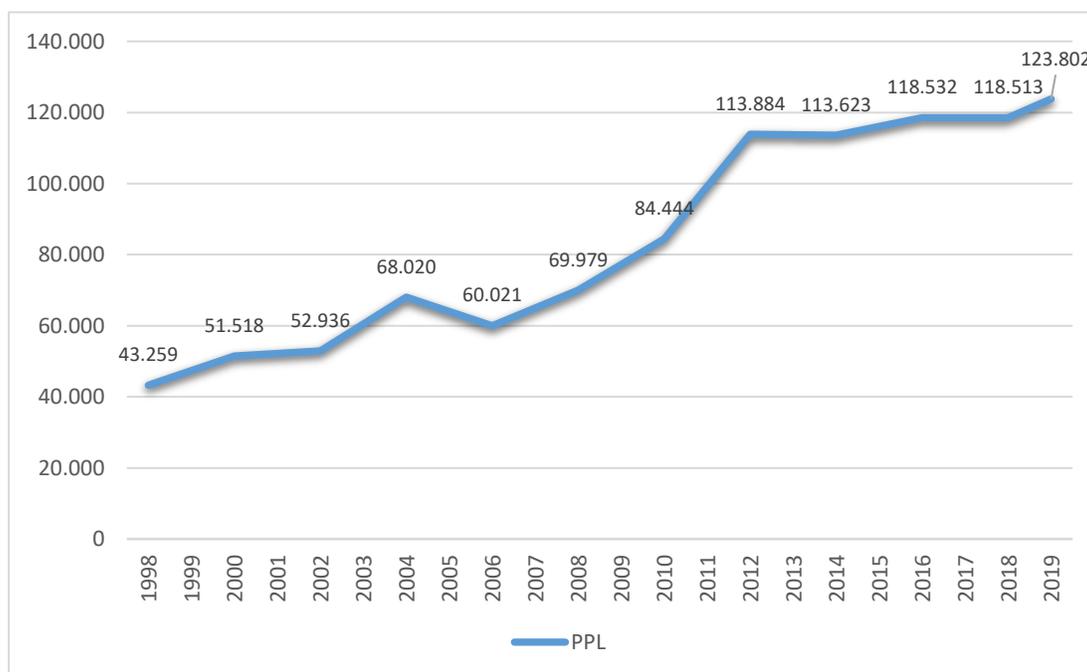


Para esta fecha se contaba además con una capacidad de 80.260 cupos, y un índice de hacinamiento del 52.85%.

Durante los últimos 20 años se ha venido experimentando un crecimiento exponencial de la población privada de la libertad. En 1998, año en el que la Corte Constitucional declaró por primera vez el *estado de cosas inconstitucional* en las prisiones colombianas, el número de personas privadas de la libertad era de 43.259, con un índice de hacinamiento del 31%. Para el año 2019, es decir más de 20 años después, la población penitenciaria ha aumentado a 123.802, es decir, se triplicó, no obstante, y pese a los esfuerzos realizados, el hacinamiento no

ha mejorado, llegando a un lamentable índice del 52.8%, y la cantidad de cupos disponibles, en el mismo periodo de tiempo, aumentó levemente, pasando de 33.009 a 80.260.

**Gráfico 11:** Evolución de la población privada de la libertad en Colombia. 1998 - 2019



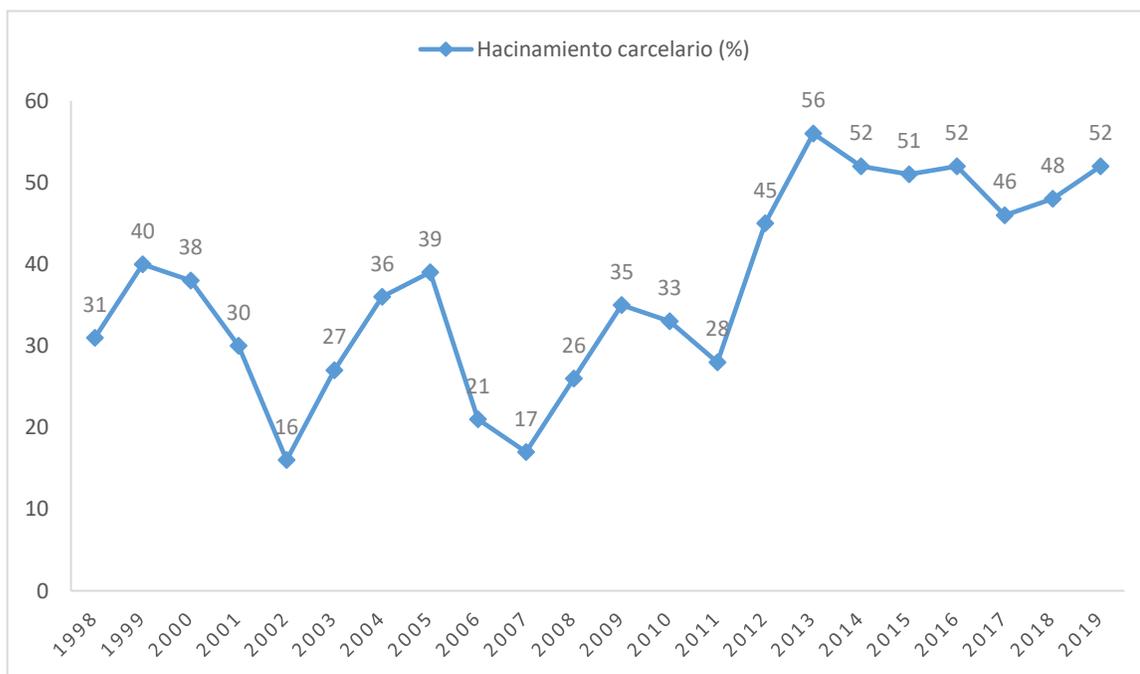
Fuente: Elaboración propia a partir de información suministrada por el INPEC

Este crecimiento se debe en gran medida al enfoque punitivista de la Política criminal, que se ha dedicado a fortalecer el uso de la prisión como mecanismo principal para resolver los conflictos sociales, lo que ha significado, no solo el incremento de la población privada de libertad, sino además, de los índices de hacinamiento, lo que genera una deshumanización de la vida en prisión, dando pie a lo que se conoce como “cárcel deposito” (GARLAND, 2002, 2005, LEWKOWICZ, 2004, GUAL, 2011, BERNAL Y FORERO, 2016) en donde la resocialización ya no se puede seguir sustentando como finalidad de la pena, pues se trata de dispositivos que buscan sacar de circulación, mantener e una especie de reserva, o zona

de cuarentena, a individuos considerados peligrosos en nombre de la seguridad pública.

Como se puede ver en la siguiente gráfica, los altos índices de hacinamiento han sido una constante en el sistema carcelario colombiano, que desde el año 2009 ha sido superior al 30%, y se ha venido agravando, manteniéndose por encima del 50% desde el año 2013, hasta llegar al 52.85% en el año 2019.

**Gráfico 12:** Tasa de hacinamiento carcelario en Colombia. 1998 - 2019



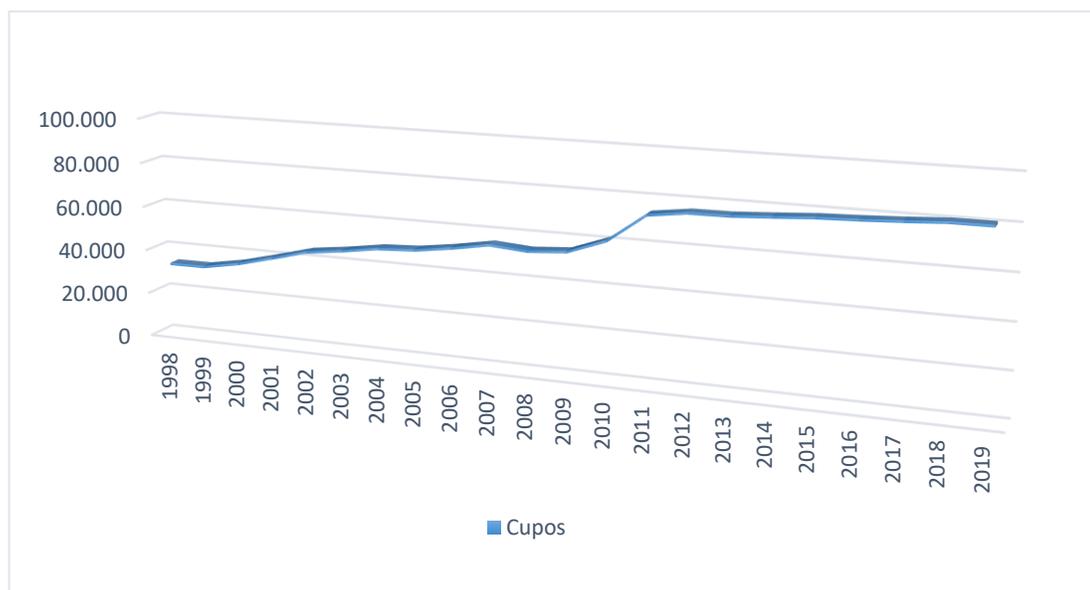
Fuente: Elaboración propia a partir de cifras suministradas por el INPEC

Las tasas de hacinamiento serían aún más dramáticas si, como afirma GÓMEZ Y ARRIETA, se tuviese por criterio, no el número total de cupos, sino, más bien, el número total de cupos dignos, esto teniendo en

cuenta que, en promedio, los establecimientos carcelarios y penitenciarios existentes en todo el país tienen más de 63 años<sup>24</sup> (2018, pág. 64).

La Política criminal orientada exclusivamente a la ampliación de cupos carcelarios, como la que se ha mantenido en Colombia durante las últimas décadas, no solo es inadecuada, sino también insuficiente. Y la alta inversión económica en infraestructura, insostenible para la mayoría de los Estados, no se ve reflejada en la disminución del hacinamiento. Pues mientras que entre 1998 y 2019, la población penitenciaria se triplicó, la capacidad carcelaria solo aumentó levemente, intensificando así el hacinamiento, y las condiciones de reclusión inhumanas.

**Gráfico 13:** Aumento de la capacidad carcelaria en Colombia. 1998 - 2019



Fuente: Elaboración propia a partir de cifras suministradas por el INPEC

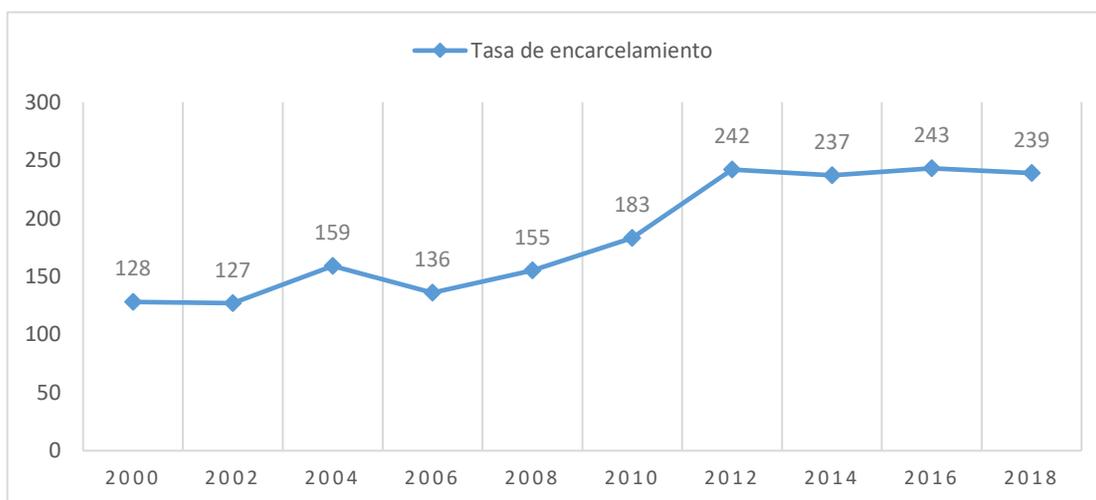
<sup>24</sup> Así, desde que se puso la primera piedra, en Colombia se construye, en promedio, una prisión cada tres años. De esta manera, por antigüedad, el 89 % de las prisiones colombianas se catalogan como de primera generación (de 1611 a principios de 1990), el 4 % de segunda (de la década del 90 al 2010) y tan solo el 7 % son de tercera generación (a partir de 2010 (Gómez, Arrieta, 2018, pág. 64).

Por lo que se puede afirmar que este enfoque no ha logrado mejorar ni las condiciones de hacinamiento de las cárceles, ni la crisis humanitaria que se vive al interior, convirtiéndose la pena privativa de la libertad, en un trato cruel, inhumano y degradante, en sí misma.

En palabras de ELÍAS CARRANZA, “En el siglo XXI no existen ya en las legislaciones de América Latina y el Caribe las penas corporales, aunque sí existen en la práctica, a través de la pena de encierro con hacinamiento, violencia e insalubridad” (CARRANZA, 2018, pág. 50).

El aumento de la población penitenciaria no solo eleva los índices de hacinamiento y deshumaniza las condiciones de reclusión, también se ve reflejado en el aumento de la tasa de encarcelamiento que se mide por cada 100.000 habitantes. Y que pasó de 128, en el año 2000, a 239 en el año 2018, que como ya se mencionó en el Capítulo III, ubican a Colombia en el cuarto lugar a nivel de Latinoamérica, seguido sólo de Brasil, Uruguay, y Perú.

**Gráfico 14:** Evolución de la tasa de encarcelamiento en Colombia. 2000 - 2018



Fuente: Elaboración propia a partir de cifras suministradas por el INPEC

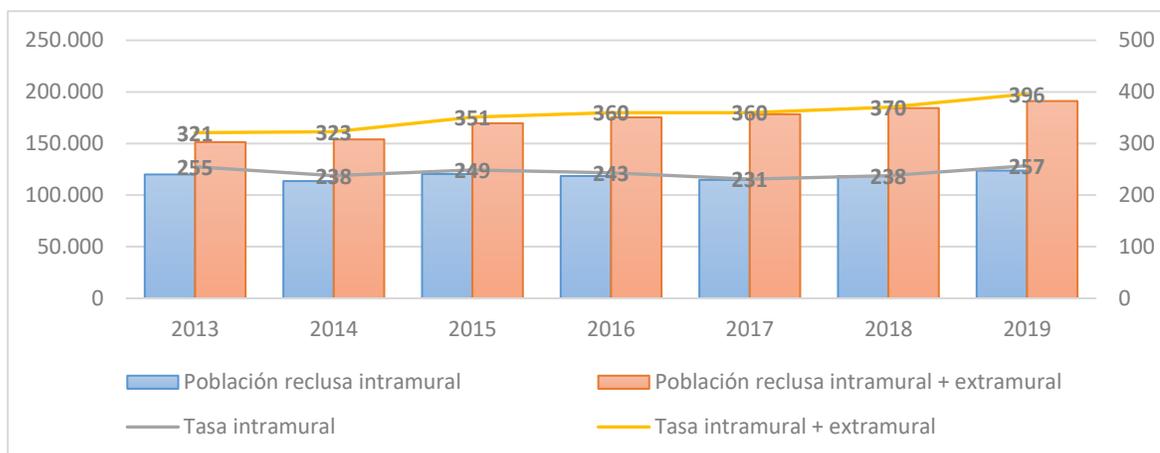
Es preciso aclarar que la tasa de encarcelamiento se cuantifica a partir de las cifras reportadas por el INPEC, y que hacen referencia exclusivamente a la población privada de libertad intramuros, lo que quiere decir que la red punitiva es mucho más amplia, si consideramos al resto de población que se encuentra bajo una medida de aseguramiento.

Analizando sólo el caso de las cifras reportadas al finalizar el año 2019, encontramos que la tasa de encarcelamiento se hace solo respecto a la población privada de la libertad intramuros, es decir 123.802, lo que solo representa el 63.6% de la población privada de libertad en Colombia, lo que significa que la red punitiva es mucho más amplia de lo que estas cifras, de por si alarmantes, nos muestran.

Es decir, que la extensión vertical y horizontal, a la que WACQUANT (2000) hace referencia para caracterizar la política penal norteamericana, se cumple también en el caso colombiano, ya que se experimenta no solo un incremento del encarcelamiento, sino, además, un aumento de las personas sometidas a una medida de aseguramiento o sistema de control penal.

De ser esta la tasa que se reportara oficialmente, Colombia alcanzaría los mismos niveles de encarcelamiento que Brasil, pese a que este país lo sobrepasa en población y extensión geográfica. Como se puede ver en el siguiente gráfico, la tasa de encarcelamiento de Colombia estaría llegando a las 400 personas, por cada 100.000 habitantes.

**Gráfico 15:** Tasa de encarcelamiento en Colombia. PPL intramural + extramural

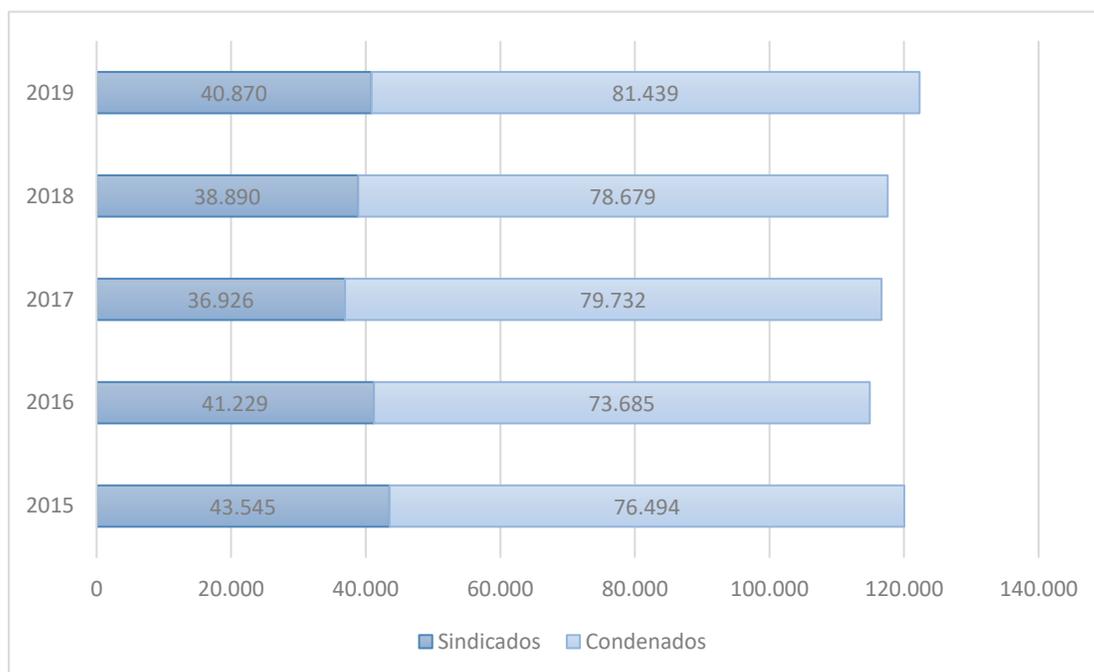


Fuente: Elaboración propia a partir de cifras suministradas por el INPEC

Una de las principales causas del hacinamiento carcelario es el abuso de medidas como la detención preventiva, que suelen aplicarse como regla general, y no de manera excepcional, como establecen los tratados y la legislación específica en materia penal y penitenciaria. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas<sup>25</sup> del año 2013, señala un uso excesivo de esta medida particularmente en América Latina, en donde la tendencia es que los detenidos preventivos representan un porcentaje mayor al de los condenados, específicamente en Bolivia (84%), Paraguay (73%), Uruguay (65%), Perú (58%) y Venezuela (52%).

<sup>25</sup> 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/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>

**Gráfico 16:** Sindicados vs. Condenados 2015 - 2019



Fuente: Elaboración propia a partir de cifras suministradas por el INPEC

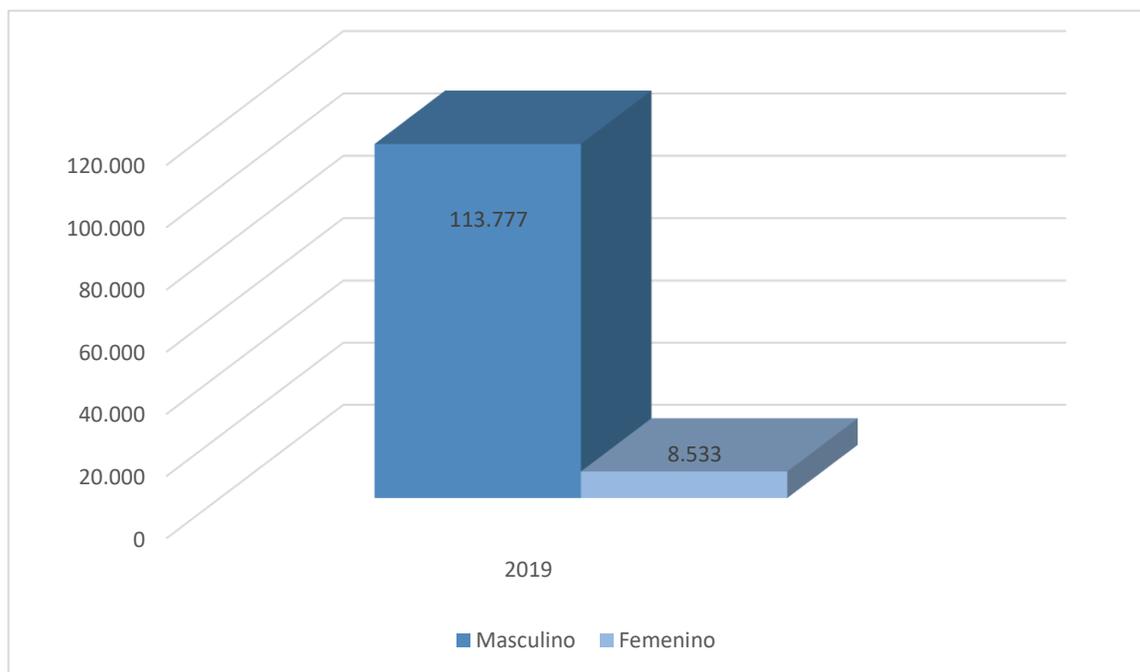
Es preciso remarcar en este punto la particularidad del caso colombiano, que ha logrado mantener una tendencia, vigente hasta la actualidad, donde la proporción de detenidos en condición de preventivos es menor a la de los condenados. Así, para el año 2019, el 33% se encontraba en calidad de detenidos preventivos (sindicados), mientras que los condenados ascendían al 67%. Pese a que estas cifras son mejores que la tendencia de la mayoría de los países de la región, siguen siendo muy altas, según lo establecido en los tratados internacionales de derecho, y la legislación penal y penitenciaria vigente.

En este sentido, las reformas promulgadas por la Ley 1453 de 2011, y la Ley 1474 de 2011 en vez de fomentar un mayor uso de la detención preventiva, flexibilizan su aplicación. De igual manera, otras reformas creadas con la finalidad de des-hacinar el sistema carcelario mediante la modificación de las medidas sustitutivas de la pena de prisión, como la Ley 1704 de 2014, Ley 1786 de 2016, y la Ley 1760 de 2015 no han tenido

una mayor repercusión en la reducción de detenidos preventivos, pues en los últimos 5 años, el porcentaje de sindicados se ha mantenido muy estable, siendo de 36% en 2015, 35% en 2016, 31% en 2017, 33% en 2018 y nuevamente de 33% en el 2019.

El enfoque de la Política criminal también se ve reflejado en el tipo de delitos que se investiga y condena con mayor frecuencia. Cabe resaltar que La población privada de la libertad en Colombia, es mayoritariamente masculina. Para el año 2019, la población femenina solo representaba el 7% de la población total, siendo los delitos de drogas, el principal delito por el que son acusadas.

**Gráfico 17:** Personas privadas de la libertad según el sexo. 2019



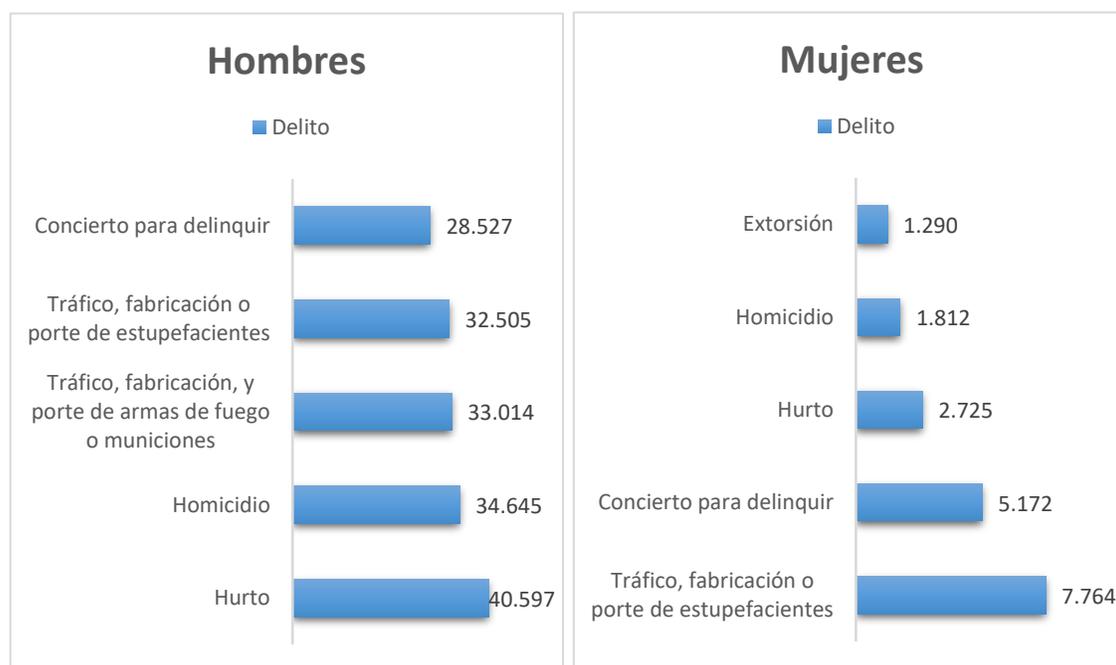
Fuente: Elaboración propia a partir de cifras suministradas por el INPEC

Al finalizar el año 2019, el hurto fue el principal delito en el caso de los hombres, y el tercero, en el caso de las mujeres. Lo cual evidencia el énfasis de las políticas de seguridad ciudadana, que finalmente terminan siendo una persecución de las clases marginadas. El tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, fue el principal delito en el caso de las mujeres,

y el cuarto en el caso de los hombres. Lo cual hace parte de la denominada guerra contra las drogas, y pone en evidencia la desproporcionada afectación de las mujeres, que generalmente son el eslabón más débil en la cadena del narcotráfico. El concierto para delinquir fue el segundo delito en el caso de las mujeres, y el quinto, en el caso de los hombres. Este delito es usado frecuentemente como respuesta punitiva a la lucha contrainsurgente.

Los delitos anteriores, descontando el homicidio, que fue el segundo delito en el caso de los hombres, y el cuarto, en el caso de las mujeres, en niveles considerablemente inferiores, evidencian el enfoque punitivista de Política criminal colombiana y su marcado tinte autoritario y selectivo.

**Gráfico 18 y 19:** Principal modalidad delictiva en hombres y mujeres. 2019



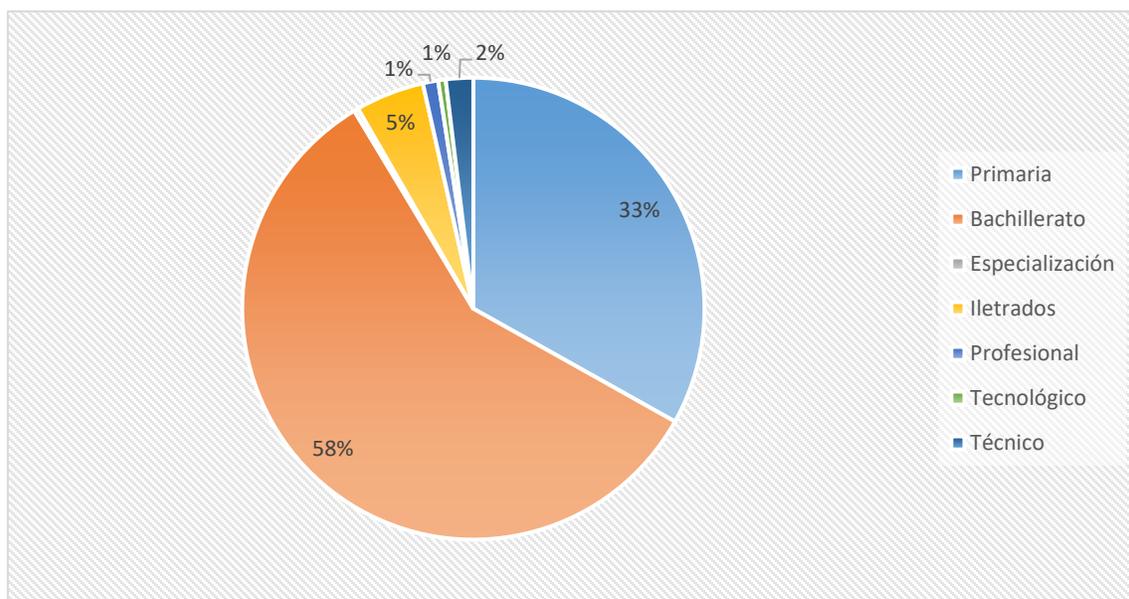
Fuente: Elaboración propia a partir de cifras suministradas por el INPEC

El corte selectivo de la Política criminal se manifiesta también en las características socioeconómicas de la población privada de la libertad.

Este cálculo, en el caso colombiano no es posible realizarlo ya que el sistema estadístico del INPEC no lo registra. Solo es posible acceder al nivel educativo y al rango etario.

En los siguientes gráficos, se puede ver que el 5% de la población privada de libertad es iletrada, el 33% apenas ha realizado estudios de primaria, y el 58% ha terminado el bachillerato, estos dos últimos representan el 91% de la población privada de la libertad, siendo solo el 4% profesional, o con una especialización, técnica o tecnológica.

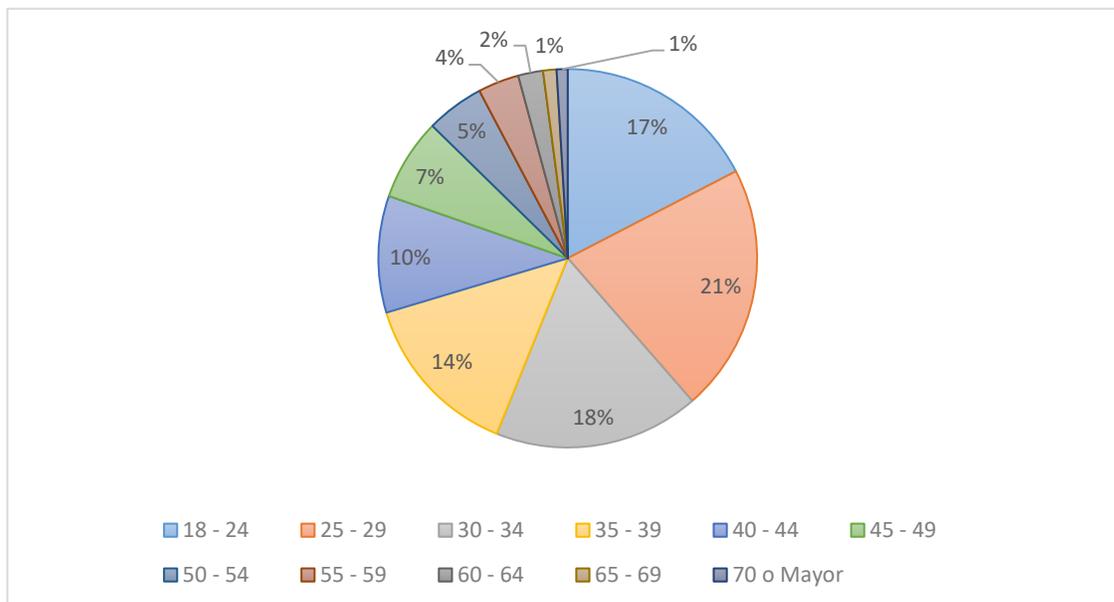
**Gráfico 20:** Nivel académico de la población privada de la libertad. 2019



Fuente: Elaboración propia a partir de cifras suministradas por el INPEC

En cuanto al rango de edades, encontramos que el 41% de la población privada de la libertad es menor de 30 años, el 18% tiene entre 30 – 34 años, y el 14% tiene entre 35 – 39 años, y el 10% entre 40 – 44 años, siendo solo el 17% mayor de 45 años, lo que significa una sobre representación de personas jóvenes privadas de la libertad.

**Gráfico 21:** Rango etario de la población privada de la libertad. 2019



Fuente: Elaboración propia a partir de cifras suministradas por el INPEC

Para finalizar esta descripción de las personas que conforman el entramado del sistema carcelario colombiano, vale la pena citar a GÓMEZ Y ARRIETA, quienes afirman que “la Política criminal colombiana tiene por clientela preferencial: *hombres jóvenes de bajo nivel educativo que son procesados por hurto, porte de armas y estupefacientes* –si descontamos el homicidio–. Este es el corolario de una alta tasa de PPL que tiene por trasfondo condiciones de inequidad inaceptables y un Derecho penal que actúa como primera y casi que única ratio” (2018, pág. 63).

## II. LA CÁRCEL DURANTE LA PANDEMIA

El inicio del año 2020 sorprendía al mundo entero con la declaración de la pandemia originada por el Covid-19. Abrumados, frente a la obligación de un confinamiento a escala global, empiezan a surgir grandes desafíos políticos, económicos y sociales para los cuales no

estábamos preparados, entre tantos redefinir los límites del castigo, y por qué no, la finalidad de la pena.

La privación de libertad que padecemos es fuertemente analizada (...) tanto en la sociedad en general, cuanto en las cárceles que demandan pensar en una nueva forma de acercarse al castigo, a la penalidad, en tiempos de pandemia y confinamiento. Gobierno médico, control de la población, vigilancia electrónica, (re)unión entre psiquiatría y derecho, vuelven a ser conceptos claves del nuevo (des)orden mundial (RIVERA, 2020, pág. 16).

Si bien la privación de libertad en si misma representa un gran reto para la gestión de la pandemia, la privación de libertad, en condiciones graves de hacinamiento, como la mayoría de las cárceles de Latinoamérica, y particularmente de Colombia, generaron una situación de crisis, dentro de la ya habitual crisis carcelaria, y sistemática violación de derechos humanos que se vive en el país.

Finalizando el mes de febrero de 2020, en las cárceles colombianas había 124.105 personas privadas de la libertad y un hacinamiento del 53.6%. Rápidamente los Organismos Internacionales de Derechos Humanos<sup>26</sup> se pronunciaron afirmando que:

Si bien reconocemos la gravedad de la actual crisis de salud y reconocemos que el derecho internacional permite el uso de poderes excepcionales en respuesta a amenazas significativas, recordamos urgentemente a los Estados que cualquier respuesta de emergencia al coronavirus debe ser proporcionada, necesaria y no discriminatoria”. (...) Se debe evitar la extralimitación de las medidas de emergencia en respuesta al brote de coronavirus y les recordaron que los poderes de excepción no deben usarse para acallar la disidencia. (...) Las declaraciones de estados de emergencia, ya sea por razones de salud o seguridad, tienen una guía clara del derecho internacional, aclararon los expertos de la ONU.

---

<sup>26</sup> Naciones Unidas – Derechos Humanos. “COVID-19: los Estados no deben abusar de las medidas de emergencia para reprimir los DD HH – Expertos de la ONU”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25722&LangID=S>

En Colombia se declaró la emergencia sanitaria, mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, y el estado de emergencia económica, social y ecológica, mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020.

Para el 21 de marzo, ya había en el país 196 contagios por coronavirus, lo que desató una jornada masiva de protestas en 13 establecimientos de reclusión exigiendo medidas eficientes para la propagación del virus en las cárceles, donde el hacinamiento, la falta de asistencia médica, y el recurso al agua potable, incrementaban exponencialmente la posibilidad de contagios.

Esta jornada de protestas se enfrentó, no solo con los guardianes del INPEC, sino, además, con el Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD) de la Policía Nacional, dejando un saldo 23 muertos y un centenar de heridos, sólo en la cárcel “La Modelo” de Bogotá,<sup>27</sup> hechos que aún se encuentran en investigación.

Al día siguiente, el INPEC responde con la declaración del Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria en los Establecimientos de Reclusión, y por su parte, el Gobierno expide el Decreto 546 de 2020, que otorga medidas de detención preventiva y de prisión domiciliaria transitorias, a las personas que se encuentren en la siguiente situación:

1. Personas mayores de 60 años de edad.
2. Madres gestantes o con niños menores de 3 años de edad dentro de los centros de reclusión.
3. Personas con enfermedades graves (cáncer, VIH, insuficiencia renal crónica, diabetes, insulino dependientes, trastorno pulmonar, anticoagulación, hepatitis b y c, hemofilia, artritis reumatoide, enfermedades tratadas con medicamentos inmunosupresores, enfermedades coronarias,

---

<sup>27</sup> BBC Mundo (22 marzo 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>

personas con trasplantes, enfermedades autoinmunes, enfermedades huérfanas u otra que ponga en grave riesgo la salud o la vida del recluso).

4. Personas con movilidad reducida por discapacidad debidamente acreditada.

5. Personas condenadas o que se encuentren con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento penitenciario y carcelario, por delitos culposos.

6. Personas condenadas a penas privativas de la libertad de hasta cinco (5) años de prisión.

7. Quienes hayan cumplido el cuarenta por ciento (40%) de la pena privativa de libertad en establecimiento penitenciario, atendidas las respectivas redenciones a que se tiene derecho.

Este decreto, bastante cuestionado por sus efectos limitados, planteaba como objetivo la excarcelación aproximada de 4.000 personas, un número bastante incipiente teniendo en cuenta que la sobrepoblación asciende a los 40.000 internos. De igual manera, se establece una larga lista de excepciones a estos beneficios, lo que, de facto, hace inoperante este Decreto.

Este Decreto Legislativo no aplica para quienes atraviesan procedimientos de extradición, sin importar la naturaleza del delito, y para aquellas personas que se encuentren incurso en los siguientes delitos contemplados en el Código Penal:

- Genocidio art. 101 y Apología al genocidio art. 102
- Homicidio simple doloso art. 103 y Homicidio agravado art. 104
- Femicidio art. 104A
- Lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro agravadas arts. 116 y 119
- Lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares art. 116A
- Delitos contenidos en el Título II, Capítulo Único
- Desaparición forzada simple art. 165 y Desaparición forzada agravada art. 166
- Secuestro simple art. 168, Secuestro extorsivo art. 169 y Secuestro agravado art. 170
- Apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte

colectivos art. 173 • Tortura art. 178 y Tortura agravada art. 179 • Desplazamiento forzado art. 180 y Desplazamiento forzado agravado art. 181 • Constreñimiento ilegal por Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados art. 182A • Tráfico de migrantes art. 188, Trata de personas art. 188A y Tráfico de niñas, niños y adolescentes art. 188C • Uso de menores edad para la comisión de delitos art. 188D • Amenazas contra defensores DDHH y servidores públicos art. 188E • Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales del Título IV • Violencia intrafamiliar art. 229 • Hurto calificado art. 240 n° 2 y 3 y cuando la conducta se cometa con violencia contra las personas, no obstante lo cual procederán las medidas contempladas en este Decreto, en las demás hipótesis de hurto calificado cuando la persona haya cumplido el 40% de la condena. • Hurto agravado art. 241 n° 3, 4, 12, 13 y 15, no obstante, lo cual procederán las medidas contempladas en este Decreto en las demás hipótesis de hurto agravado, cuando la persona haya cumplido con el 40% de la condena. • Abigeato con violencia sobre las personas art. 243 • Extorsión art. 244 • Corrupción privada art. 250A • Hurto por medios informáticos y semejantes art. 269I • Captación masiva y habitual dineros art. 316 • Contrabando agravado art. 319 • Contrabando de hidrocarburos y sus derivados art. 319-1 • Favorecimiento y facilitación del contrabando agravado art. 320 • Lavado de activos art. 323 y Lavado de activos agravado art. 324 • Testaferrato art. 326 • Enriquecimiento ilícito de particulares art. 327 • Apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan art. 327<sup>a</sup> • Concierto para delinquir simple art. 340 inciso primero y Concierto para delinquir agravado art. 340 incisos segundo, tercero y cuarto • Asesoramiento a Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados art. 340A • Entrenamiento para actividades ilícitas art. 341 • Terrorismo art. 343 y Terrorismo agravado art. 344 • Financiación del terrorismo y de grupos de

delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada art. 345 • Amenazas agravadas art. 347 • Tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos art. 358 • Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos art. 359 • Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado art. 365 • Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos art. 366 • Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares art. 367 • Empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal art. 367A • Ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal art. 367B • Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico art. 372 • Delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes • Peculado por apropiación art. 397 • Concusión art. 404 • Cohecho propio art. 405, Cohecho impropio art. 406 y Cohecho por dar u ofrecer art. 407 • Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades art. 408 • Interés indebido en la celebración de contratos art. 409 • Contrato sin cumplimiento de requisitos legales art. 410 • Tráfico de influencias de servidor público art. 411 y Tráfico de influencias de particular art. 411A • Enriquecimiento ilícito art. 412 • Prevaricato por acción art. 413 • Utilización indebida de información oficial privilegiada art. 420 • Soborno transnacional art. 433 • Falso testimonio art. 442 • Soborno art. 444 y Soborno en la actuación penal art. 444A • Receptación agravada art. 447 • Amenazas a testigo art. 454A • Espionaje art. 463 • Rebelión art. 467 • También se excluyen, los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra libertad, integridad y formación sexual, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes art. 199 Ley 1098 de 2006. • Crímenes de lesa humanidad,

crímenes guerra y los delitos sean consecuencia del conflicto armado y/o que se hayan realizado con ocasión o en relación directa o indirecta con el mismo, abordados desde la justicia transicional. • Hacer parte o pertenecer a un grupo delictivo organizado art. segundo de Ley 1908 de 2018, o en general, haga parte de un grupo de delincuencia organizada. • Si la persona fue condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores. • Imputaciones, acusaciones o condenas por tentativa, en los casos que proceda. • El artículo 6° de este Decreto Legislativo, no deroga el listado de exclusiones de arts. 38G y 68A del Código Penal

Ante la adopción de medidas insuficientes y la falta de medidas inmediatas para prevenir el contagio del Covid-19, junto con la vulneración sistemática de derechos humanos en los centros penitenciarios de Colombia, la fundación Comité de Solidaridad con los presos políticos<sup>28</sup>, solicita a la CIDH medidas cautelares a favor de las personas privadas de la libertad de 10 cárceles del país, teniendo en cuenta que:

La población vulnerable y de alto riesgo privada de la libertad asciende a 16,265 personas, distribuidas en adultos mayores de 60 años para un total de 5.272, entre estos, 982 mayores de 70 años; madres gestantes, 88; población con patología mental, 4.468 personas; población con VIH-SIDA 754 personas; población con cáncer, 22 personas; población diabetes mellitus 1.307 y población con hipertensión arterial: 4.354. Por lo que se advierte, que las medidas contempladas en el Decreto 546 de 2020, solo permitirían la detención domiciliaria transitoria de apenas 4.000 personas, una medida insuficiente ante las 39.000 personas privadas de la libertad en sobrecupo (CSPP, 2020).

Esta no fue la única manifestación en contra de la eficacia del mencionado Decreto, pues como afirma BERNAL, en una expresión pública sin antecedentes recientes en el país, el mundo académico se pronunció

---

<sup>28</sup> CSPP (21 abril 2020) "Solicitud de Medidas Cautelares a la CIDH en favor de las personas privadas de la libertad". Disponible en: <https://www.comitedesolidaridad.com/es/content/solicitan-medidas-cautelares-la-cidh-en-favor-de-las-personas-privadas-de-la-libertad>

frente a esta normatividad en un manifiesto denominado “rumbo a un genocidio carcelario”<sup>29</sup> (2020, pág.320).

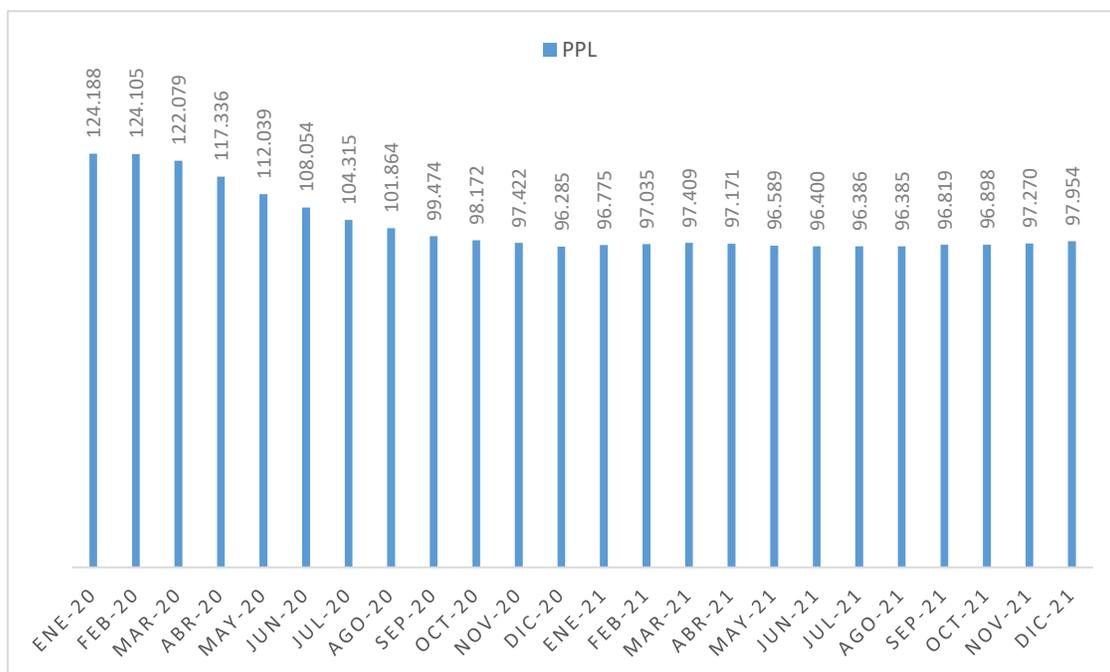
En donde se afirmaba: “Es inaceptable que el Decreto establezca tantas excepciones para acceder a la reclusión domiciliaria, que lo hacen inútil e ineficaz para el propósito que lo informa. Además, todas ellas discriminatorias, populistas y, por ende, ilegítimas (...) porque los derechos a la vida y a la salud no puedan ser afectados ni puestos en peligro por el Estado, porque ni la pena ni la detención preventiva autorizan su limitación y, mucho menos, su sacrificio, máxime cuando ello profundiza el gravísimo *estado de cosas inconstitucional* en las prisiones colombianas ya declarado –en forma reiterada– por la Corte Constitucional”.

La mirada puesta sobre la violación sistemática de derechos humanos de las personas privadas de la libertad en Colombia, o el “ojo preventivo” como lo denomina RIVERA (2020, Pág. 15), lograron la eficacia real, de la cual carecía el Decreto 546 de 2020, pues paulatinamente se fue viendo una reducción de las personas privadas de la libertad, y con ello, una reducción de los índices de hacinamiento.

---

<sup>29</sup> Disponible en: <https://pares.com.co/wp-content/uploads/2020/04/GetFileAttachment.pdf>.

**Gráfico 22:** Evolución de la población privada de la libertad enero 2020 - noviembre 2021

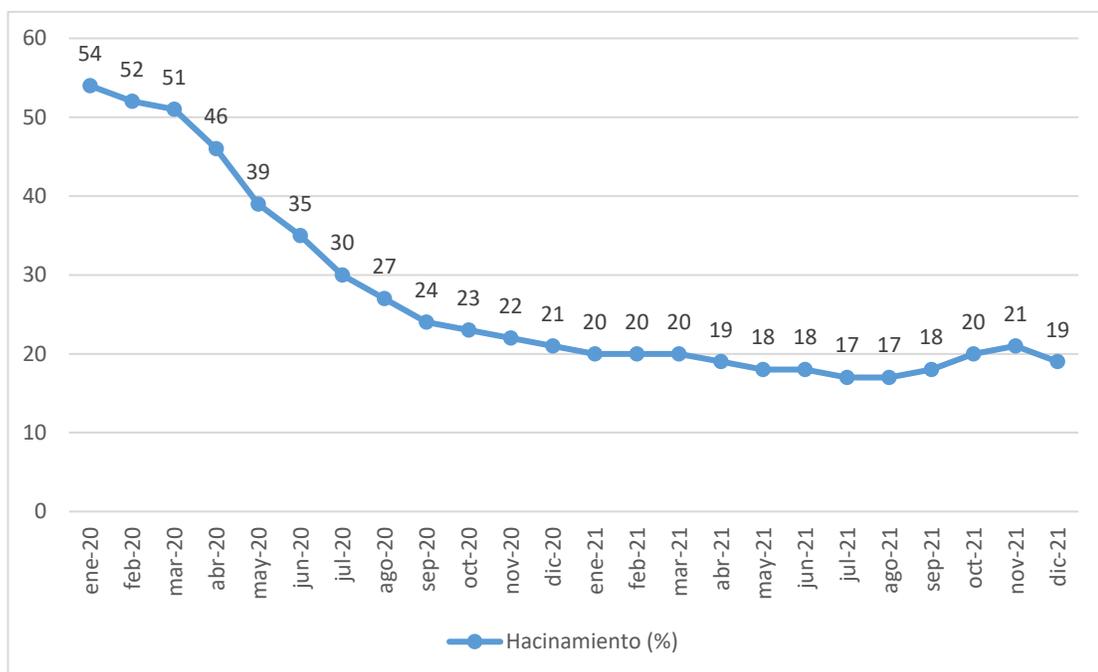


Fuente: Elaboración propia a partir de cifras suministradas por el INPEC

Si en marzo de 2020 había 122.079 personas privadas de la libertad, para abril ya se habían reducido a 117.336, en mayo a 112.039, en junio a 108.054, en julio a 104.315, en agosto a 101.864, hasta aquí se mantuvo un promedio de 4.000 presos por mes, y de septiembre de 2020 en adelante, que se logró reducir el número por debajo de los 100.000, se ha mantenido una cifra más o menos estable, llegando a diciembre de 2021, con una cantidad de 97.954 personas privadas de la libertad.

Estas cifras también se ven reflejadas en el índice de hacinamiento, que en julio de 2020 bajó del 30%, algo que no se lograba desde la primera declaración del *estado de cosas inconstitucional* en los establecimientos de reclusión del país, y en enero del 2021 llegó al 20% y desde entonces se ha logrado mantener estable en esa cifra.

**Gráfico 23:** Evolución del hacinamiento carcelario enero 2020 - noviembre 202



Fuente: Elaboración propia a partir de cifras suministradas por el INPEC

Es importante mencionar que esta impresionante reducción de personas privadas de la libertad, no se debe a los efectos del mencionado decreto, que como ya se mencionó, sus altas restricciones, llegan al punto de hacerlo ineficaz. Y nuevamente, es el activismo judicial, en este caso particular, el de los jueces de ejecución de penas, que “en aplicación de las medidas ordinarias, han liberado a 14.514 personas y le han sustituido la pena intramural por a 11.680 personas” (HERNÁNDEZ, RODRIGUEZ, ECHEVERRY, 2021).

Que estos resultados no se deban a un enfoque de Política criminal coherente y respetuoso de los derechos humanos, solo puede dejarnos en una situación de alarma, ante el casi inevitable aumento de la población privada de libertad, con el paso del tiempo.

Solo cabe esperar que el hecho de tener un hacinamiento carcelario sobre el 20%, algo que no se lograba hace más de dos décadas,

sirva de aliciente para cambiar el enfoque punitivista de la Política criminal, por una minimalista y garantista. Citando a Bernal, “el oscuro panorama del sistema penitenciario y carcelario colombiano en tiempos de pandemia debería hacernos reflexionar, por último, sobre la contradicción que existe y se mantiene en el campo jurídico y en los medios de comunicación entre la idea de la justicia que se pretende alcanzar con las sanciones privativas de la libertad y el sufrimiento que provoca la ejecución de dicha sanción en condiciones crueles, inhumanas y degradantes” (2020, pág. 322).

### **III. ¿SE PUEDE HABLAR DE ENCARCELAMIENTO MASIVO EN COLOMBIA?**

Estados Unidos ha logrado mantener durante varias décadas el primer lugar como el país más carcelero del mundo, pero resulta importante, además, explicar cómo dicho punitivismo logró no solo traspasar fronteras, sino arraigarse en diferentes latitudes.

Si bien el encarcelamiento masivo es el resultado de diferentes factores, para el análisis del caso colombiano, nos acogeremos a la clasificación propuesta por CUNEO (2018) a través de causas mediatas e inmediatas, siendo las primeras el auge del neoliberalismo, la implementación del populismo punitivo, y la selectividad del sistema penal, y las segundas, las leyes y reformas penales que amplían el catálogo de delitos y permiten una permanencia más prolongada en la cárcel.

Las causas del encarcelamiento masivo no solo responden a políticas totalitarias o autoritarias, pues también pueden ser impulsadas en democracia a través del populismo punitivo o el endurecimiento penal CUNEO (2018).

Según este autor, con la adopción de políticas económicas neoliberales desaparece todo atisbo de Estado benefactor, transitando

hacia una nueva cultura de inseguridad social y laboral, donde se abandona el ideal de la rehabilitación, dando paso a formas punitivas que son expresión de un discurso que pierde prácticamente todo interés por el condenado y que centra su atención en la seguridad de los no-delinquentes. De esta manera se aumenta la producción de miseria y, como contrapartida, se incrementa el Estado penal (2018, pág. 94).

El Estado de bienestar, que sustentaba sus bases en el ideal de resocialización y entendía que las principales causas de la delincuencia eran las desigualdades sociales, es reemplazado por un Estado penal, en el que la resocialización deja de ser la finalidad de la pena, para ser reemplazada por un ideal de retribución y venganza.

Por su parte, la mediatización del crimen y la rentabilidad del populismo punitivo ayudan a moldear la opinión pública de acuerdo a sus ideales e intereses. Se sobreexplota las imágenes de la delincuencia, distorsionando su real dimensión y atemorizando al público.

Si bien está claro que el poder punitivo siempre ha sido selectivo, y que ejerce su poder sobre los grupos más vulnerables, la guerra contra las drogas se ha convertido en la principal manifestación de la selectividad penal, no solo en Estados Unidos, sino, además, en muchos países latinoamericanos. Llegando a asociarse la raza, o la clase social, con el nivel de peligrosidad, generándose así, una gran estigmatización del delincuente.

ALEXANDER (2012) afirma que el encarcelamiento masivo es el actual sistema de segregación racial en Estados Unidos. Este no solo hace referencia al sistema de justicia penal, sino que constituye un medio mucho más amplio de control de etiquetamiento que se ejerce sobre los negros dentro y fuera de la prisión.

En Europa, por su parte, la selectividad del sistema penal se dirige en su mayoría hacia los inmigrantes, sobre los que se ejerce un control

social en general, y un control penal en particular, que los constituye como *alteridad* frente al Estado, incluso como *subalternidad*, en el caso de los inmigrantes extracomunitarios en situación administrativa “irregular” (CHAVERRA, FERNÁNDEZ, GARCÍA-BORES, GIRALDO, 2015).

En Latinoamérica, debido a los altos índices de desigualdad y concentración de la riqueza, la segregación penal se ejerce directamente contra los pobres, consolidándose una discriminación, ya no racial, sino de clase.

Derecho penal máximo, máximamente duro contra la delincuencia de los pobres, delincuencia de subsistencia; Derecho penal mínimo, máximamente leve e indulgente contra los crímenes del poder, la corrupción y la bancarrota (FERRAJOLI, 2014).

Finalmente, hay que hacer referencia a una amplia categoría de delitos punibles con pena privativa de libertad, ya que la duración de estas penas, en la mayoría de los casos no hace posible o dificulta la obtención de formas de libertad antes de cumplir la condena. En estos estándares, un papel muy importante en las políticas de encarcelamiento masivo lo juegan las leyes procesales que establecen mecanismos de justicia negociada a través de procedimientos abreviados o juicios simplificados, que no son más que un fuerte estímulo para que los acusados reconozcan su responsabilidad evitando un juicio y recibiendo como premio una condena rebajada.

Después de este breve recorrido por las causas mediatas e inmediatas del encarcelamiento masivo según CUNEO (2018) se intentará hacer un análisis del caso particular colombiano, teniendo presente todas sus particularidades y especificidades dentro de la región.

## 1. ESTADO PENAL Y NEOLIBERALISMO EN COLOMBIA

El neoliberalismo ha promovido una forma-Estado en el cual el capital financiero global se ubica en el centro de la acción política estatal, beneficiándose de una serie de medidas de protección para maximizar su capacidad de acumulación de riqueza, aumentando su rentabilidad a costa de la flexibilización de las formas de contratación laboral, la precarización de los salarios y las prestaciones sociales, así como reduciendo drásticamente los tributos al patrimonio y la riqueza. La forma Estado neoliberal logra hacer una inversión de los principios y valores que sustentaban el modelo de Estado social, mientras este buscaba introducir un limitado equilibrio en la relación entre capital y trabajo mediante la construcción de unos equivalentes sociales, aquél reintroduce y exagera el desequilibrio en esa relación, desmontando cualquier tipo de protecciones sociales, estableciendo un férreo régimen de derechos del capital, lo cual ha terminado por acentuar los mecanismos de acumulación de riqueza, con los correlativos índices obscenos de desigualdad y riqueza que año tras año se consolidan a escala global (BERGALLI, 2003, CASTEL, 2008).

Citando a BOURDIEU, el neoliberalismo logró que la mano izquierda del Estado -que representa la asistencia social destinada a la garantía de bienes y servicios que aseguren los derechos fundamentales- haya sido debilitada, casi que mutilada en favor de la mano derecha, la cual se ha fortalecido y representa las protecciones que el Estado ha establecido para el capital (2003).

Se podría afirmar entonces que el neoliberalismo es un sistema económico en el que los grandes monopolios se dedican a absorber la economía en una lucha sin cuartel por el dominio del mercado, mientras que la gran mayoría de la población lucha por sobrevivir, tratando de mantenerse a flote y no ahogarse en un inmenso mar de desempleo.

Fue a partir de la Constitución Política de 1991 que Colombia se configuró como un Estado social y democrático de derecho, derogando la draconiana y obsoleta Constitución de 1886. El gobierno de Cesar Gaviria (1990-1994) impulsó la Asamblea Constituyente que el 4 de julio de 1991 presentó la redacción final de Nueva Carta Magna, que creó la Corte Constitucional como máximo garante de los derechos fundamentales y la Defensoría del Pueblo, e incluyó mecanismos de especial importancia puestos a disposición de la ciudadanía, como la Acción de Tutela y el Derecho de Petición.

De la mano de este gobierno se desarrolla también la llamada ‘apertura económica’<sup>30</sup> o lo que es lo mismo, se abre la puerta al neoliberalismo<sup>31</sup> y sus políticas de libre comercio, desregulación del mercado, supresión de barreras arancelarias, asimismo como la venta y el desmonte de empresas públicas, al tiempo que se implementa una flexibilización laboral afectando la estabilidad socioeconómica de los trabajadores y fortaleciéndose la presencia del sector privado frente al Estado.

Desde el punto de vista jurídico-económico, siguiendo a ESTRADA (2006), se pueden apreciar cinco momentos claves de la construcción del orden neoliberal en Colombia, a saber: diseño e implantación de reformas

---

<sup>30</sup> Bajo la premisa de la “apertura económica” se llegó a pensar erradamente que, con la caída del esquema socialista en la Unión Soviética y el denominado triunfo del capitalismo a nivel mundial, había llegado la hora de la gran armonía entre todos los países del mundo. La hegemonía incuestionable de la economía de mercado y con ella el resurgimiento del pensamiento liberal, colocaban al “darwinismo social” como alternativa de orden en el que deben imperar competencia, eficacia y productividad. Resurgen de nuevo los postulados de Adam Smith con el argumento de que la equidad y la justicia social serán, a largo plazo, el resultado de la dinamización del proceso de acumulación. Universidad Nacional de Colombia (1994). “La política social de los 90”. Ed. Presencia.

<sup>31</sup> Aunque en sentido estricto los antecedentes de política neoliberal se sitúan en la década del setenta y se presenta evidencia en torno al desarrollo de algunos lineamientos de política neoliberal durante la década del ochenta, existe un consenso en torno al papel clave de la administración del presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994) en esta materia, pues el inicio de este cuatrienio puede ser tomado como punto de inflexión en la tarea de construcción del orden neoliberal en Colombia (ESTRADA, 2006, pág. 250).

legales estructurales tendientes a la desregulación de la economía (1990-1991); formulación de la Constitución económica (1991); profundización de la desregulación económica mediante el diseño e implantación de reformas legales según mandato constitucional (1992-1998); ordenamiento para la gestión de la crisis y el reforzamiento de la desregulación económica y la disciplina fiscal (1999-2004); supranacionalización del orden jurídicoeconómico mediante la “negociación” de tratados de libre comercio. La continuidad de la política neoliberal ha sido reforzada por vía legal, además, con los planes nacionales de desarrollo y a través de las leyes anuales del presupuesto (pág. 250).

Es importante resaltar que todos los gobiernos posteriores al de Cesar Gaviria, han mostrado su inclinación por el modelo económico neoliberal, y se han limitado a cumplir con las ordenes impartidas por los grandes grupos económicos a nivel mundial, específicamente del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, incluso, en palabras de ESTRADA, podría afirmarse que “la construcción de un orden neoliberal se convirtió en una política de Estado” (2006) que hace a un lado las condiciones de pobreza, miseria y desigualdad en la que están envueltos la gran mayoría de los colombianos.

Según JARAMILLO & LONDOÑO, la expansión y consolidación del neoliberalismo en Colombia está directamente relacionada con el comienzo del gobierno de Uribe Vélez (2002-2006, 2006-2010) y su propuesta de un *Estado Comunitario* soportada en la puesta en marcha de la política de seguridad democrática fundamentada en tres ejes: seguridad democrática<sup>32</sup>, confianza inversionista y cohesión social. (...) Por su parte,

---

<sup>32</sup> El primer eje significó toda la estrategia militar desplegada para asegurar el control territorial por parte de la fuerza pública, así como para someter y derrotar militarmente a los actores armados ilegales del conflicto armado interno, principalmente a las organizaciones guerrilleras y sus fuentes de recursos económicos provenientes de sus relaciones con la producción de drogas

el eje de la confianza inversionista sirvió para profundizar el modelo de apertura económica y liberación comercial, generando garantías y desarrollos normativos favorables a la inversión extranjera directa. Esta estrategia fue acompañada por el establecimiento de un modelo de desarrollo basado en la extracción de recursos naturales como principal vía para lograr el crecimiento económico, lo cual ha afectado a un sinnúmero de comunidades campesinas indígenas y afrocolombianas, así como a sus territorios y al ambiente (2021, pág. 420).

Y en este sentido, la privatización se convirtió en una de las principales herramientas del modelo económico neoliberal, en el caso colombiano concentrándose tradicionalmente en tres sectores estratégicos, como el sector minero, el energético, y el de las telecomunicaciones. Según TIBOCHA, 2019, este proceso se puede rastrear desde el Gobierno de Ernesto Samper, con la privatización de la generación de energía en 1995. Pero fue a partir de 1999, con la firma de un acuerdo entre el Estado colombiano y el Fondo Monetario Internacional (FMI), que el Gobierno colombiano empieza un proceso de privatización de grandes empresas estatales, bajo el cual, en el 2001, durante el Gobierno de Andrés Pastrana, se efectuó la venta de Carbones de Colombia (CARBOCOL); en el primer Gobierno de Álvaro Uribe se vendieron la mitad de las acciones de la Empresa Colombiana de Telecomunicaciones (TELECOM), Ecogas y la Empresa de Energía de Bogotá (EEB); en el segundo Gobierno de Uribe se dio inicio al proceso de privatización de Ecopetrol, vendiendo el 11% de la participación estatal. Durante la Presidencia de Juan Manuel Santos terminó el proceso de privatización del sector energético con la privatización de ISAGEN (empresa estatal de transmisión de energía) en el 2016. Estas

---

ilícitas, todo ello bajo el auspicio de la asistencia militar estadounidense a través del Plan Colombia, además de esto, le estrategia militar estuvo articulada con la política de negociación de las organizaciones paramilitares para lograr su desmovilización sometiéndolos a la justicia y reintegración a la vida civil (JARAMILLO Y LONDOÑO, 2021, pág. 420).

privatizaciones reforzaron la tendencia de extranjerización de la estructura de propiedad de las grandes empresas en el país lo cual, sumado a otras políticas de desregulación y liberalización, ha complejizado la tributación y propiciado la fuga de capitales.

Autores como CASTAÑO (2002) señalan que el texto de la nueva Carta Política tiene un alto contenido economicista, en donde se circunscribe todo el funcionamiento del Estado hacia la consolidación de la economía, con miras a una mejor productividad para la competitividad de nuestros productos a nivel internacional. Es así como a partir de la década del noventa, se empiezan a realizar grandes reformas políticas y sociales, pero fundamentalmente económicas, entre las que se pueden destacar: la reforma arancelaria, la reforma portuaria, la reforma cambiaria, la reforma tributaria, la reforma al comercio exterior, la reforma a la inversión extranjera, la reforma a los planes de vivienda, la reforma laboral y una larga lista que continúa hasta nuestros días, y cuyos principales efectos, a modo de ejemplo, han sido:

La inundación del mercado colombiano, sin control, de productos extranjeros que entraron a competir directamente con los productos nacionales, y que ocasionaron graves crisis en diversos sectores, como en la industria textilera. La llegada de grandes inversionistas extranjeros, interesados en los yacimientos carboníferos como el Cerrejón, la Brithis petroleum Company, cuya mayor inversión está hecha en los yacimientos petrolíferos de Cusiana y Cupiagua en el pie de monte llanero. El supuesto impuesto temporal del IVA, el cual seguimos pagando hasta el día de hoy todos y cada uno de los colombianos y que ya se encuentra en el 19%. La reforma laboral ha traído graves consecuencias de inestabilidad para la clase trabajadora del país, ya que se han perdido importantes logros obtenidos en épocas anteriores por los movimientos sindicales del país. La flexibilización laboral ha sido la estrategia perfecta por medio de la cual el gobierno ahora se desentiende de sus responsabilidades en lo que a prestaciones se refiere. Además, se facilitaron los despidos colectivos, se eliminó la obligación de reintegro a trabajadores con más de diez años de servicio, se formalizaron las agencias de empleo temporales, se establece el salario integral, y se suprimió la retroactividad

de las cesantías para trabajadores vinculados después del 1 de enero de 1991 (CASTAÑO, 2002).

Mientras las élites políticas se beneficiaron de la liberación del mercado, la desigualdad social y la pobreza estructural que ya existían en Colombia, se acrecentaron hasta generar una inestabilidad económica que afectó en su mayoría a las clases sociales más vulnerables, que son, generalmente, los excluidos del mercado laboral y financiero, por los recortes de las políticas sociales del Estado.

En el régimen económico neoliberal, las estrategias del control punitivo son redireccionadas hacia los nuevos objetivos del Estado, que se caracteriza por el uso del control punitivo como forma de resolución de los problemas sociales derivados de la globalización (BERGALLI, 2001).

De esta manera, el poco Estado Social que había en Colombia, fue lentamente desplazando por “la hipertrofia del Estado Penal “(WACQUANT) a través de la administración del castigo. Lo cual, en el particular caso de Colombia, “consolida una simbiosis letal: la mano invisible del mercado que trabaja con el puño de hierro del Estado penal” (BERNAL & REED, 2006),

De acuerdo con JARAMILLO & LONDOÑO, el concepto de seguridad sufre una profunda transformación de la mano del neoliberalismo ya que se relaciona con la puesta en práctica de una serie de dispositivos encaminados al control social y a la represión de aquellos sectores de la sociedad que no se articulan a las dinámicas de la libre competencia en el mercado y que no encuentran los medios necesarios para subsistir, o que cuestionan y se resisten a las injusticias e inequidades que el nuevo modelo estatal trae aparejado consigo, esto es criminalización de la pobreza y criminalización de la protesta social (2021, pág. 415).

Del mismo modo, se inicia un proceso de reconfiguración del poder de castigar, promoviendo el uso masivo e indiscriminado de la prisión, ya no en busca de la resocialización, sino con una clara mirada

incapacitadora. Viéndose de esta manera afectada la estructura penal, al tratar de “realizar las promesas garantistas del Estado social de derecho, justo en momentos donde soplan vientos favorables al Estado penal” (BERNAL & REED, 2006, pág. 4).

El proyecto neoliberal en Colombia se inscribe pues, en una lógica de expansión del aparato penal que ejerce un drástico poder disciplinario sobre los sectores sociales marginados del mercado laboral y financiero, individuos que deben ser tratados con dureza, pues son responsables de sus actos, con independencia del contexto y los motivos por los que los cometen, a quienes los espera un encarcelamiento “neutralizante”.

## **2. CASTIGO Y EXCLUSIÓN SOCIAL**

Entre las diversas teorías de control social existentes, cada vez cobran más fuerza las que responden al imaginario social de mayor castigo y control. Encontramos por ejemplo la tradición welfarista (GARLAND) y su antagónica, la neoliberal.

La primera se denomina así porque tiene como eje central el Estado de Bienestar, y sustenta la pena en las denominadas teorías “Re”, resocialización, readaptación, rehabilitación, reeducación. Sostiene que existen diversos condicionantes estructurales, tanto sociales, como económicos y culturales, que generan un accionar desviado de la norma.

La segunda perspectiva enfatiza en la elección libre, consciente y racional que tiene un sujeto de cometer un delito, en la que previamente tiene la opción de evaluar el costo – beneficio de su acción. Siendo así la conducta desviada una responsabilidad individual y no social. Esta perspectiva estaría basada en una “cultura más excluyente que solidaria, más comprometida con el control social que con la provisión social y más

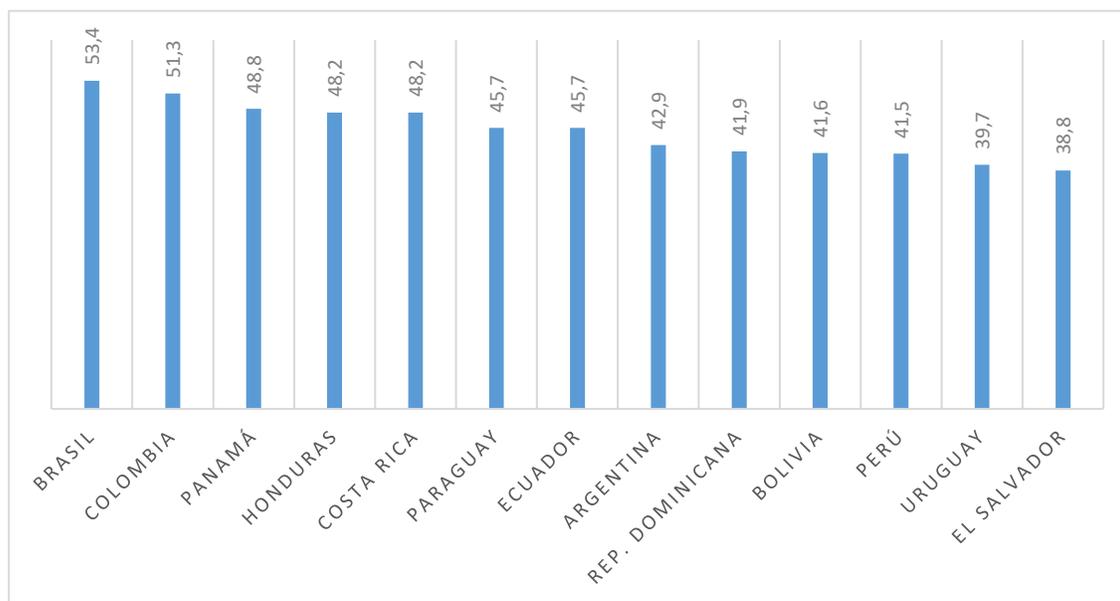
afín con las libertades privadas del mercado que con las libertades públicas de la ciudadanía universal” (GARLAND, 2001, pág. 314).

Con la instauración del régimen económico neoliberal, casi a escala global, se empieza un paulatino desmonte del Estado de Bienestar que va dejando enormes masas de marginados, tanto de las ayudas estatales, como del régimen económico imperante, por lo que los estados tienen que ampliar su red punitiva para gestionar la “inseguridad social” que se ha instalado en las clases medias y bajas.

Es necesario reiterar que en Colombia nunca ha existido un Estado de Bienestar como tal, por lo tanto, tampoco se vivió su respectivo desmonte, en cambio sí fue notorio cómo el régimen económico neoliberal se instauró con fuerza a partir de la década del noventa, acabando con el poco Estado Social que había, y abriendo camino a la implementación de un Estado Penal, en todo su esplendor.

Para una verdadera comprensión del delito y de la pena, estos no se pueden desligar del contexto social en el que se aplican. Y Latinoamérica en general, y muy especialmente Colombia, han vivido grandes transformaciones políticas y sociales, que lo ubican como país moderno, sin dejar de ser emergente y periférico respecto al orden económico mundial, lo que a su vez remarca los índices de desigualdad y pobreza.

**Gráfico 24:** Índice de GINI en los países de América latina. 2019



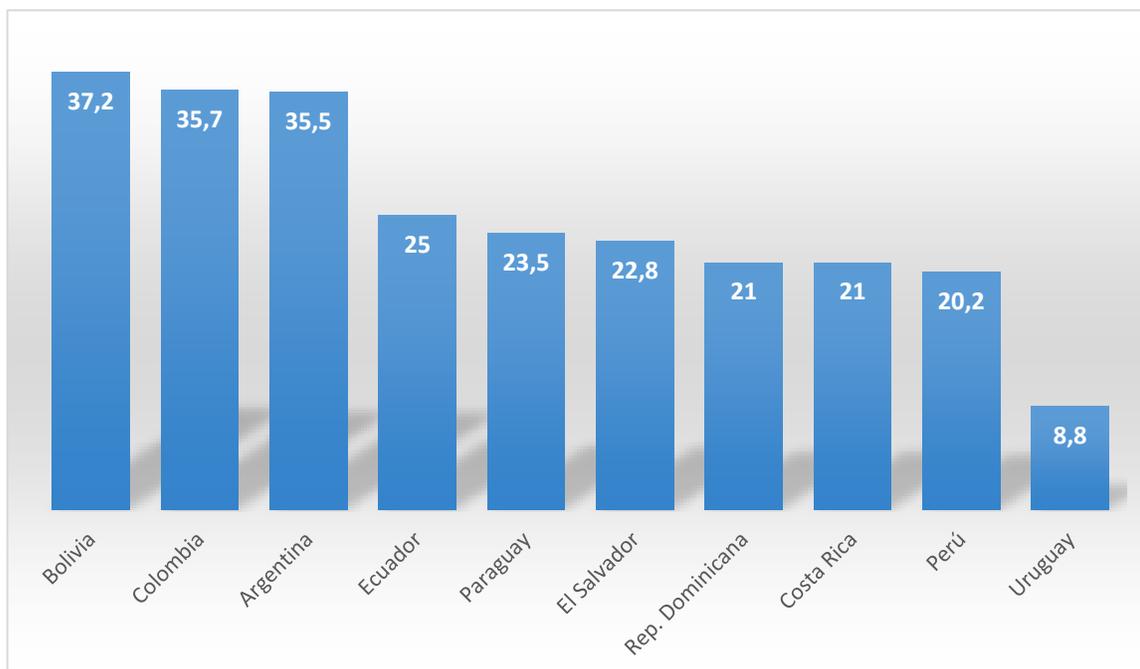
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Banco Mundial

Según el coeficiente de GINI<sup>33</sup>, para el año 2019, a escala mundial, Colombia se encuentra dentro de los 20 países más desiguales, y en Latinoamérica, Colombia ocupa un lamentable segundo lugar con un índice de 51,3 antecedido solamente por Brasil con 53,4 y seguido de países como Panamá, Honduras y Costa Rica, con índices cercanos al 50. Y en cuanto a la tasa de incidencia de la pobreza, Colombia también ocupa un segundo lugar, con un 35.7 antecedido solamente por Bolivia, con 37.2.

<sup>33</sup> El índice de GINI mide hasta qué punto la distribución del ingreso entre individuos u hogares dentro de una economía se aleja de una distribución perfectamente equitativa. Una curva de Lorenz muestra los porcentajes acumulados de ingreso recibido total contra la cantidad acumulada de receptores, empezando a partir de la persona o el hogar más pobre. El índice de Gini mide la superficie entre la curva de Lorenz y una línea hipotética de equidad absoluta, expresada como porcentaje de la superficie máxima debajo de la línea. Así, un índice de Gini de 0 representa una equidad perfecta, mientras que un índice de 100 representa una inequidad perfecta.

Fuente: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?contextual=region&end=2019&locations=CO&start=1992&view=chart>

**Gráfico 25:** Tasa de incidencia de la pobreza (%), sobre la base de la línea de la pobreza nacional en Latinoamérica, 2019



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Banco Mundial

Si bien la pobreza solo puede ser entendida como un fenómeno multidimensional, que responde a la carencia de factores tanto subjetivos como objetivos, no solo se reduce a la falta de recursos para satisfacer las necesidades básicas. Autores como SEN, entienden la pobreza en un sentido más amplio, como la privación del desarrollo humano individual.

En las sociedades altamente jerarquizadas y con una creciente desigualdad en la asignación de sus recursos, se tiende a acentuar la pobreza mediante la asignación de roles específicos, y de diferentes puestos o categorías en la estructura social, lo cual genera un amplio número de población marginada y excluida. Según JULIANO, en el extremo de los procesos de marginalización nos encontramos con la exclusión social (2001, pág. 32)

Desde la mirada de la economía global, los excluidos se caracterizan por no tener un papel en la sociedad. Debido a que no son

tenidos en cuenta como productores, ni como consumidores dentro del sistema. Desde este punto de vista son considerados como “población sobrante”, según JULIANO, sobre estos sectores, incluso se toleran políticas de “ghetización” o de exterminio<sup>34</sup> (2002), a lo que podría agregarse que la cárcel, como institución, resulta óptima para contener por largos periodos de tiempo, incluso para “eliminar” esta masa de excedente social.

La existencia de este fenómeno supone un gran desafío para los modelos democráticos, ya que permite la coexistencia de “individuos con acceso a los derechos, bienes y servicios que constituyen su estatus como ciudadanos, con otros individuos que están materialmente excluidos de ellos, convirtiéndose así en no-ciudadanos (CIGÜELA, 2015, pág. 130).

Para este autor la exclusión social hace referencia a individuos que, por razones no imputables a sí mismos –muy a menudo se debe al abandono de las propias instituciones estatales–, se encuentran fuera del radio de protección social, situación que puede manifestarse de diversos modos (analfabetismo, falta de socialización, enfermedades por falta de atención médica). Es decir, quienes están excluidos del sistema, siguen siendo seres humanos, pero en relación con algunos aspectos sociales básicos no son considerados como “personas”. Nos encontramos entonces, frente a una deshumanización total de este sistema.

La escala a la que se está produciendo el fenómeno de la exclusión social a nivel global, le brinda un papel protagónico al Derecho penal, y a la institución de la cárcel, como su principal herramienta de castigo -y de exclusión-, ya que toda esta gran masa de población excedente, son los candidatos perfectos para “contener” o “depositar”, por un largo periodo

---

<sup>34</sup> Históricamente los grupos cazadores-recolectores, o las poblaciones indígenas cuyas tierras se codiciaban, han sido objeto de campañas de exclusión total y sistemática, mediante matanzas masivas. En la actualidad la violencia ejercida sobre los “menhinos da rua” en Brasil, las masacres de los “desechables” en Colombia, o la indiferencia mundial sobre las hambrunas o las guerras en Africa, ilustran el mismo fenómeno (Juliano, 2002, pág. 29).

de tiempo, alejándolos así del resto de la sociedad, para los que representan un problema.

Puede afirmarse que la delincuencia en Colombia, así como en otros países, es respuesta a la masiva desigualdad social, la cual genera los altos índices de pobreza y marginalización persistentes en el país. Ante este panorama, la respuesta estatal, en vez de ampliar y fomentar las políticas públicas y sociales, se encamina a una mayor represión y punitividad, focalizándose especialmente en la enorme masa de exclusión social.

Penaliza aquellas conductas típicas cometidas en contextos marginales (como son los delitos contra la propiedad, el tráfico de drogas y los casos de homicidio que rodean a los anteriores) con lo que se perpetúa una criminalización focalizada. Esta respuesta sesgada olvida las necesidades del conjunto social, pero atiende en demasía a la principal preocupación de las clases medias: la inseguridad ciudadana (CEREZO & ARENAS, 2016).

Esta criminalización focalizada, propia de las sociedades neoliberales, sobrevalora el carácter simbólico de la pena privativa de la libertad, lo que a su vez sitúa a las clases más vulnerables en una posición de mayor exclusión social. Este sistema se encarga de catalogar a determinadas personas, como excluidos, y a los territorios donde viven, como peligrosos, construyendo de esta manera, “seres humanos deshumanizados y desvalorizados, constituidos como amenaza biológica para el resto de la sociedad” (JARAMILLO & LONDOÑO, 2021). Es precisamente esta deshumanización la que legitima una “guerra contra el delito” cuya única finalidad es obtener réditos políticos y proyectar una imagen de fortaleza, ante la manifiesta incapacidad para resolver los conflictos socioeconómicos.

Cuando el modelo de desarrollo se orienta exclusivamente por los intereses del mercado, y se despreocupa por los problemas estructurales de pobreza, exclusión y marginación social, se redefinen, también, los

usos del territorio en función del mercado, lo cual conlleva al establecimiento de prácticas institucionales de *dejar morir*, o incluso, si es necesario, de *hacer morir*. Las primeras hacen referencia a las políticas de abandono, o a lo que impropiamente se ha denominado como “ausencia estatal”, y las segundas hacen referencia a las prácticas de exterminio, como las desapariciones, asesinatos, ejecuciones extrajudiciales, desplazamientos forzados, etc., toda vez que se funda en la proscripción de formas de vida y de ganarse la vida de vastos grupos poblacionales que no se enmarcan en las apuestas del desarrollo neoliberal y más bien aparecen como obstáculos a dichos propósitos (JARAMILLO & LONDOÑO, 2021).

Según estos dos autores, el control del delito en Colombia se cruza con las estrategias contrainsurgentes desplegadas por el Estado, instrumentalizando a las personas en situación de vulnerabilidad, en función de aparentar fortaleza, no solo en el escenario del conflicto armado interno, sino también en la lucha contra el delito, siendo la guerra contra las drogas, y las ejecuciones extrajudiciales, dos claros ejemplos de criminalización de la pobreza. Este terrorismo penal también tuvo como propósito que los empobrecidos aceptaran tanto las exclusiones, como las reglas del mercado de trabajo, por vía de la construcción del miedo, la expansión de la sospecha, el obstruir cualquier resistencia o práctica emancipadora de comunidades locales, respecto a la violencia estructural e institucional (2021, págs. 421-422).

### **3. COLOMBIA: ENTRE POPULISMO PUNITIVO Y POPULISMO HOBBSIANO**

Debido al endurecimiento punitivo que ha experimentado la legislación penal en países como Estados Unidos e Inglaterra, y que empieza a salpicar a otros países de Europa y Latinoamérica, diferentes

autores han empezado a desarrollar claves explicativas de este giro punitivo (GARLAND, BOTTOMS, SIMON, TONRY) o en un contexto más cercano, como el caso español (SILVA, DIEZ, BRANDARIZ), en Latinoamérica (ANITUA, CUNEO, ZYSMAN) o específicamente en Colombia (SOTOMAYOR, ITURRALDE, ARIZA, HUERTAS, URIBE).

Ante los constantes cambios económicos, políticos y sociales que se vienen experimentando, y que terminan afectando a un gran número de personas, se genera un sentimiento de inseguridad cada vez más arraigado, en donde los pobres, negros, o inmigrantes, se convierten en el ojo del huracán de un Derecho penal cada vez robustecido.

En este contexto, según GARLAND surge un nuevo modelo de intervención penal denominado cultura del control, que nace a partir del desmonte o deterioro de la Política criminal de corte asistencialista, la cual empieza a ser reemplazada por otras tendencias criminológicas que poco tienen que ver con el ideal de resocialización predominante hasta hace algún tiempo, se trata de la criminología tardomoderna y la criminología antimoderna. La primera busca la prevención situacional o actuarial del delito, y la segunda hace referencia a una exclusión directa del “otro”, a través de un control excesivo, busca disuadir, castigar, o incapacitar al delincuente (2005, pág. 297-303). Según este autor, la cultura del control se compone principalmente por:

- a) Declive del ideal de la rehabilitación; b) Resurgimiento del sentido punitivo y degradante de las sanciones penales; c) Cambios en el tono emocional de la Política criminal, con el consiguiente aumento del clima punitivo entre la población; d) El retorno de la víctima, cuyos intereses por lo general son vistos como contrarios a los derechos y recursos destinados al delincuente; e) Privilegio de la protección del público (algo así como una vuelta a la «defensa social»), frente al delincuente; f) La politización y uso electoral (populismo) de los temas referidos al delito y el sistema penal; g) La reinvención de la prisión como medio de incapacitación de los delincuentes; h) La transformación del pensamiento criminológico, que ve ahora el delito como un acto de individuos normales, que por lo tanto no requieren de ningún

tratamiento; i) Delegación de las tareas del control del delito (expansión de la seguridad comunitaria); j) Privatización y comercialización del control del delito; k) Surgimiento de nuevos estilos de gestión y prácticas de trabajo en el control del delito, que tiene en cuenta sobre todo los sentimientos de la comunidad; l) Sensación permanente de crisis (2005, pág. 297)

Si bien esta nueva forma de control del delito está pensada para los países del Norte global, según SOTOMAYOR, por diferentes causas y en desigual intensidad, algunos indicadores de esa cultura del control han empezado a manifestarse en diferentes países con contextos sociales y económicos muy diversos, como en Colombia, a través de discursos justificantes del endurecimiento punitivo y la relajación del Derecho penal garantista (2008, pág. 150).

SOTOMAYOR menciona tres factores que considera que son los motores que están impulsando el endurecimiento punitivo en Colombia.

1) La subrepticia sustitución de la pena por la detención preventiva como objetivo de la intervención penal, que está llevando a su vez, de manera indirecta, a un generalizado y desmesurado incremento del mínimo de las penas para obligar a la detención preventiva (o evitar la procedencia de la detención domiciliaria), de lo cual es un ejemplo la ley 1142/2007.

2) La utilización del Derecho penal con fines políticos y muy particularmente como instrumento de la lucha contrainsurgente; basta mirar las penas previstas para delitos como el terrorismo, secuestro, extorsión, concierto para delinquir, etc., para darse cuenta de que no se trata de figuras concebidas para controlar la criminalidad común sino para enfrentar punitivamente al enemigo, con las particularidades propias de la situación colombiana

3) Finalmente, en el país también se está dando un tipo de legislación que parece contener algunos rasgos de lo que suele denominarse «populismo punitivo», pese a que no alcanza aún la trascendencia que tiene en otros lugares dado el mar de leyes penales y de exacerbación punitiva de muy diversos signos existentes en Colombia. Los delitos que más jalonan esta tendencia son aquellos que tienen a menores como víctimas (2008, pág. 155).

El concepto populismo punitivo fue acuñado por BOTTOMS (1995) para explicar por qué el gobierno adopta políticas represivas y por qué las mismas son bien recibidas en el público. Interpretando a BOTTOMS, PRATT (2007) señala que el populismo punitivo no se define simplemente como un mecanismo para sacar una ventaja electoral, sino como un movimiento más amplio que pretende inyectar la voluntad de la gente al interior del sistema, es decir, al proceso de toma de decisiones. El populismo punitivo se relaciona estrechamente con los sentimientos de ira y ansiedad de las víctimas frente al sistema que las desatendió.

Se hace referencia entonces a un sistema en el que se legisla de acuerdo con la 'reacción de la opinión pública' mediante la manipulación de sus emociones, apoyados en un andamiaje publicitario que se instaura frente a los problemas de criminalidad –de determinados delitos muy específicos– ante el cual la sociedad alcanza la máxima elevación de indignación y trae como consecuencia la ausencia de corresponsabilidad entre los ciudadanos. Así, se pierde todo sentido razonable por la humanidad del otro, se etiqueta al delincuente como un peligro latente, y se le niega cualquier tipo de beneficio o subrogado por el puesto que ocupa ante la opinión pública.

Otra expresión del populismo punitivo es la amplia difusión mediática de la concepción que asume la prisión como un medio de castigo que satisface la demanda de retribución, así como las exigencias de seguridad ciudadana y orden público. La prisión se convierte entonces en la única forma de mantener el orden social y en una época de control de riesgos, le da una funcionalidad neutralizadora.

Como bien lo afirma URIBE, las lógicas actuales del castigo parten de un contexto de vulnerabilidad: las sociedades cargadas de inseguridad, molestia, inestabilidad, ira, miedo, disconformidad, son precisamente las

que más necesitan un castigo *exorcizante* para poder descargar esas sensaciones y seguir adelante. Es decir que, detrás de los movimientos expansivos del Derecho penal se encuentra la voluntad, consciente o inconsciente, de la sociedad. En este sentido, la sociedad no es otra cosa que el motor de la actual Política criminal (2012, pág. 74).

En las sociedades con mayores índices de pobreza y desigualdad, la sensación de inseguridad se acrecienta, y es audazmente captada por los políticos de turno apoyados en los medios de comunicación masiva, produciéndose un Derecho penal cada vez más expansivo.

En un país como Colombia, que ha vivido un prolongado y violento conflicto armado, intensificado por los efectos del narcotráfico, se eleva la sensación de inseguridad ciudadana que, aunque generalizada y habituada tras décadas de guerra, ha sido un factor categórico en las decisiones propias de la Política criminal en Colombia, sentimiento que se convierte en un elemento determinante de la opinión pública, tras lo cual surgen políticos que audazmente canalizan dicha sensación hacia sus propios intereses promoviendo directrices y regímenes autoritarios, que prometen retornar la seguridad ciudadana y el orden público, eliminando o neutralizando al “enemigo”.

Es importante entonces remarcar que, para los efectos de esta investigación, se acogerá la definición aportada por URIBE (2012) sobre populismo punitivo, ya que se acerca más a una realidad como la colombiana, para el autor, habrá populismo punitivo cuando: 1) Se utilice un Derecho penal expresivo autoritario, 2) Sectores políticos dominantes utilicen el Derecho penal para efectos electorales sin importar las consecuencias de efectividad, o de daño social de la norma. 3) Que exista una particular sensibilidad social producida por la emergencia social inherente al modelo político neoconservador y económico neoliberal propio de la globalización, los problemas de la modernidad y de la gran

ciudad; los principales medidores de esta sensación son la desigualdad económica y la inestabilidad laboral, 4) La sociedad debe presentar una escisión interna que permita diferenciar claramente a la mayoría frente a los grupos marginales. Debe existir un enemigo capaz de invitar a la mayoría a cohesionarse en su contra, a identificarse a raíz de la exclusión del “otro”.

Partiendo de esta definición del concepto, es pertinente aclarar que si bien en Colombia se experimenta un fenómeno de endurecimiento punitivo y limitación de garantías penales, como bien lo afirma SOTOMAYOR, es por causas muy diferentes a las que explican el surgimiento de dicha tendencia en los países desarrollados, pues no son el resultado del desmonte de un Estado de bienestar impensable en un país como Colombia, ni tampoco como respuesta a un aumento real de la criminalidad, mucho menos a un aumento de confianza en el sistema penal y ni siquiera a una Política criminal orientada realmente a un mayor control de la delincuencia (2008, pág. 155).

Si bien es evidente la marcada tendencia al endurecimiento punitivo en Colombia, no es apropiado hacer referencia —aún—, al populismo punitivo como tal, ya que como se sabe, en este fenómeno el incremento punitivo es el resultado de una cultura del control que presupone un cambio impulsado desde la misma sociedad, y no es el resultado de las ideas de los gobernantes, tal y como sucede en Colombia.

Es necesario resaltar que, en el país, las demandas por el incremento punitivo no se dan en el sentido “legislador que recoge las demandas sociales”, sino inversamente, es decir, “legislador que altera y moldea dicha opinión popular”, aprovechándose de la posición que detenta para convocar diferentes fuerzas sociales y tener acceso a los medios de comunicación (TORRES, 2010, pág. 26).

Así, las reformas legales que promueven un endurecimiento punitivo en Colombia surgen en su mayoría, de propuestas de los mismos legisladores, y no del clamor de la sociedad. Por lo que se podría afirmar que se trata de un populismo “desde arriba”, donde son los políticos quienes promueven la tipificación de nuevos delitos, el aumento indiscriminado de penas, las propuestas de reducción de la edad penal para juzgar menores, proyectos de ley como el Estatuto Anticorrupción, la misma política de “seguridad democrática” y la política de ‘seguridad ciudadana’, dejando al descubierto el uso abusivo de la herramienta del sistema penal por parte de los legisladores, ya que lo convierte en el único mecanismo para solucionar los conflictos sociales, dejando a un lado el resto de políticas públicas y sociales, que son menos coercitivas, y más eficaces, y que no atentan de manera directa e inadecuada contra el derecho a la libertad y las garantías fundamentales.

En esta lógica, no son pocos los intentos que se han hecho desde la ultraderecha, para reducir la conformación del Congreso de la República, recortar salarios, acabar o fusionar entidades públicas, desde Referendos, hasta Actos Legislativos para modificar la Constitución Política. Encontrando un sustento reciente, en los efectos de la pandemia. Propuestas que, si bien pueden reducir gastos, significarían un atentado directo contra la ya debilitada democracia del país, pues significaría la extinción de los partidos políticos de oposición, y evitaría la representación de las minorías y el surgimiento de nuevas formas de ejercicio de la política.

Por lo tanto, es más adecuado hacer referencia a una legislación altamente punitivista que, en algunas leyes específicas, contiene algunos rasgos de lo que se entiende por populismo punitivo, esto se da, por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales, específicamente contra menores de 14 años, donde la sociedad se ha movilizad o reiteradamente para pedir aumento de penas y eliminación de subrogados penales,

incluso se ha reclamado una reforma constitucional para poder implementar la cadena perpetua contra los violadores.

Por todo lo dicho, se hace un llamado no solo a tener extremo cuidado a la hora de apropiarse de conceptos importados sin ninguna reflexión crítica previa, sino, además, a pensar y analizar nuestra realidad con conceptos y definiciones propias, que den cuenta de nuestro contexto y particularidades sociales, económicas y políticas.

Es así como, en definitiva, el concepto de populismo punitivo no logra describir en plenitud, la realidad específica de Colombia, permeada por “un conflicto armado de larga duración motivado por la incompleta formación del Estado, precariedad institucional e insoportables niveles de impunidad, politización del poder militar y militarización del poder político, -lógica de la emergencia- e irrupción del narcotráfico” (URIBE, 2012, pág. 86) fenómenos que responden más bien a un Derecho penal autoritario que al populismo punitivo como tal, pues como ya se mencionó, la resocialización nunca se ha logrado materializar como finalidad del delincuente, ni la sociedad se ha movilizadom masivamente impulsando reformas de corte autoritario.

Por lo dicho anteriormente, la expansión irracional del Derecho penal en Colombia no puede ser explicada únicamente a partir de la figura del populismo punitivo, pues el carácter autoritario se puede explicar, mejor, a través de figuras como el Derecho penal del enemigo y la justicia penal de excepción.

La justicia penal de excepción en Colombia siempre ha orientado su discurso político al sometimiento de los criminales definidos como amenaza no solo social, sino estatal, y en aras de proteger a la misma ciudadanía de estos “criminales peligrosos” se justifica la utilización de mecanismos de control y tecnologías de castigo excepcionales. Es decir, la lógica operativa bajo la cual ha funcionado la justicia penal de excepción

es que mientras los enemigos de los órdenes políticos y sociales no sean derrotados no será posible otorgar a los ciudadanos el goce completo de sus derechos y libertades (ITURRALDE 2010, 57).

ITURRALDE (2010) señala que, pese a que los mecanismos punitivos utilizados en los estados de excepción eran similares, el enemigo era un factor dinámico, construido por el discurso político dominante. Así:

En el gobierno de Rafael Nuñez (1886), el enemigo era la oposición al régimen, en el gobierno de Miguel Abadía Méndez (1928), el enemigo eran los huelguistas que protagonizaron conflictos laborales con la United Fruit Company. Con la instauración del Frente Nacional, la justicia penal de excepción se consolidó en torno a un enemigo distinto, los cuales serían los movimientos obreros, estudiantiles y sociales que organizaban las distintas protestas sociales por la precariedad de las condiciones de vida de las clases menos favorecidas en el país. Con el surgimiento y expansión de los grupos armados, estos también pasaron a ser objeto de la persecución penal de excepción. Al finalizar el Frente Nacional, el narcotráfico cobra fuerza como el enemigo central en torno al cual se estructura el discurso penal de excepción por décadas

Durante el gobierno de Gaviria y el de Samper, el enemigo principal continuó siendo el narcotráfico, y junto a él, los grupos armados ilegales. Durante el gobierno del conservador Andrés Pastrana, los esfuerzos se centraron también en el narcotráfico, con el apoyo de los Estados Unidos mediante el Plan Colombia, y se desarrolló el proceso de paz con las FARC. Ante el fracaso de este proceso, el gobierno de derecha de Álvaro Uribe elaboró un discurso alrededor de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) como principal enemigo, el cual fue categorizado, además, como terrorista y narcotraficante, seguidamente se desarrolló el proceso de paz con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), con quien manejó un discurso menos intenso

y negoció la Ley de Justicia y Paz, “como imagen invertida de las formas del sistema penal de excepción”.

La política de seguridad democrática de Álvaro Uribe Vélez ofreció un tratamiento diferenciado a guerrilleros y paramilitares. A los primeros les negó el estatus de beligerancia y por tanto su carácter de delincuentes políticos al negar públicamente la existencia de un conflicto armado en Colombia, y aprovechándose de su alto nivel de popularidad, negó su lucha armada al denominarlos “narcoterroristas”. Por su parte, con los segundos negoció su desmovilización a través de la “Ley de justicia y paz” que les brindó un trato legal bastante benévolo. En este periodo, la justicia penal de excepción sirvió para cubrir los vínculos entre las elites políticas y económicas del país con el paramilitarismo, protegiendo el *statu quo* a través de un modelo autoritario y excluyente (ITURRALDE 2010).

Se puede observar entonces como el sistema penal de excepción ha funcionado en Colombia bajo la lógica de amigo – enemigo, buscado eliminar a los indeseables y mantener el orden vigente. En donde el gobierno autoritario, en busca de obediencia y cohesión social, implanta en la población a través del uso ilegítimo y expansivo de la violencia, un miedo irracional en contra del enemigo construido (ITURRALDE 2010).

Por todo lo anteriormente dicho, autores como Uribe consideran necesario encontrar un concepto diferente al populismo punitivo, que englobe el miedo y la angustia de la sociedad colombiana y su correlación con la política estatal de guerra, en donde el Derecho penal ha sido empleado como un instrumento más de guerra. Recurriendo a otras teorías, que, pese a que también son de otras latitudes, se acercan más a la realidad colombiana, como el Derecho penal del enemigo, el eficientísimo, la cultura de la emergencia, o en general el gobierno a través del delito. El concepto que propone para describir esta realidad específica colombiana, es el populismo hobbesiano (2012, pág. 87).

El autor utiliza este concepto para describir el miedo, como una de las principales actitudes de los colombianos frente a la política del país. Haciendo uso de El Leviatán de Hobbes, como figura poderosa capaz de monopolizar para sí la violencia, imponiendo un orden a todos a través del sometimiento. Citando a MARIA TERESA URIBE (2002) se afirma que los colombianos se encuentran en ese proceso de búsqueda de soberanía dada la debilidad crónica del Estado y su incapacidad para hacer frente a sus diversos enemigos. Bajo este sentimiento de miedo, el cual a entender de la autora caracteriza a la sociedad colombiana actual, surge la tentación al autoritarismo, los ciudadanos padecen el desgaste propio de una angustia vital prolongada y comienzan a demandar un determinado tipo de soluciones al orden que lo representa políticamente; en suma, lo que se exige es un Estado proporcional a la suma de todos los miedos, un Leviatán capaz de extinguir al enemigo.

Surgen, por lo tanto, líderes autoritarios que mediante las consignas de ley y orden o mano dura contra el crimen, cuentan con un gran apoyo popular en los procesos electorales, lo cual, como bien lo afirma Uribe deriva en programas penales autoritarios contruidos para el debilitamiento o eliminación del enemigo. Con todo esto, deberá concluirse que, en Colombia más que un populismo punitivo, existe más bien un populismo hobbesiano, un populismo que arrastra no ya las actitudes de los colombianos frente al crimen y al castigo, sino también, además de ello, todo el cuerpo de actitudes bélicas de los mismos frente a sus enemigos.

#### **4. TENDENCIA AL ENDURECIMIENTO PUNITIVO EN COLOMBIA**

En una sociedad con problemas estructurales de pobreza, desempleo y desigualdad social, además de una alta conflictividad social generada por un largo conflicto armado interno, intensificado por los efectos del

narcotráfico y la corrupción, se genera una gran masa social de excluidos y altos niveles de criminalidad proveniente de las mafias del narcotráfico y la delincuencia común, ante lo cual, la respuesta institucional ha sido endurecer el sistema penal por vía de las reformas legales, a través de las cuales se crean nuevos delitos, se aumentan las penas, y se restringe la posibilidad de acceder a los llamados ‘beneficios penitenciarios’.

Es preciso recordar que mientras que la mayoría de los países suramericanos se encontraban bajo regímenes dictatoriales durante el siglo XX, el estado colombiano se jactaba por tener la democracia más sólida de la región, democracia que permitió la promulgación de un prolongado ‘estado de sitio’ en donde se gobernaba a través de la legislación penal de emergencia.

Después de la promulgación de la Constitución Política de Colombia en 1991, y la expedición del Código penal en el año 2000, se ha emprendido un arduo proceso de reformismo penal, dedicado a integrar la legislación penal de excepción, en la legislación ordinaria vigente. De ahí viene el marcado autoritarismo presente en la legislación penal de nuestros días.

Además de esto, la complejidad social y el aparato estatal han relativizado y debilitado los principios que deben regir una política criminal, dando lugar al uso frecuente e indiscriminado de la prisión, como medio de incapacitación, repercutiendo de esta manera en el detrimento de las libertades y garantías procesales de los ciudadanos.

#### **4.1. EL EXCEPCIONALÍSIMO PENAL DEL SIGLO XX**

Es preciso hacer referencia a las diversas leyes y decretos, que se expidieron durante el siglo XX, y que constituyeron toda una legislación penal de excepción, que como se verá en el siguiente apartado, fue

absorbida por el nuevo Código penal y Código de procedimiento penal en el año 2000.

Se hará por lo tanto una breve referencia a algunas de las principales leyes que contribuyeron al ingreso de un número mayor de internos a las cárceles y a una permanencia más larga en ellas, intentando contextualizarlas en la realidad política y social del momento.

### ***ESTATUTO DE SEGURIDAD: DECRETO 1923 DE 1978***

El Estatuto de seguridad fue la aplicación en Colombia de la llamada 'Doctrina de la Seguridad Nacional', según la cual las Fuerzas Armadas debían combatir al 'enemigo interno' que amenazaba los 'intereses nacionales'. Este amplio margen de acción llevó a los militares a considerar que cualquier opositor o crítico al Estado era una amenaza a los valores políticos trascendentales de la nación.

Con la aplicación de este Estatuto se intensificaron los mecanismos de excepción, se endurecieron las sanciones contra las perturbaciones del orden público, la Justicia Penal Militar quedó encargada de conocer los delitos políticos a través de juicios orales y se dio una aplicación excesiva de la disposición constitucional<sup>35</sup> que facultaba al ejecutivo a detener personas sin previo mandato judicial.

Las denuncias de organizaciones sociales y de la sociedad civil sobre los abusos cometidos por los militares no se hacen esperar y en

---

<sup>35</sup> Artículo 28 de la Constitución Política de 1886: Aun en tiempo de guerra, nadie podrá ser penado *ex-post facto*, sino con arreglo a ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose en pena correspondiente. Esta disposición no impide que aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas, de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública

1980 Amnistía Internacional publica un informe<sup>36</sup> sobre la alarmante situación del Estado colombiano en materia de derechos humanos.<sup>37</sup> Pese a que el presidente Julio César Turbay Ayala<sup>38</sup> rechazó el informe<sup>39</sup>, el 9 de junio de 1982, se derogó el estado de sitio y, con él, el Estatuto de Seguridad.

---

<sup>36</sup> Amnistía Internacional; Recomendaciones al gobierno colombiano de una Misión de Amnistía Internacional a la República de Colombia, fechado 1 de abril de 1980 en Londres. El informe fue entregado al embajador de Colombia ante el Reino Unido, para que lo hiciera llegar al gobierno colombiano.

<sup>37</sup> Son muchas las preocupaciones expresadas en el documento. En primer lugar la prolongación excesiva del estado de sitio; la complacencia con una legislación de facto y el correspondiente peligro de institucionalización de las medidas de excepción son correspondientes con la tendencia a una mayor violación de los derechos humanos por parte de las autoridades. En segundo término, la promulgación de un Estatuto de Seguridad (decreto 1923 de septiembre de 1978), lesivo para las libertades civiles y políticas de los ciudadanos, pues tipifica nuevos delitos, aumenta exageradamente los castigos, censura los medios de comunicación y atribuye facultades jurisdiccionales a los miembros de las fuerzas armadas. En la práctica, el estatuto amplía la categoría de subversivo a todo lo ciudadano que tome parte en la protesta social. En tercer lugar, Amnistía Internacional se mostró preocupada por la aplicación indiscriminada del artículo 28 de la Constitución de 1886, que facultaba al ejecutivo para retener personas por un periodo de diez días en caso de presentar alguna sospecha. Según Amnistía, las detenciones se realizaban de manera arbitraria, incumpliendo todas las vías que la constitución y la ley ordenaban para su aplicación. Además, las detenciones solían acompañarse de torturas y en muchos casos, de la desaparición o muerte de los retenidos. En el informe es notable la preocupación por el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares, una práctica que se consolidaba en el país, pero claramente contraria al derecho de los acusados a contar con juicios justos e imparciales. El documento también expresa inquietud sobre la suerte de los campesinos y los grupos indígenas en zonas militarizadas. Por último, Amnistía Internacional también expresa su rechazo al arresto de médicos y abogados, quienes, en cumplimiento de sus labores profesionales, son acusados de pertenecer a grupos subversivos

<sup>38</sup> Presidente de Colombia por el partido liberal entre 1978 y 1982. Su gobierno es recordado por el abuso de poder, las torturas, desapariciones forzadas y otras violaciones a los derechos humanos, que provocaron el exilio de numerosos intelectuales, entre ellos el escritor Gabriel García Márquez.

<sup>39</sup> Respuesta del Presidente Turbay al informe de Amnistía Internacional, Revista Consigna, Separata No. 2, Bogotá, abril de 1980.

### ***ESTATUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES: LEY 30 DE 1986***

Según esta ley<sup>40</sup>, el consumidor de drogas en una cantidad considerada como 'dosis mínima'<sup>41</sup>, será arrestado, la primera vez, hasta por 30 días, y la segunda, de 1 mes a 1 año, y si el consumidor se encuentra en estado de drogadicción, así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en un establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación.

Este panorama, además de represivo e invasivo con la autonomía y libertad de las personas, generó un gran número de 'consumidores' encarcelados, lo cual se mantuvo hasta que la Sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, declaró inexecutable los artículos que fijaban dichas sanciones para quienes portaran o usaran la 'dosis mínima' de droga permitida pues dichas normas vulneraban el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Partiendo de la idea de que sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos pueden ser jurídicamente exigibles y entendiendo la drogadicción como un compartimento que se encuentra en la esfera privada de las personas, que son libres y autónomas para decidir el rumbo de sus vidas, la Corte Constitucional colombiana señala:

---

<sup>40</sup> Ley 30 de 1986, artículo 51: El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta Ley, incurrirá en las siguientes sanciones: a. Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual. b. Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero. c. El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.

<sup>41</sup> Ley 30 de 1986, artículo 2, literal j: Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o de cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos.

No se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-221-94).

Con posterioridad a este pronunciamiento ha habido varios intentos por volver a sancionar el porte y el consumo de la dosis mínima, como el proyecto de ley presentado por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez que buscaba reformar el artículo 49 de la Constitución Política y sancionar la dosis mínima, pero que no tuvo éxito en el Congreso por la debilidad de sus argumentos. Pese a esto, finalmente se logró que mediante el Acto legislativo 02 de 2009 se prohibiera constitucionalmente el consumo de drogas, aunque eliminándose cualquier posibilidad de imponer sanciones o medidas terapéuticas obligatorias a los consumidores.

#### ***ESTATUTO DE DEFENSA DE LA DEMOCRACIA: DECRETO 180 DE 1988***

Posteriormente, en plena guerra contra el narcotráfico, y tras una convulsionada semana en la que se había secuestrado a Andrés Pastrana<sup>42</sup> y asesinado al Procurador General de la Nación Carlos Mauro Hoyos, el entonces presidente Virgilio Barco<sup>43</sup> manifestó: “He invocado la solidaridad ciudadana contra el crimen. Pocos han respondido como se

---

<sup>42</sup> Hijo del ex presidente Misael Pastrana Borrero (1970 - 1974). En 1988 se convirtió en el primer alcalde de Bogotá elegido por votación popular; en 1990 fundó el movimiento conservador Nueva Fuerza Democrática, a través del cual fue elegido senador. Se presentó a las elecciones presidenciales de 1994, pero fue derrotado por el candidato liberal Ernesto Samper. En las elecciones presidenciales de junio de 1998 fue elegido presidente con el 50.4% de los votos, venciendo al liberal Horacio Serpa e iniciando de inmediato diálogos con la guerrilla de las FARC

<sup>42</sup> Presidente de Colombia entre 1986 y 1990, ganó las contiendas electorales ante el conservador Álvaro Gómez Hurtado, y contó con el apoyo de la disidencia del Nuevo Liberalismo de Luis Carlos Galán.

<sup>43</sup> Presidente de Colombia entre 1986 y 1990, ganó las contiendas electorales ante el conservador Álvaro Gómez Hurtado, y contó con el apoyo de la disidencia del Nuevo Liberalismo de Luis Carlos Galán.

quiere. Ha llegado la hora de castigar la falta de solidaridad. Así lo hace el Estatuto de Defensa de la Democracia”.

Se anunciaba de esta manera la implementación del Estatuto, el cual permitía entre otras cosas, el arresto, el allanamiento, el registro y la interceptación de teléfonos, sin necesidad de que medie orden judicial ni de autoridad alguna, autorizaba además a soldados y policías a detener a cualquier individuo sospechoso de terrorismo y a mantenerlo preso durante diez días antes de llevarlo a juicio. Hacer referencia en una transmisión radial a los problemas de seguridad del país, podía entenderse como incitación a participar en actos terroristas y se penalizaba hasta con diez años de prisión.

Una vez más, la forma extraordinaria devino en permanente como aconteció con el contenido del Estatuto de Seguridad, que simplemente cambió de nombre y fue reexpedido mediante el Decreto 180 de 1988, como Estatuto de Defensa de la Democracia, en el cual, como justificación, reiterativamente se invoca la necesidad de restablecer el orden público.

#### ***ESTATUTO NACIONAL CONTRA EL SECUESTRO: LEY 40 DE 1993***

Antes de hacer referencia a la promulgación de esta ley, necesariamente hay que remontarse al secuestro de Francisco Santos Calderón<sup>44</sup> el 19 de septiembre de 1990 a manos de un sector del cartel de Medellín, quienes iniciaron una oleada de secuestros estratégicos

---

<sup>44</sup> Miembro de una reconocida familia de periodistas y políticos, accionistas mayoritarios de la Casa Editorial El Tiempo hasta 2007. Su tío abuelo, Eduardo Santos Montejó, fue Presidente de Colombia entre 1938 y 1942. Es primo del actual Presidente de Colombia Juan Manuel Santos Calderón. Fue Vicepresidente en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez entre el 2002 y 2010. Año a partir del cual se desempeñó como director de RCN Noticias de la mañana. Ha sido uno de los más grandes críticos del Presidente Juan Manuel Santos Calderón en lo relativo al Proceso de Paz que se adelanta con las FARC. En el año 2015, fue candidato a la Alcaldía Mayor de Bogotá por el Partido ultraconservador ‘Centro Democrático’, aunque no ganó, logró consolidar a su partido en la ciudad de Bogotá al obtener una bancada de 6 Concejales elegidos para el periodo 2016-2019, convirtiendo al Centro Democrático en la segunda fuerza política en Bogotá y cuya bancada apoya a su aliado político el actual Alcalde Enrique Peñalosa. Ver <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-59666>

buscado generar presión en el gobierno para detener la firma del tratado de extradición de colombianos a Estados Unidos.

Tras su liberación el 20 de mayo de 1991, creó la Fundación País Libre<sup>45</sup> con el propósito de luchar contra el secuestro en Colombia. A través de esta movilizó a la ciudadanía recolectando más de un millón de firmas para que se promulgara el primer Estatuto Nacional Antisecuestro que entró en vigor el 20 de enero de 1993.

Como aspectos relevantes de esta ley, cabe mencionar que se aumentó la pena del secuestro de 25 a 40 años, y se estableció que cuando medien circunstancias agravantes, la pena podrá ascender hasta 60 años. En el artículo 3 de esta ley, se establece como agravantes, entre otros, el hecho de que el secuestro se prolongue por más de 15 días, o que se cometa en persona que sea o hubiere sido empleado oficial, periodista o candidato a cargo de elección popular o por razón de sus funciones, cuando se cometa con fines terroristas, cuando se obtenga la utilidad, provecho o la finalidad perseguidos por los autores, entre otras.

Se estableció además que en ningún caso el autor o los copartícipes del delito de secuestro, en cualquiera de sus modalidades, podrán ser beneficiados con amnistías e indultos. Y que salvo los beneficios por colaboración y la rebaja por confesión, los condenados por secuestro no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional, libertad condicional ni a subrogados administrativos y tampoco podrá otorgarse la suspensión de la detención preventiva ni de la condena. Se intentó además que la libertad provisional sólo se pudiera conceder por pena cumplida pero la Corte Constitucional lo declaró inexecutable en la Sentencia C-213 de 1994.

---

<sup>45</sup> Ver <http://www.paislibre.org/>

El artículo 17 de dicha ley, pretendía facultar al fiscal para disminuir la pena o exonerar al sentenciado de su ejecución en caso de colaboración eficaz en el esclarecimiento de los hechos, o en la captura de autores o partícipes, lo cual también fue posteriormente declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-069 de 1994.

Otro controvertido artículo de esta ley es el relativo a la omisión de aviso, el cual castiga con pena de prisión de 6 meses a un 1 año al que teniendo conocimiento de un secuestro no avisare a las autoridades.

El entonces Código Penal de 1980 establecía como tope máximo de la pena de prisión, 30 años. Con esta iniciativa legislativa a todas luces populista y reaccionaria, el secuestro se convirtió en el delito con la pena más alta y desproporcional de la historia en Colombia, logrando únicamente reforzar los métodos represivos y punitivos del aparato estatal.

#### ***RÉGIMEN DE CONTRAVENCIONES ESPECIALES: LEY 228 DE 1995***

Con la entrada en vigor de esta ley, se le empieza a dar tratamiento de delito a una serie de contravenciones especiales, imponiéndoseles penas de prisión. Se faculta al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para conceder la libertad condicional al condenado cuando haya cumplido las dos terceras (2/3) partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Es necesario aclarar en este punto que, desde la legislación penal colombiana, las cárceles están destinadas para los detenidos preventivos y las penitenciarías para quienes recae una condena en firme, esto en aras de que la detención, de quien aún conserva la presunción de inocencia

sea lo menos gravosa posible y en un lugar cercano a su entorno familiar. Las cárceles están a cargo de las entidades territoriales, es decir, municipios y departamentos, y las penitenciarías están a cargo del INPEC. No obstante, con la promulgación de esta ley, muchas entidades territoriales abandonaron sus obligaciones con las propias cárceles, argumentando que los contraventores eran competencia del INPEC.

#### **4.2. REFORMAS PENALES Y ENDURECIMIENTO PUNITIVO**

En las últimas décadas la mayoría de los países latinoamericanos han experimentado un marcado inflacionismo penal, y Colombia, no se ha escapado de esta realidad. Además, las diferentes reformas penales se presentan como la forma más adecuada de atacar la criminalidad y de persuadir a los ciudadanos frente a la comisión de conductas delictivas, haciendo un uso abusivo de la fuerza y del poder de castigar. Esta tendencia al endurecimiento punitivo se traduce en mayores índices de encarcelamiento, ya que ingresan más personas a las cárceles, por un periodo mayor de tiempo, lo que consecuentemente genera una violación masiva y sistemática de derechos humanos al incrementar a su vez, los índices de hacinamiento, en las ya precarias condiciones carcelarias del país.

El incremento de penas no ha reducido la violencia ni la criminalidad en los países latinoamericanos, sino que, muy por el contrario, la eficacia para reducir o prevenir el crimen de los sistemas de justicia penal en toda la región sigue siendo limitada. Y hay una tendencia clara: las víctimas frecuentes de los excesos punitivos y los clientes habituales del sistema de justicia penal son hombres jóvenes que provienen de las clases sociales más vulnerables y excluidas (ARIZA & ITURRALDE, 2021, pág. 23).

A pesar de las importantes diferencias entre los regímenes políticos y económicos de los países latinoamericanos, hay una tendencia común a implementar políticas criminales de corte punitivo y excluyente, por lo que, según (ARIZA & ITURRALDE) “sus tasas de encarcelamiento aumentaron, en promedio, un 140% entre 1995 y el 2019” (2021, pág. 25), mientras que, en Colombia, la población carcelaria se ha quintuplicado en los últimos treinta años (pág. 28).

La expansión y consolidación de la cultura penal represiva en Colombia se debe a la marcada tendencia neoliberal influenciada por Estados Unidos, que ha sido durante décadas su principal socio comercial y lo ha sometido a ciertas condiciones, sobre todo en la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo, el lavado de activos y muy especialmente el sistema penitenciario y carcelario. (ARIZA & ITURRALDE, 2021, pág. 27).

Lo anterior, sumado a un largo conflicto armado interno, intensificado por los efectos del narcotráfico, y la consolidación y fortalecimiento de diversos grupos armados ilegales, que han desangrado al país dejando una gran estela de muertes, secuestros, desaparecidos y desplazados, han generado una enorme masa de excluidos, a los que el Estado, pese a su debilidad institucional ha optado por enfrentar por vía de las reformas legales.

Sólo unos cuantos ejemplos para dimensionar el problema: en los últimos veinte años en Colombia han regido cuatro códigos de procedimiento penal (decreto 050/1987, decreto 2700/1991, ley 600/2000 y ley 906/2004), dos códigos penales (decreto 100/1980 y ley 599/2000), dos códigos de menores (decreto 2737/1989 y ley 1098/2006), sin incluir las innumerables reformas parciales. Y en general, sólo de 2000 a 2006 se expidieron más de cincuenta leyes penales, incluyendo los convenios y protocolos internacionales relacionados con la materia (SOTOMAYOR, 2007, pág. 30).

Desde el año 2000 se inició un proceso de actualización legislativa, buscando unificar la gran cantidad de reformas penales dispersas que existían, y adecuarlas tanto a la nueva Constitución Política, como a la implementación del modelo acusatorio. Es así como se expide el nuevo Código penal (ley 599 de 2000) y el nuevo Código de procedimiento penal (ley 600 de 2000, posteriormente complementada por la ley 906 de 2004), según (HERNÁNDEZ ):

El formato para transmitir la información que antaño era aprehendida por el juez a través de la lectura de los documentos que se anexaban al expediente, mutó hacia la oralidad, como mecanismo de comunicación entre las partes, los intervinientes y la judicatura (2018. pág. 251).

El 'Código penal de la Constitución' en palabras de (SOTOMAYOR) es un código ecléctico, tanto en su orientación político criminal como en su parte dogmática, aunque con un predominio, en el primer caso, de una concepción ampliamente intervencionista en materia penal y con una fuerte presencia de las funciones simbólicas del derecho penal. Sobresale también su excesivo tecnicismo, a lo cual suma una muy descuidada redacción, propia de la forma improvisada como se elaboró (2007, pág. 35).

Respecto a la parte especial del código, el mismo autor sostiene que, pese a que supuestamente la tipificación de conductas se hizo consultando el principio de intervención mínima, el Código penal refleja una tendencia expansiva importante, que se concreta en la creación de alrededor de sesenta nuevos delitos, así como la conversión en delitos de más o menos unas quince conductas antes tratadas como contravenciones. o faltas.

Este Código penal, según (SOTOMAYOR) se caracteriza también por la dureza de su sistema de sanciones, pues si bien rebajó en su momento la pena máxima de prisión a los 40 años, aumentó al mismo tiempo la pena

mínima de un buen número de delitos y extendió de forma generalizada la pena de multa, en la mayoría de los casos como complementaria de la prisión y de montos muchas veces impagables. A ello se suma un nuevo sistema de determinación de la pena que tiende a la imposición del grado máximo (2007, pág. 36 - 37).

Por su parte, el nuevo Código de procedimiento penal, convirtió en legislación ordinaria y permanente gran parte de la legislación de emergencia anterior. Y, además tuvo grandes repercusiones en el *ius puniendi*, ya que emprendió una búsqueda de la condena a cualquier precio, incrementando las prebendas a los imputados a cambio de la aceptación de su responsabilidad, en este sentido se pueden mencionar los beneficios por colaboración eficaz (art. 413), la reducción de pena por confesión (art. 283) y la sentencia anticipada (art. 40), lo cual implica una renuncia al juicio.

Es así como el nuevo sistema penal acusatorio comienza a funcionar como una máquina 'eficientista' de producción de condenas sin proceso, a la que se le puede sumar el denominado principio de oportunidad (art. 321), que le permite a los imputados por un delito sancionado con pena privativa de la libertad no superior a 6 años, llegar a un acuerdo con la Fiscalía, permitiéndole a esta, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal.

El endurecimiento punitivo de este Código se refleja claramente cuando se hace depender la figura de la detención preventiva de unos topes mínimos del delito imputado, es decir, para que esta medida proceda, la pena imputada debe ser igual o superior a los 4 años de prisión, ahora bien, para obligar a la aplicación de esta medida, el legislador optó por aumentar la pena mínima de todos los delitos hasta llegar al tope exigido por la ley procesal para poder imponer indiscriminadamente dicha medida cautelar.

En este aspecto, SOTOMAYOR resalta la creciente autonomía del proceso penal como mecanismo de control, en tanto pareciera que ahora el objetivo de la persecución penal no fuera ya (o al menos no sólo) la imposición de una pena por el delito cometido, sino procesar a quien se cree que lo ha cometido, con un claro predominio de las nociones de peligrosidad y defensa social (2007, pág. 38).

Los cambios promulgados en el nuevo Código penal, y en el Código de procedimiento penal —y su marcada tendencia al punitivismo y severidad penal—, se vieron reflejados rápidamente en el aumento de la población privada de la libertad, que pasó de 49.816 en el año 2000, a 69.365 en el año 2005, es decir un incremento cercano a los 20.000, en tan solo 5 años.

A partir del año 2004 comenzaron a promulgarse una cantidad indiscriminada de leyes que aumentaron el *quantum* de las penas privativas de la libertad, sumado a una larga lista de prohibiciones para acceder a la justicia premial y a los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión por la comisión de determinados delitos o por la existencia de antecedentes penales.

Bajo el gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002 - 2010), en materia penal, se presentaron dos proyectos de ley de trascendencia para el tema objeto de estudio, los cuales se convirtieron en la Ley 890 de 2004, por la cual se modifica el Código Penal (Ley 599 de 2000), y la Ley 1142 de 2007 por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.

Las reformas anteriores tienen dos objetivos claros y definidos, la lucha contra la delincuencia callejera, y la lucha contra el terrorismo de Estado y la contrainsurgencia.

La Ley 890 de 2004, compuesta por tan solo 15 artículos, aumenta la tercera parte en la pena mínima, y en la mitad, en el máximo, todos los delitos del Código penal, y establece una pena máxima de cincuenta años y de sesenta años, en el caso de concurso de delitos. Cabe resaltar que antes de dicha modificación, la pena máxima en Colombia era de cuarenta años de prisión.

Esta ley incluyó nuevos tipos penales, tales como el soborno en actuación penal, amenaza a testigos, ocultamiento, alteración o destrucción del elemento material probatorio, y el impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas, aumentó también expresamente las penas de otros delitos como falso testimonio, donde la pena mínima pasó de 4 a 6 años y la máxima de 5 a 8 años.

El Código Penal colombiano tuvo otras modificaciones, como la Ley 985 de 2005 que dispone que el consentimiento de la víctima en el delito de trata de personas no exonera de responsabilidad penal. Este cambio significó un incremento en las personas privadas de la libertad por este delito, pasando de 590 en el año 2009 a 1367 en el 2014.

La Ley 1028 de 2006 consagra cuatro tipos penales nuevos: apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; apoderamiento o alteración de sistemas de identificación; receptación; destinación ilegal de combustibles; y una circunstancia genérica de agravación (art. 327E CP) cuando el sujeto activo de la conducta sea un servidor público, persona que ejerza funciones públicas o integrantes de grupos armados organizados al margen de la ley, aumentando las penas de una tercera parte a la mitad.

Lo que nuevamente se tradujo en un aumento de las personas privadas de la libertad, menciona Hernández que “salvo por el delito de apoderamiento o alteración de sistemas de identificación, el incremento en las tasas de encarcelamiento ha sido constante”. Respecto al primer delito, se registra un aumento de 604 PPL para el año 2009 a 2616 PPL en el año 2014 (HERNÁNDEZ , 2018, pág. 263).

Puede decirse que esta reforma penal fue una consecuencia de las practicas generalizadas por las guerrillas de las FARC-EP y el ELN, de derribar la infraestructura eléctrica y dinamitar los oleoductos o gaseoductos, de las grandes petroleras nacionales y algunas internacionales interesadas en invertir.

Posteriormente se encuentra la Ley 1121 de 2006, por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones, que modificó las penas de algunos delitos de la siguiente manera:

**Tabla 2:** Incrementos punitivos de las leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y 1121 de 2006

Delito	Texto original Ley 599 de 2000	Aumento Ley 890 de 2004	Aumento Ley 1121 de 2006
<b>Financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas<sup>46</sup></b>	<b>6 - 12 años</b>	<b>8 – 18 años</b>	<b>13 – 22 años</b>

<sup>46</sup> Ley 1121 de 2006 modificó el tipo penal adicionándole una conducta, pasó de administración de recursos relacionados con actividades terroristas, a denominarse; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, incorporando así nuevos verbos rectores en virtud de las exigencias de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (Hernández, p. 264)

<b>Lavado de activos</b>	<b>6 – 15 años</b>	<b>8 – 22,5 años</b>	<b>8 – 22 años</b>
<b>Omisión de denuncia de particular<sup>47</sup></b>	<b>1 – 3 años<sup>48</sup></b>	<b>2,66 – 7,5 años</b>	<b>3 – 8 años</b>
<b>Concierto para delinquir inc. 2</b>	<b>6 – 12 años</b>	<b>8 – 18 años</b>	<b>8 – 18 años *Sin variación</b>

Fuente: elaboración propia con base en las leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y 1121 de 2006.

Respecto a las tasas de encarcelamiento relacionadas con las modificaciones de esta ley, señala HERNÁNDEZ que “las tasas de encarcelamiento por estos delitos – con excepción de la denuncia de particular – muestran un aumento significativo de la población carcelaria, especialmente en el año 2010, cuando esta ley celebraba su cuarto aniversario, y coincide con la transición de jefe de Estado. En esta fecha se alcanza el tope en la cifra de encarcelamiento con 2904 PPL por el delito de lavado de activos y 1172 por el delito de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas”. (2018, págs. 264 - 265).

Ahora bien, antes de abordar las reformas del siguiente periodo presidencial y retomando el tema de las leyes que afectaron en mayor medida las cifras de encarcelamiento, se encuentra la Ley 1142 de 2007 del gobierno de Álvaro Uribe, llamada Ley de Convivencia y Seguridad Ciudadana, la cual “concedió mayor flexibilidad a los jueces penales para determinar qué constituía una justificación suficiente para ordenar la prisión preventiva. El juez solo tenía que considerar en abstracto la gravedad y la modalidad de la conducta punible para establecer la

<sup>47</sup> Ley 1121 de 2006 añadió el terrorismo y financiación del terrorismo dentro de los delitos que se deben denunciar.

<sup>48</sup> La Ley 733 de 2002 aumentó la pena de este delito de 2 a cinco 5 años, sin embargo no se registró en la tabla porque dicha ley no aumentó las penas de los demás delitos allí comparados y fue un aumento anterior a la Ley 890 de 2004.

peligrosidad del acusado con independencia de las circunstancias atenuantes o su perfil de antecedentes.” (ARIZA & ITURRALDE, 2021, pág. 37).

Esta ley eliminó la posibilidad de sustituir la detención preventiva en establecimiento carcelario por el lugar de residencia para los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, incluyó un listado de más de veinte delitos entre los que se encuentra la violencia intrafamiliar, el tráfico de inmigrantes, el hurto calificado, entre otros, y elevó las penas de varios delitos de la siguiente manera:

**Tabla 3:** Incrementos punitivos de las leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y 1142 de 2007

Delito	Texto original Ley 599 de 2000	Aumento Ley 890 de 2004	Aumento Ley 1142 de 2007
<b>Violencia intrafamiliar</b>	<b>1 – 3 años</b>	<b>1,33 – 4,5 años</b>	<b>4 – 8 años</b>
<b>Hurto calificado</b>	<b>3 – 8 años<sup>49</sup></b>	<b>4 – 12 años</b>	<b>6 – 14 años</b>
<b>Amenazas</b>	<b>1 – 4 años</b>	<b>1,33 – 6 años</b>	<b>4 – 8 años</b>
<b>Perturbación de certamen democrático</b>	<b>2 – 6 años</b>	<b>2,66 – 9 años</b>	<b>4 – 9 años</b>
<b>Fraude al sufragante</b>	<b>1 – 4 años</b>	<b>1,33 – 6 años</b>	<b>4 – 8 años</b>
<b>Voto fraudulento</b>	<b>1 – 4 años</b>	<b>1,33 – 6 años</b>	<b>4 – 8 años</b>
<b>Favorecimiento de voto fraudulento</b>	<b>1 – 4 años</b>	<b>1,33 – 6 años</b>	<b>4 – 8 años</b>

<sup>49</sup> La Ley 813 de 2003 añadió un inciso final señalando que “la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión cuando el hurto se cometiere sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos. Si la conducta fuere realizada por el encargado de la custodia material de estos bienes, la pena se incrementará de la sexta parte a la mitad”. Código Penal artículo 240.

<b>Alteración de resultados electorales</b>	<b>2 – 5 años</b>	<b>2,66 – 7,5 años</b>	<b>4 – 8 años</b>
<b>Ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula.</b>	<b>1 – 3 años</b>	<b>1,33 – 4,5 años</b>	<b>4 – 8 años</b>
<b>Receptación</b>	<b>2 – 8 años</b>	<b>2,66 – 10,2 años</b>	<b>4 – 12 años</b>

Fuente: Elaboración propia con base en las leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y 1142 de 2007.

Además del aumento en la pena para el delito de violencia intrafamiliar, la Ley 1142 de 2007 lo eliminó del listado de delitos que requieren querrela, a partir de lo cual su investigación es de oficio y no tiene posibilidad de conciliación.

Tal y como puede observarse en la tabla, esta ley aumentó los mínimos de las penas de varios delitos a 4 años, configurándolos así en delitos a los que debe imponérseles la detención preventiva, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2º de la Ley 906 de 2004.

En el mismo sentido la Ley 1098 de 2006 estableció que, respecto a toda persona acusada de delitos sexuales contra un menor, la única medida de privación de libertad permitida sería la privación preventiva”.

La Ley 1200 de 2008, con tan solo dos artículos, modifica el art. 169 del Código Penal en lo referido al secuestro extorsivo, sin modificar la pena, adiciona un inciso en el que incluye el “secuestro exprés” para lo que se conoce como “el paseo millonario”, al establecer textualmente “igual pena se aplicará cuando la conducta se realice temporalmente en medio de transporte con el propósito de obtener provecho económico bajo amenaza”; Esta ley aumenta las penas, de la siguiente manera:

**Tabla 4:** Incrementos punitivos de las leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y Ley 1220 de 2008

<b>Delito</b>	<b>Texto original Ley 599 de 2000</b>	<b>Aumento Ley 890 de 2004</b>	<b>Aumento Ley 1220 de 2008</b>
<b>Violación de medidas sanitarias</b>	<b>1 – 3 años</b>	<b>1,33 – 4,5 años</b>	<b>4 – 8 años</b>
<b>Propagación de epidemia</b>	<b>1 – 5 años</b>	<b>1,33 – 7,5 años</b>	<b>4 – 10 años</b>
<b>Propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B<sup>50</sup></b>	<b>3 – 8 años</b>	<b>4 – 12 años</b>	<b>6 – 12 años</b>
<b>Contaminación de aguas</b>	<b>1 – 5 años</b>	<b>1,33 – 7,5 años</b>	<b>4 – 10 años</b>
<b>Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico</b>	<b>2 – 8 años</b>	<b>2,66 – 12 años</b>	<b>5 – 12 años</b>
<b>Imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias</b>	<b>2 – 6 años</b>	<b>2,66 – 9 años</b>	<b>5 – 11 años</b>
<b>Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud</b>	<b>2 – 6 años</b>	<b>2,66 – 9 años</b>	<b>5 – 11 años</b>

Fuente: elaboración propia con base en las leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y Ley 1220 de 2008.

<sup>50</sup> El artículo que contenía este delito fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-248 de 2019, Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

Nuevamente las penas mínimas son aumentadas de forma tal, que se les deba imponer detención preventiva en virtud de lo dispuesto en el numeral 2º de la Ley 906 de 2004.

Siguiendo el orden cronológico, la Ley 1236 de 2008 modifica algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual, quedando de la siguiente manera:

**Tabla 5:** Incrementos punitivos de las leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y 1236 de 2008.

<b>Delito</b>	<b>Texto original Ley 599 de 2000</b>	<b>Aumento Ley 890 de 2004</b>	<b>Aumento Ley 1326 de 2008</b>
<b>Acceso carnal violento</b>	<b>8 – 15 años</b>	<b>10, 66 – 22,5 - años</b>	<b>12 – 20 años</b>
<b>Acto sexual violento</b>	<b>3 – 6 años</b>	<b>4 – 9 años</b>	<b>8 – 16 años</b>
<b>Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir</b>	<b>8 – 15 años</b>	<b>10, 66 – 22,5 - años</b>	<b>12 – 20 años</b>
<b>Acceso carnal abusivo con menor de catorce años</b>	<b>4 – 8 años</b>	<b>5,33 – 12 años</b>	<b>12 – 20 años</b>
<b>Actos sexuales con menor de catorce años</b>	<b>3 – 5 años</b>	<b>4 – 7,5 años</b>	<b>9 – 13 años</b>
<b>Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir</b>	<b>4 – 8 años</b>	<b>5,33 – 12 años</b>	<b>12 – 20 años</b>
<b>Inducción a la prostitución</b>	<b>2 – 4 años</b>	<b>2,66 – 6 años</b>	<b>10 – 22 años</b>
<b>Constreñimiento a la prostitución</b>	<b>5 – 9 años</b>	<b>6,66 – 13, 5 años</b>	<b>9 – 13 años</b>
<b>Estímulo a la Prostitución de Menores</b>	<b>6 – 8 años</b>	<b>8 – 12 años</b>	<b>10 – 14 años</b>
<b>Pornografía con menores</b>	<b>6 – 8 años</b>	<b>8 – 12 años</b>	<b>10 – 14 años<sup>51</sup></b>

Fuente: elaboración propia con base en las leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y Ley 1236 de 2008.

<sup>51</sup> Actualmente la pena de este delito fue a su vez aumentada por la Ley 1336 de 2009 quedando el mínimo de 10 y el máximo de 20 años.

Esta ley tenía la firme convicción de aumentar considerablemente las penas, pues desde la exposición de motivos afirmaba que la legislación penal colombiana, ha tratado con demasiada benignidad las agresiones sexuales, contra los menores de edad, en las distintas conductas delictivas. Durante esta época, se dieron a conocer en los diferentes medios de comunicación, diversos casos de violencia sexual contra menores, como el caso del niño Luis Santiago<sup>52</sup>, que motivó la creación de la Fundación Todo Puede Cambiar, que junto con la senadora Gilma Jiménez<sup>53</sup>, se han encargado de promover la cadena perpetua para violadores de menores.

En Colombia se han presentado más de una decena de proyectos de acto legislativo que buscan modificar el art. 34 de la Constitución Política que prohíbe la prisión perpetua. El último de ellos fue el acto legislativo 01 de 2020, aprobado en el Congreso con 77 votos a favor. Pero que fue declarado inconstitucional por parte de la Corte, al considerar que esta iniciativa viola el principio de dignidad humana.

Posteriormente se emite la Ley 1257 de 2008 que establece normas de sensibilización, prevención y sanción de las diferentes formas de violencia y discriminación contra las mujeres. Esta ley introduce el tipo penal autónomo del feminicidio. Según HERNÁNDEZ, los principales cambios punitivos de esta ley son: i) Adiciona la circunstancia de agravación del homicidio si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer; ii) Aumenta la pena del homicidio en persona protegida de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho

---

<sup>52</sup> Se trata de un caso ocurrido en el año 2008 en el que un padre manda a secuestrar a su propio hijo, y que posteriormente es brutalmente asesinado. Cabe resaltar que, en este caso, el padre fue condenado a 60 años de prisión, y sus cómplices, a 27 años, por secuestro agravado.

<sup>53</sup> Con la iniciativa de cadena perpetua, la senadora Gilma Jiménez alcanzó en el año 2010 la segunda votación más alta en las elecciones al Senado con 188.416 votos. La senadora de los niños, como se le conocía, murió a causa de un cáncer, en el año 2013.

de ser mujer; iii) Incluye el delito de acoso sexual con pena de prisión que va de 1 a 3 años (2018, pág. 273).

Continuando con el enfoque de protección de los niños, se emite la Ley 1336 de 2009 que pretende incrementar la lucha contra la explotación, la pornografía, y el turismo sexual de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, la pena de pornografía con menores, que era de 6 a 8 años, y fue incrementada por la Ley 1236 de 2008, de 10 a 14 años, pasa ahora a ser de 10 a 20 años.

Ya bajo el gobierno neoliberal de Juan Manuel Santos (2010 - 2018) quién en un principio se comprometió a continuar con las banderas de las políticas de Seguridad Democrática de su antecesor, en poco tiempo puso el énfasis en la lucha contra la criminalidad urbana común, fortaleciendo los delitos contra la propiedad y contra la integridad personal. Es así como se expide la Ley 1142 de 2007 o Ley de Seguridad Ciudadana.

Esta ley flexibilizó aún más las condiciones para imponer la detención preventiva, y limitó los beneficios penales para varios delitos y para los reincidentes. Según (ARIZA & ITURRALDE) los delincuentes sexuales, las personas condenadas por delitos de drogas, el concierto para delinquir, el terrorismo, la posesión ilegal de armas y el lavado de activos quedaron totalmente excluidos del beneficio de la libertad condicional, es decir tendrán que cumplir íntegramente las penas en prisión. Al mismo tiempo la ley estableció que la libertad condicional solo podía concederse una vez cumplidas las 2/3 partes de la condena privativa de la libertad en lugar de los 3/5 anteriores, lo que se tradujo en períodos más largos de reclusión efectiva para toda la población condenada (2021, pág. 38).

La Ley 1482 de 2011 criminaliza los actos de discriminación con penas que van de 1 a 3 años de prisión, esta ley entiende dentro de los actos de discriminación, no solo el racismo, sino, además, la discriminación por razones de nacionalidad, raza y orientación sexual.

Por su parte la Ley 1693 de 2013 fortalece las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido, según (HERNÁNDEZ ) en materia punitiva aumenta las penas de prisión para el delito de lesiones personales con deformidad física, cuando la misma haya sido causada por cualquier tipo de ácido. los extremos punitivos quedan comprendidos entre 6 y 10 años y medio (2018, pág. 284).

Como se puede ver a lo largo de este recorrido por las diferentes reformas penales implementadas, pese a que el enfoque político criminal de los gobiernos de turno han sido de diversa índole, han coincidido en diferentes aspectos, como el incremento de la punitividad, la creación de nuevos tipos penales, además del traspaso cada vez más recurrente de las contravenciones o faltas al Código penal, el fortalecimiento de la detención preventiva, la restricción o eliminación de beneficios como la libertad condicional, y por tanto el cumplimiento íntegro de las condenas, un derecho penal del enemigo, dirigido en algunas ocasiones a los grupos insurgentes, y en otras, al delincuente callejero, en fin, un montón de rasgos en común, propios de un derecho penal autoritario, represivo, selectivo y populista, que ha generado una expansión del sistema carcelario, que en las infrahumanas condiciones de reclusión de las cárceles colombianas, sumado a los altos índices de hacinamiento, solo responden a una lógica de incapacitación, propia de las cárceles depósito.

El modelo de las cárceles depósito, según BERNAL Y FORERO, pone el énfasis en el aumento de la delincuencia y el descrédito de la finalidad resocializadora. Este modelo descansa sobre el discurso de la intolerancia que busca enfrentar punitivamente hasta las manifestaciones más leves

de desorden, produciendo sistemas penales saturados, privatización carcelaria y aumento de los regímenes de seguridad de los establecimientos; factores que desembocan en el aumento exponencial de la población carcelaria y en su simple embotellamiento (2016, pág. 25).

#### **IV. POLÍTICAS DE DES-CARCELACIÓN FRENTE AL ENCARCELAMIENTO MASIVO**

Ante este desolador panorama penitenciario, que tiende cada vez más hacia el encarcelamiento masivo y por ende a la deshumanización de la prisión y a la violación masiva de derechos humanos, cobran fuerza las propuestas de políticas des-carcelación comprometidas con el irrestricto respeto de la legalidad constitucional e internacional, que busquen primero:

Estrategias de contención de nuevos ingresos, luego estrategias de reducción, para finalmente acercarse seriamente al paradigma de la abolición y superación de la pena carcelaria, o al menos de su rol como pena principal (RIVERA, 2017, pág. 75).

Son varios los autores que abordan las políticas de des-carcelación. Entre ellos destacan MATTEWS (2016) y DE GIORGI (2015), quienes adoptan una postura que podría denominarse reformista, a diferencia de DAVIS (2015) y RIVERA (2017), que lo hacen desde el paradigma abolicionista; Rivera, además, se posiciona dentro del denominado '*garantismo radical*'.

El programa de des-carcelación que propone RIVERA si bien fue creado para un contexto social, político y económico muy diferente al colombiano, expone un conjunto de lineamientos y principios que deben inspirar cualquier política penal que garantice los derechos humanos. Es pertinente aclarar que lo que se plantea no es una 'nueva' propuesta de reforma del sistema penitenciario, lo cual el autor considera como una

tradicción errónea que legitima la cárcel y la perpetúa, por el contrario, lo que se propone es su paulatina reducción.

El programa de des-carcelación que propone RIVERA (2017) y que se describirá en este apartado a grandes rasgos, aboga por una re-definición del concepto de reintegración social de las personas privadas de la libertad en centros penitenciarios, usando como base teórica el principio del “garantismo radical” y el paradigma del “daño social”, teniendo en cuenta la voz de los directa e indirectamente afectados por la privación de la libertad, punto diferencial con las reformas tradicionales propuestas por las instituciones oficiales.

Este programa invita a desarrollar una política penal respetuosa de la legalidad y a dar un necesario cumplimiento de las disposiciones de los organismos internacionales de derechos humanos. Se basa, además, en un mínimo marco jurídico-garantista inspirado en la tradición del constitucionalismo social.

Esta propuesta se sustenta en dos grandes pilares, la des-penalización y la des-criminalización. Des-penalización en el sentido de reservar la pena de privación de libertad solo para las ofensas a derechos y bienes fundamentales más graves, restituyendo así al Derecho penal su carácter de *extrema ratio*. En segundo lugar, se precisa des-criminalizar numerosas acciones que socialmente no son tan gravosas como para merecer estar incluidas en el código penal. Se propone, además, incluir — en el momento de creación del derecho— otras fórmulas de sanciones alternativas, *stricto sensu*, a la pena de privación de la libertad, que erradiquen, salvo en los supuestos graves y excepcionales, la posibilidad de que los jueces castiguen los delitos con penas privativas de la libertad. Se trata entonces de hacer un verdadero uso de las mal llamadas ‘medidas alternativas’, que, si bien restringen o limitan otros derechos, no son tan invasivas y no atentan de manera directa —y violenta— contra la libertad

y demás derechos fundamentales. En este sentido, FERRAJOLI, señala, a modo de ejemplo, las siguientes:

La vigilancia especial, la semi-libertad y la “confianza a prueba” (*affidamento in prova*) que privan sólo parcialmente la libertad personal; o los arrestos domiciliarios, o la estancia obligada (*soggiorno obbligato*) o la prohibición de residencia (*divieto di soggiorno*), las cuales privan solamente de la libertad de circulación; o las penas patrimoniales como la confiscación de los medios del delito (*confisca del mezzo del reato*), como por ejemplo el vehículo en los delitos de tráfico y circulación; o finalmente las penas interdictivas (prohibitivas) que deberían transformarse de penas accesorias a penas principales, las cuales privan o restringen determinadas formas de capacidad de la cual el reo ha abusado (como la retirada del carnet de conducir, la revocación de licencias comerciales o de habilitaciones profesionales), o la interdicción de oficios públicos y similares (2016, p. 336).

En la propuesta de des-carcelación —desde el *garantismo radical*— se remarca la necesidad de que todos los incidentes de la ejecución penal que por regla general se regulan mediante reglamentos o circulares, se recojan en normas jurídicas mediante un estricto proceso legislativo. Con esto se pretende restringir el ‘exceso de discrecionalidad’ que suele tener la administración penitenciaria para regular y reglamentar muchos aspectos de la vida carcelaria, incluso, aquellos concernientes a la seguridad y los derechos fundamentales.

En el mismo sentido, el programa pone de manifiesto que, para llevar a cabo una política de reducción de la cárcel, se debe establecer por ley, el carácter excepcional de la prisión preventiva<sup>54</sup>, buscando así respetar al máximo el derecho a la presunción de inocencia; y, además, la obligatoriedad y gratuidad del derecho de defensa, garantizado con ello el debido proceso durante toda la fase ejecutiva del proceso penal.

---

<sup>54</sup> A propósito, ver el último Informe de la OEA sobre medidas para reducir la prisión preventiva, 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>

El autor pone de manifiesto la necesidad de establecer también en una norma con rango de ley la obligatoriedad y gratuidad del derecho de defensa y asistencia letrada durante toda la fase ejecutiva del proceso penal, y con ello poder desarrollar un debido proceso ante los jueces de vigilancia penitenciaria con plenas garantías.

BARATTA (1990) ya advertía de la necesidad de erradicar —tanto de las normas como de las prácticas— la tendencia a conceder o denegar los mal llamados ‘beneficios penitenciarios’ a partir de criterios subjetivos o de peligrosidad, ya que, a la hora de examinar la posibilidad del acceso a una disminución de la pena, únicamente deben primar criterios de carácter objetivo para no vaciar de contenido el principio de seguridad y certeza jurídica. En esta línea:

No puede seguir admitiéndose un Derecho penal de autor en fase de ejecución penal, orientado por criterios subjetivos o de peligrosidad o de supuesta medición de umbrales de riesgo (RIVERA, 2017, pág. 104).

Esta idea se refuerza al señalar que los jueces de vigilancia penitenciaria, (jueces de ejecución de penas, para el caso colombiano,) deben mantener un contacto directo, frecuente y sin previo aviso con el centro penitenciario y con las personas privadas de libertad, para lo cual es necesario que los jueces cuenten con una especial formación en ejecución penal y muy especialmente en materia de derechos humanos.

Con la implementación de este programa lo que se pretende es avanzar en un nuevo concepto de reintegración social del condenado, para lo cual se propone la adopción de ciertas decisiones de Política criminal y penitenciaria como la abolición total del aislamiento penitenciario ya sea como modalidad propia del sistema de progresividad o como sanción disciplinaria ya que está suficientemente probada su finalidad incapacitadora o neutralizadora que va en contravía de cualquier aspiración reintegradora. Otra medida encaminada a la reintegración de

las personas privadas de libertad sería dejar de concebir el trabajo en prisión como un ‘beneficio para unos pocos’, el cual debe ser ofrecido como un derecho fundamental de toda la población carcelaria como medio para formar y capacitar a las personas que un día recobrarán la libertad.

De igual manera el autor señala que la construcción de ‘cárceles de máxima seguridad’ y la edificación de centros penitenciarios alejados de los cascos urbanos, tras los cuales se pretende esconder la problemática carcelaria, son medidas que a todas luces son contrarias a un programa de des-carcelación desde un *garantismo radical*.

Así entonces, en lugar de ampliar la red carcelaria, se deben adoptar medidas urgentes para una reducción —a corto plazo— de los índices de encarcelamiento. En este sentido se destaca la excarcelación de los presos enfermos, evitando así que la pena privativa de la libertad sea nuevamente entendida como ‘pena corporal’, y la excarcelación de las mujeres presas con hijos pequeños a su cargo, entendiendo que toda maternidad en condiciones carcelarias se puede calificar como vulnerable y de riesgo.

Uno de los aspectos más importantes a resaltar de esta propuesta de des-carcelación, es la importancia que se le da a la tarea de registrar y documentar las vulneraciones de derechos fundamentales, preocupación permanente que debe mantenerse en estado de alerta constante. La “lucha por los derechos” —como lo denomina FERRAJOLI— constituye uno de los pilares fundamentales del *garantismo radical*.

Con este programa de des-carcelación se pone de manifiesto la necesidad de que —la cuestión carcelaria— debe traspasar los muros de la prisión e involucrar el trabajo conjunto entre instituciones públicas, organizaciones de la sociedad civil, la academia, involucrando igualmente a la población carcelaria y sus familias, ya que el compromiso no se agota con la liberación, sino que continúa con la pretensión de paliar y disminuir

los perjuicios causados por el encarcelamiento, tal y como lo citan las *Reglas Mínimas Nelson Mandela*.

De esta manera, ante el expansionismo penitenciario que ha experimentado el país por más de dos décadas, es necesario adoptar medidas conducentes a blindar la Política criminal con una sólida estructura de principios y garantías irrestrictamente respetuosas con los derechos humanos; además, se deben implementar estrategias urgentes de superación y reducción de la cárcel (RIVERA, 2017) conducentes a recategorizar el sistema punitivo como *extrema ratio* y que permitan así limitar la duración de las penas, siendo estas reservadas solo para aquellas ofensas más graves a los derechos fundamentales, ya que, en las actuales condiciones de segregación y violencia, se han terminado por desvirtuar los discursos de la resocialización.

En este sentido, antes de continuar examinando ‘la finalidad de la pena’, —en el marco de los derechos humanos—, es preponderante orientar los esfuerzos para evitar que esta siga constituyendo una degradación de la dignidad humana, a tal punto de modelar cuerpos que difícilmente soportarían en su piel el rótulo de persona.

Por lo tanto, se pone de relieve la necesidad de diseñar y adoptar estrategias de des-carcelación que se basen en el desarrollo de una política penal respetuosa de la legalidad y ajustada al Derecho internacional de los derechos humanos.

El programa propuesto por RIVERA (2017), se compone de los siguientes elementos.

***CREACIÓN DE UNA UNIDAD INSTITUCIONAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE RECOMENDACIONES INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO (PÁG. 89)***

El autor es enfático en señalar la necesidad de conocer y aplicar las acciones de las unidades institucionales y las recomendaciones de las organizaciones internacionales de derechos humanos.

***CONSTITUCIÓN DE UNA MESA DE TRABAJO Y DIÁLOGO ENTRE LOS ACTORES DIRECTAMENTE INVOLUCRADOS CON EL ENCARCELAMIENTO (PÁG. 96)***

El autor propone crear comisiones o grupos de trabajo de carácter permanente, en dónde se les de voz a los diferentes actores, específicamente a los afectados por el régimen penitenciario, es decir, representantes de los presos, familiares, operadores penitenciarios, representantes de la administración penitenciaria o de la administración municipal y muy especialmente a las organizaciones de derechos humanos comprometidas con la problemática carcelaria, quienes conjuntamente deberán trabajar, no solo en la toma de decisiones, o en crear un nuevo sistema, sino, además, en controlar el proceso y vigilar su ulterior desarrollo.

***IMPRESCINDIBLE DESARROLLO DE UNA INVESTIGACIÓN SOCIOLÓGICA DE LA REALIDAD CARCELARIA CON EXPRESIÓN DE LAS PROBLEMÁTICAS MÁS ACUCIANTES (PÁG. 97)***

El primer paso es desarrollar una investigación de corte sociológico que muestre qué cárcel realmente existe, qué población penitenciaria se tiene, y cuáles son sus principales problemas y necesidades, tanto del entorno familiar, como de los funcionarios penitenciarios.

***MÍNIMO MARCO JURÍDICO-GARANTISTA NECESARIO DURANTE EL DESARROLLO DEL PROGRAMA (PÁG. 101).***

El autor se basa en la forma del Estado social y democrático de derecho, propia del “constitucionalismo social”, que establece una serie de principios que habrían de orientar la conformación y funcionamiento del

sistema de justicia penal: los principios de legalidad (con sus cuatro garantías: criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución) y de proporcionalidad de las penas, la abolición de la pena de muerte y de la tortura, la finalidad resocializadora atribuida a las penas privativas de libertad y la consagración de un amplio catálogo de derechos fundamentales y garantías procesales para todos los ciudadanos”.

***I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY (PÁG. 102).***

Se debe iniciar un proceso legislativo, en que se incluyan, con rango de ley, una serie de cuestiones de la vida carcelaria. Ya que, en la actualidad, se encuentran recogidas, en normas jurídicas dispersas y que carecen del rango indicado.

***II. HACIA LA PROGRESIVA ELIMINACIÓN DEL EMPLEO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA (PÁG. 102).***

La prisión provisional o preventiva debe ser compatible con los derechos y garantías fundamentales como la presunción de inocencia. Su regulación debe quedar plasmada en una ley, para evitar la discrecionalidad y la arbitrariedad a la hora de aplicarla.

***III. REVALUACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD: DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS A LOS DERECHOS SUBJETIVOS (PÁG. 103).***

Se propone que los llamados “beneficios penitenciarios” se transformen en derechos subjetivos y así no viciar el concepto de reintegración social del condenado, erradicando la tendencia a conceder o denegar el acceso a toda una serie de institutos por criterios subjetivos y/o de peligrosidad, que traducen los postulados más ortodoxos de un positivismo criminológico que ha inundado a las instituciones penitenciarias

**IV. MODIFICACIÓN DEL ÁMBITO DECISIONAL DE LOS INCIDENTES DE LA EJECUCIÓN PENAL: DE LA CÁRCEL A LOS JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA (PÁG. 104).**

Se plantea que los asuntos de disciplina, medidas de reducción de la pena, comunicaciones, traslados, salidas al exterior y muchos otros incidentes propios de la ejecución penal, sean competencia de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria o de Ejecución Penal, ya que en la actualidad esos procesos comúnmente están bajo la decisión de equipos técnicos de los institutos penitenciarios a través de informes, lo que favorece además de la subjetividad y la arbitrariedad.

**V. HACIA UNA EFECTIVA JURISDICCIÓN EN MATERIA PENITENCIARIA. ¿DERECHO PROCESAL EN FASE DE EJECUCIÓN PENAL? (PÁG. 107).**

Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria deben mantener en su ámbito decisional la auténtica competencia de: a) Velar por los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. b) Pronunciarse sobre criterios puramente objetivos para la supervisión judicial del cumplimiento de penas

**VI. EL DERECHO DE DEFENSA EN LA EJECUCIÓN PENAL (PÁG. 110).**

Se precisa que debería ser una obligación el derecho de defensa y asistencia letrada, gratuita, en materias propias del derecho penitenciario, durante toda la fase ejecutiva del proceso penal.

**VII. EL TRABAJO EN PRISIÓN: TERMINAR CON SU FALSO CARÁCTER “PROGRESIVO” (PÁG. 112).**

Trabajar de manera digna y remunerada es un derecho fundamental, por lo tanto, se debe establecer, en una norma que tenga rango legal, la obligatoriedad de la remuneración del trabajo (tanto en su modalidad penitenciaria cuanto en la extra-penitenciaria) en igualdad absoluta con los trabajos que se desarrollen en el exterior, de acuerdo con las categorías profesionales de ambos tipos de trabajos.

***MEDIDAS URGENTES PARA UNA DRÁSTICA REDUCCIÓN, A CORTO PLAZO, DE LOS ÍNDICES DE ENCARCELAMIENTO (PÁG. 113).***

Se propone trabajar en el ámbito de la ejecución penal, buscando potencializar ciertos institutos penal/penitenciarios que pueden contribuir a la producción de un importante vaciamiento cuantitativo de la población carcelaria, entre ellos:

Implementación y concesión de todas las modalidades jurídico-penales tendentes a evitar los ingresos penitenciarios (suspensión de la ejecución de la pena, condenas condicionales, etc.).

Otorgamiento de progresiones en los grados de clasificación penitenciaria opuesto a la tradicional práctica del mantenimiento ordinario en el mismo período o grado de clasificación.

Concesión de numerosos regímenes abiertos de cumplimiento.

Potenciación de otras modalidades más “abiertas” de cumplimiento de penas privativas de libertad.

Concesiones de regímenes de semilibertad.

***EXCARCELACIÓN DE ENFERMOS PRESOS (PÁG. 115).***

Numerosas investigaciones señalan el extraordinario factor patógeno que la cárcel supone para individuos aquejados de enfermedades infecto-contagiosas, asociadas o no a las denominadas “enfermedades oportunistas” derivadas de infecciones diversas (fundamentalmente, HIV, SIDA, Hepatitis C, tuberculosis y otras)”

La cárcel y todas las restricciones de aislamiento que ella presenta, han asentado patologías o trastornos psicosomáticos, entre ellos, la claustrofobia, irritabilidad permanente, depresión (que puede llegar al suicidio), alucinaciones, abandono en hábitos de auto cuidado y apatía.

Se plantea además dejar de llamarlos “presos enfermos”, y pasar a denominarlos “personas enfermas”. Además, debe ser imperativamente ordenada por vía legal, la libertad a todas aquellas personas que padezcan serias patologías, sin esperar a que las mismas produzcan un deterioro

grave en la salud de los presos que los convierta en sujetos que ya no serán calificados como “peligrosos” de acuerdo con los tradicionales criterios carcelarios.

***PROCESO DESCARCELATORIO DE LAS MUJERES PRESAS CON HIJOS EN LAS CÁRCELES (PÁG. 132).***

Los estereotipos de género caen con dureza sobre las madres presas, donde ciertas legislaciones llegan incluso al alejamiento definitivo de sus hijos. Debe existir también un protocolo de actuación para los funcionarios, respecto a las madres presas y sus hijos.

***ARQUITECTURA PENITENCIARIA Y METAS REINTEGRADORAS (PÁG. 143).***

Para avanzar en un nuevo concepto de reintegración social resulta imprescindible la adopción de ciertas decisiones de Política criminal, penitenciaria y edilicia, que guarden directa relación con determinados regímenes penitenciarios cuyo diseño se pretende eliminar.

***I. LOS REGÍMENES DE AISLAMIENTO PENITENCIARIO (PÁG. 152).***

Se debe proceder a la abolición de todo régimen cerrado y/o de aislamiento penitenciario, ya sea como modalidad tratamental o propia del sistema de progresividad. Ello teniendo como base el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, la abolición de este tipo de régimen penitenciario debe constituir un objetivo prioritario.

***II. LA CONSTRUCCIÓN Y LA UBICACIÓN DE LAS CÁRCELES***

La infraestructura bajo las que son diseñadas las “cárceles de máxima seguridad” están en contra de cualquier ideal reintegrador. Tendencia que ha sido iniciada en Estados Unidos de América y Europa durante las últimas décadas.

Sumada además a este caso la tendencia a construir “macro-cárceles” (unidades penitenciarias para albergar cantidad de reclusos) y la construcción de centros penitenciarios fuera de las ciudades, alejados

de los centros de trabajo y de domicilios de los reclusos y sus familiares lo que genera un grave perjuicio en ellos.

***HACIA UN PROGRAMA DE SERVICIOS PÚBLICOS PARA LA REINTEGRACIÓN SOCIAL (PÁG. 158)***

Los programas de actuación de las administraciones penitenciarias presentan un enfoque netamente positivista. Presentando una irrupción del conductismo psicológico en el terreno de ejecución de penas privativas de libertad lo que ha provocado una merma de garantías jurídicas en los derechos fundamentales de los reclusos; los mismos que se devalúan en simples beneficios penitenciarios.

Los mismo deben ser modificados para lo que resulta imprescindible la adopción de ciertas medidas. En primer lugar, la necesidad de programas no de resocialización sino de reintegración que se encuentre dirigido tanto a detenidos como a sus familias y/o entornos sociales. Suponiendo ello un trabajo en el exterior de la cárcel. Estos se deben orientar a reducir las condiciones de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, así como de su familia.

***LA NECESARIA ATENCIÓN DE LA SITUACIÓN LABORAL Y DE LA SALUD MENTAL DE LOS FUNCIONARIOS PENITENCIARIOS (PÁG 167).***

Es importante la rotación laboral de los operadores penitenciarios ya que al igual que la de los detenidos su salud mental se encuentra amenazada.

En vías de que haya una mejora en cuanto a esta cuestión se propone la democratización de la organización de la vida cotidiana en las cárceles. Apuntando con ello a la ruptura de estructuras jerárquicas y verticalmente consolidadas en el interior del universo carcelario.

***POLÍTICA INTEGRAL DE ATENCIÓN TRAS LA LIBERACIÓN DE LA CÁRCEL  
(PÁG. 168)***

A través de esta se pretende atender a la reintegración de los sujetos en las condiciones de menor deterioro posible. Para conseguirlo, se debería llevar a cabo un verdadero programa de atención integral en el momento que la persona sea liberada. Programa que debe conjugar el trabajo de instituciones públicas, organizaciones de la sociedad civil, junto a los propios presos y sus familias.

***LA IMPRESCINDIBLE TAREA DE REGISTRAR, DOCUMENTAR Y ALERTAR LAS VULNERACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES. UN “ESCENARIO DE REPRESENTACIÓN DEL CONFLICTO” (PÁG. 173)***

FERRAJOLI (1990) advierte que no podrá verificarse proceso alguno de transformación radical y de reducción en el empleo de la cárcel, si este importantísimo punto no es desarrollado y controlado permanentemente. La “lucha por los derechos” constituye uno de los pilares fundamentales del *garantismo radical* y debe constituir una lucha constante.

Al respecto se pueden mencionar algunas experiencias de trabajo colectivo que se han creado en el contexto español, para velar por el respeto -efectivo- de los derechos fundamentales de los reclusos. Por ejemplo, el trabajo que viene desempeñando hace 15 años la Coordinadora Estatal para la Prevención y Denuncia de la Tortura (CPDT); el trabajo de la Red Euro Latino Americana para la prevención de la Tortura (RELAPT) integrada por instituciones públicas, organizaciones de derechos humanos e instituciones académicas de diferentes países, el trabajo que viene desarrollando hace ya 20 años el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Unicersitat de Barcelona, y muy especialmente el Sistema de Registro y Comunicación de la Violencia Institucional (SIRECOVI) que opera actualmente en toda Cataluña.

Las Administraciones penitenciarias deben abrir la posibilidad efectiva a que las organizaciones de la sociedad civil puedan entrar en las

cárceles y monitorear la situación de respeto a los derechos fundamentales de los presos. El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas abre una vía adecuada para ello, sin pretender sustituir a los llamados Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura u otras instituciones.

***“ABRIR LA CÁRCEL”, ATRAVESÁNDOLA CON EL “INGRESO” DE OTRAS INSTITUCIONES Y SECTORES DE LA SOCIEDAD CIVIL (PÁG. 184)***

Se pretende con estas acciones la intersección institucional y social entre cárcel y sociedad. Todas las iniciativas en ese sentido, de índole educativa, política, de lucha por los derechos, etc., que pasen por la “entrada a la cárcel” de diversos sectores sociales y profesionales pueden contribuir, en definitiva, a modificar en lo posible la percepción de lejanía y ajenidad con la cual, casi siempre, es transmitida esta realidad.

***DIFUSIÓN DEL UNIVERSO CARCELARIO EN EL CONTEXTO SOCIAL. OPINIÓN PÚBLICA Y OPINIÓN (NUNCA) PUBLICADA (PÁG. 194)***

Es importante considerar la utilización de los medios periodísticos y en general, todas las nuevas tecnologías de la comunicación que puedan provocar el efecto de hacer visible en la sociedad una inmensa cantidad de vivencias, sucesos e iniciativas, que normalmente viven (también) “encerradas” en el aislamiento carcelario.

Además, la utilización de todos estos medios para difundir el universo carcelario en la sociedad debe intentar contrarrestar el tratamiento informativo que tradicionalmente se efectúa respecto de la cuestión carcelaria, tratamiento que, casi siempre, y salvo excepciones, sólo tiene lugar cuando se dedica al comentario morboso o amarillista de ciertos sucesos.

RIVERA concluye su propuesta para una política pública orientada en clave des-carcelatoria, afirmando que existe un camino posible en la producción de políticas diferentes frente a la cultura de la emergencia y

de la excepcionalidad político criminal a la que asistimos. Por lo que es imperioso producir un vaciamiento de esos contenedores de miseria, enfermedades, pobreza y exclusión que son la demostración palmaria de la acumulación salvaje de un sistema desenfrenado y que no ha recibido la atención debida. De ahí que la necesidad de reducción constante y de vaciamiento sostenido de los institutos penales, a través de programas y acciones concretas, debe constituir hoy el camino siempre inacabado e inacabable (*unfinished*) como siempre dejó patente MATHIESEN (pág. 203).

## II. CONSIDERACIONES PREVIAS

Llegados a este punto es preciso establecer si el incremento exponencial de la población privada de libertad en las últimas décadas responde a una política de encarcelamiento masivo, o se debe a factores diferentes.

Sobre este aspecto, (HERNÁNDEZ ) manifiesta que en Colombia no se presenta el fenómeno del encarcelamiento masivo como tal, ya que no se reúnen todos los elementos que lo conforman, es especial el sesgo racial, pese a que existe una intersección poderosa en la variable de clase y pobreza, extendida en nuestro universo carcelario latinoamericano, por lo que autor prefiere hacer referencia a una *tendencia al mayor encarcelamiento* (2018, pág. 80), lo que es sustancialmente diferente al encarcelamiento masivo como tal.

En este apartado se hizo un análisis del particular y específico contexto penitenciario colombiano, tomando como referente las causas mediatas e inmediatas que CUNEO (2018) utilizó para el análisis del caso chileno.

Dentro de las causas mediatas analizaremos en primer lugar el régimen económico de corte neoliberal, que ha generado

un ambiente de desigualdad que responde con mayor punitividad, acentuando aún más las diferencias sociales y económicas. Luego, como segunda causa mediata, analizaremos cómo el discurso populista punitivo cobró un rol protagónico (...) y fue determinante en el aumento de los índices de encarcelamiento a niveles sin precedentes en nuestra historia nacional. Estas dos causas o grupos de causas mediatas han dado lugar, a las que llamaremos causas inmediatas que son las leyes penales sustantivas y procesal-penales que favorecen el encarcelamiento (2018, pág. 158).

Es así como en la primera variable, o causa mediata, se analizó el régimen económico neoliberal imperante en Colombia desde la década del noventa que inició con el gobierno de Cesar Gaviria, pero que se ha mantenido e intensificado, con todos los gobiernos que lo sustituyeron.

Es necesario reiterar que en Colombia nunca ha existido un Estado de bienestar como tal, por lo tanto, tampoco se vivió su respectivo desmonte, como en el resto de los países desarrollados, en cambio sí fue notorio cómo el régimen económico neoliberal se instauró con fuerza acabando con el poco Estado social que había, abriendo camino a la implementación de un Estado Penal, en todo su esplendor.

De la mano del neoliberalismo se inició un proceso de reconfiguración del poder de castigar en el país, promoviendo el uso masivo e indiscriminado de la prisión, ya no en busca de la resocialización, sino con una clara mirada incapacitadora. Viéndose de esta manera afectada la estructura penal, al tratar de “realizar las promesas garantistas del Estado social de derecho, justo en momentos donde soplan vientos favorables al Estado penal” (BERNAL & REED, 2006, pág. 4).

De esta manera, la primera variable o causa mediata, queda demostrada, ya que, sí existe un régimen económico neoliberal, así este no provenga del desmonte del Estado de bienestar, y sí ha habido una reconfiguración del poder de castigar, así esta no provenga de las crisis del ideal de resocialización.

La segunda variable, o causa mediata, hace referencia al auge del populismo punitivo. Si bien es evidente la marcada tendencia al endurecimiento punitivo en Colombia, no es apropiado hacer referencia — en sentido estricto— al populismo punitivo como tal, ya que como se sabe, en este fenómeno el incremento punitivo es el resultado de una cultura del control que presupone un cambio impulsado desde la misma sociedad, y no es el resultado de las ideas de los gobernantes, tal y como sucede en Colombia. En este sentido, las reformas legales que promueven un endurecimiento punitivo en Colombia surgen en su mayoría, de propuestas de los mismos legisladores, y no del clamor de la sociedad. Por lo que se podría afirmar que se trata de un populismo “desde arriba”, donde son los políticos quienes promueven el incremento punitivo, buscando acogida y réditos electorales en la sociedad.

De esta manera se puede afirmar que la segunda variable, referente al populismo punitivo, también se cumple, pero de otra manera, ya que el incremento punitivo no es resultado de una cultura del control de la misma sociedad, sino de los legisladores, o lo que es lo mismo, existe un populismo “desde arriba.”

Con respecto a la tercera variable, o causa mediata, que hace referencia al incremento punitivo por parte de las reformas penales y de procedimiento penal, se puede afirmar que se cumple a cabalidad, ya que dichas reformas se han encargado de endurecer el sistema penal y de restringir o eliminar los beneficios penitenciarios, haciendo que los presos paguen condenas más duras y por un periodo mayor de tiempo.

Después de analizar el contexto penitenciario colombiano a través de estas tres variables, lo que se evidencia es que no solo hay un mayor encarcelamiento como lo sostiene Hernández, sino que hay una clara tendencia al encarcelamiento masivo, pese a que el factor de la discriminación —no sea racial—, como ocurre claramente en otros contextos

como Estados Unidos o Brasil, la discriminación en este caso, como seguramente ocurre en otros países latinoamericanos, hace referencia a una discriminación de clase, y recae sobre la pobreza y la exclusión social.

Ante un panorama de encarcelamiento masivo, que de por sí tiende a la deshumanización de la prisión y a la violación masiva de derechos humanos, más aún en un contexto tan precario como el colombiano, cobran fuerza las propuestas de políticas des-carcelación comprometidas con el respeto de la legalidad constitucional e internacional, que busquen primero: “Estrategias de contención de nuevos ingresos, luego estrategias de reducción, para finalmente acercarse seriamente al paradigma de la abolición y superación de la pena carcelaria, o al menos de su rol como pena principal” (RIVERA, 2017, pág. 75).



## **CAPÍTULO V**

### **OBLIGACIONES DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LA TORTURA AL INTERIOR DE LAS PRISIONES**

La Carta de Naciones Unidas, podría ser considerada como el primer hito normativo en materia de derechos humanos, aunque ya existían ciertos antecedentes como la Declaración de Derechos internacionales del Hombre de 1929.

Buscando poner fin al largo periodo de violencia vivido durante la primera mitad del siglo XX, representantes de 50 estados de todo el mundo firmaron en 1945 la Carta de las Naciones Unidas, documento fundacional de la comunidad internacional que hoy conocemos como Naciones Unidas. En el Preámbulo de La Carta<sup>55</sup>, se manifiesta:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la

---

<sup>55</sup> Documento disponible en: [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/Carta\\_NU.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf)

adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todas los pueblos, hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios.

El terror y la barbarie desplegados durante el siglo XX hicieron necesaria la creación de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos cimentado en estándares de prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Si bien, la normativa internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario prohíben la tortura en cualquiera de sus manifestaciones, en la actualidad, sigue muy vigente.

La notable discordancia que existe entre la prohibición absoluta de la tortura y su prevalencia en el mundo de hoy demuestra la necesidad de que los Estados identifiquen y pongan en práctica medidas eficaces para proteger a las personas contra la tortura y los malos tratos (Protocolo de Estambul, 2004).

Para asegurar la adecuada protección de todas las personas contra la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, durante muchos años el Sistema Universal de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, han procurado elaborar normas universalmente aplicables. Los convenios, declaraciones y resoluciones afirman claramente que no puede haber excepciones a la prohibición de la tortura y establecen distintas obligaciones para garantizar la protección contra tales abusos.

En este apartado se describirá el conjunto normativo y los protocolos de protección de derechos humanos, creados para prevenir y sancionar la tortura y los malos tratos al interior de las prisiones. Y se analizarán las obligaciones contraídas por el Estado colombiano frente a las personas privadas de libertad.

Finalmente, se hará uso del *Soft Law* para recoger todas las recomendaciones internacionales que han hecho los diferentes órganos de protección de derechos humanos, que, si bien no son vinculantes para el Estado, logran reflejar la abrumante realidad del sistema carcelario colombiano.

Si bien el abanico de derechos que afecta a las personas privadas de la libertad es muy amplio, ya que solo la libertad de locomoción puede ser restringida con la pena de prisión, pues los demás derechos, si bien se pueden ver limitados por las mismas condiciones del encarcelamiento —se deben respetar y garantizar— como por ejemplo, las libertades políticas, las garantías procesales, la libertad de expresión, la libertad de culto o religión, y muy especialmente, el derecho a la vida, a la salud y la integridad personal.

El derecho a la integridad personal durante la privación de libertad cobra especial importancia porque afecta directamente la dignidad humana, y su desconocimiento puede fácilmente constituirse en tratos crueles, degradantes e inhumanos, incluso en torturas. Por lo tanto, para la elaboración de este marco jurídico se describirán los postulados del derecho a no ser sometido a torturas, tratos crueles, degradantes e inhumanos tanto en el sistema universal e interamericano de protección de derechos humanos, como en la Constitución Política de Colombia y su legislación interna.

## I. SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

### 1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS<sup>56</sup>

La relación entre el holocausto vivido en la segunda guerra mundial y la adopción de una Declaración de Derechos Humanos quedó plasmada en su preámbulo, en los siguientes términos:

El desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, por ello se puede afirmar que a partir de ahora la comunidad internacional es plenamente consciente de que si quiere que tales hechos no se repitan en la historia de la humanidad se debe volcar en la promoción, el estímulo y la protección efectiva de los derechos humanos de todas las personas (DUDH, 1948).

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue el primer instrumento internacional en donde se manifestó expresamente la prohibición de la tortura en los siguientes términos:

Art. 5: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Existe una discusión sobre la obligatoriedad de los postulados desarrollados en la Declaración, entre quienes consideran que se queda en el plano de los valores y lo programático, y quienes le reconocen auténticas obligaciones jurídicas. Siguiendo a POSADA, se reconoce la fuerza obligatoria de la Declaración, en la medida que es desarrollada por los Pactos de 1966 (2009, pág. 35), refiriéndose a el Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>57</sup> y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los cuales fueron redactados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y revestidos de obligaciones concretas para los Estados que se adhirieron.

---

<sup>56</sup> Documento disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

<sup>57</sup> Documento disponible en: <http://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Para la delimitación que se pretende hacer en este apartado, nos referiremos únicamente al segundo, pues es el que desarrolla el derecho fundamental que estamos delimitando.

## **2. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS<sup>58</sup>**

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado en el año 1966 por Resolución 2200 A (XXI) y entra en vigor el 23 de marzo de 1976. Este cuerpo normativo establece en su preámbulo que: Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana (...) (PIDCP, 1966).

Por su parte, en materia específica sobre tortura, establece que:

Art. 7: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes

El Estado colombiano firma este Pacto el 21 diciembre 1966 y lo ratifica el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968, no obstante, entró en vigor de acuerdo con las disposiciones del instrumento el 23 de marzo de 1976.

### **2.1. CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS<sup>59</sup>**

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su art. 28 establece la creación del Comité de Derechos Humanos, cuya función principal es vigilar la correcta aplicación del Pacto por parte de los estados que lo conforman. El Comité se compone de 18 expertos independientes que han

---

<sup>58</sup> Documento disponible en: <http://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

<sup>59</sup> Para mayor información sobre su procedimiento, ver: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/>

de ser personas de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos.

Los Estados que integran el Pacto deben presentar cada cinco años informes sobre las disposiciones que hayan adoptado para dar cumplimiento a los derechos reconocidos en el Pacto. El Comité de Derechos Humanos estudia los informes dialogando con representantes del Estado Parte cuyo informe se examina. A continuación, el Comité resume sus principales motivos de preocupación y formula sugerencias y recomendaciones.

El Comité prepara además unas observaciones generales en las que interpreta artículos concretos del Pacto para orientar a los Estados Parte en sus informes, así como en la aplicación de las disposiciones del Pacto.

De esta manera, el Comité se dispuso a interpretar el art. 7 del Pacto, afirmando que no basta con prohibir la tortura o tipificarla como un delito, los estados deben garantizar una protección eficaz mediante algún mecanismo de control, para que las denuncias de malos tratos sean investigadas eficazmente por las autoridades competentes.

De aquí en adelante surgen una serie de instrumentos internacionales, de los cuales se mencionarán sólo los que se relacionan específicamente con la privación de libertad y las condiciones de detención.

### **3. REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS Y LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA**

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos y la prevención de la delincuencia<sup>60</sup> fueron adoptadas en el Primer Congreso de las

---

<sup>60</sup>

Documento disponible en:  
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx> .

Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, se convierten así, en la primera normativa internacional referida a los regímenes de privación de libertad, con la intención de fijar las condiciones mínimas que deben revestir la reclusión institucional.

Las Reglas consisten en un conjunto de 94 recomendaciones detalladas que hacen referencia a la administración de los establecimientos, alimentación, servicios médicos, disciplina y sanciones, contacto con el mundo exterior, etc.

En diciembre de 2015, la Asamblea General en su resolución A/RES/70/175 decidió revisar y actualizar las Reglas Mínimas, las cuales pasaron a denominarse "Reglas Nelson Mandela"<sup>61</sup> en homenaje al legado del difunto presidente de Sudáfrica, quien estuvo 27 años en prisión. Se establece, además, el 18 de julio como el Día Internacional de Nelson Mandela, buscando de esta manera promover las condiciones de encarcelamiento digno.

Pese a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, las "Reglas Nelson Mandela" buscan delimitar ciertas condiciones 'mínimas' admitidas por las Naciones Unidas para la organización de los centros penitenciarios y el tratamiento de los reclusos.

El objetivo no es describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios

---

<sup>61</sup> Documento disponible en: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-S-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf)

y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos.

Según el Informe de la RELAPT (2016), es importante destacar que las áreas temáticas revisadas por estas Reglas guardan estrecha relación con la prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, especialmente en lo que concierne a los puntos siguientes, veamos:

Se establece como principio básico el respeto a la dignidad y el valor inherente de las personas privadas de libertad como seres humanos y se incluye a texto expreso que “ningún recluso (a) será sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes” (Regla 1).

Se consagra el principio de no discriminación y la particular protección y atención a las necesidades especiales de los grupos vulnerables privados de libertad (Regla 2.2), quienes por cierto están más expuestos a la tortura.

En relación al sistema de gestión de expedientes se establece que debe registrarse al momento del ingreso y durante el encarcelamiento, toda lesión, queja o denuncia de tortura o malos tratos, así como toda información en relación a las circunstancias y causas de lesiones o fallecimiento (Reglas 7 y 8).

En el examen médico inicial -que debe realizarse a toda PPL- se deberá detectar los posibles malos tratos sufridos antes del ingreso a prisión (Regla 30b). Si el personal médico detectara algún indicio de tortura o malos tratos, deberá documentarlo y denunciarlo ante la autoridad médica, administrativa o judicial competente (Regla 34).

En cuanto a los profesionales de la salud, se establece “La prohibición absoluta de participar, activa o pasivamente en actos que puedan constituir tortura u otros tratos crueles o degradantes (Regla 32).

Así mismo se establece que el personal sanitario no desempeñará ningún papel en la imposición de las sanciones disciplinarias, pero prestará particular atención a la salud de toda PPL sometida a régimen de separación forzosa (Regla 46). Las restricciones o sanciones disciplinarias no podrán en ninguna circunstancia equivaler a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Se prohíbe el aislamiento indefinido, el aislamiento prolongado, el encierro en celda oscura o permanentemente iluminada, penas corporales o reducción de alimentos o agua potable pérdida de contacto familiar y los castigos colectivos, así como también la utilización de métodos de coerción física como sanción por faltas disciplinarias (Regla 43). Por aislamiento se entiende el aislamiento durante un mínimo de 22 horas diarias sin contacto humano, y por aislamiento prolongado cuando el mismo se extienda un periodo superior a 15 días. (Regla 44).

El aislamiento solo se aplicará en casos excepcionales, como último recurso, durante el menor tiempo posible y sujeto a revisión independiente, y no se impondrá en virtud de la condena, ni a personas con discapacidad física o mental que pudiera agravarse bajo dicho régimen, ni a mujeres embarazadas o madres, ni a niños/as (Regla 45).

En lo que refiere a instrumentos de coerción física se establece la prohibición de empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor. Se establece en qué casos se pueden utilizar otros instrumentos de coerción física (Regla 47) y que principios deben aplicarse (Regla 48).

En materia de registro de PPL y celdas se establece que éstos deberán realizarse de acuerdo con las obligaciones derivadas del derecho internacional, respetando la dignidad e intimidad de las personas y de conformidad a los principios de proporcionalidad, legalidad y necesidad.

Los registros invasivos solo se efectuarán cuando sean absolutamente necesarios y por personal médico (que no sean los responsables de la atención) o personal debidamente entrenado por profesionales médicos. (Reglas 50 a 52). En cuanto a registros de visitantes deberán respetarse los principios de dignidad e intimidad y se evitarán los registros de orificios corporales y no se emplearán con niños (Regla 60).

Se prevé la obligatoriedad de investigar (de forma rápida e imparcial) todas las denuncias de tortura, malos tratos y muertes de PPL y de adoptar medidas inmediatas para ninguna persona que pudiera estar involucrada participe en la investigación o mantenga contacto con los testigos, víctima o familiares. (Regla 57.3 y 71).

Se establece la más amplia consagración del derecho a representación letrada a todas las PPL y en todas las materias (incluyendo sanciones disciplinarias). (Reglas 41, 54-55, 58-61, 119-120).

Se consagra un sistema dual de monitoreo mediante inspecciones independientes, tanto externas como internas, brindando a los inspectores, las facultades necesarias para el desempeño de sus funciones, en línea con las disposiciones del OPCAT. (Reglas 83 y 84).

En lo que refiere a la capacitación del personal, se prevé la incorporación en los currículos temas tales como el respeto a la dignidad humana y la prohibición de la tortura, la seguridad dinámica, empleo de la fuerza, uso de instrumentos de coerción física y técnicas preventivas como la negociación y mediación (Regla 76).

#### **4. CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN<sup>62</sup>**

Este Conjunto de Principios fue adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Y tienen por objetivo la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Para los fines del Conjunto de Principios, se entenderá:

a) Por "arresto" se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad; b) Por "persona detenida" se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito; c) Por "persona presa" se entiende toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito; d) Por "detención" se entiende la condición de las personas detenidas tal como se define supra; e) Por "prisión" se entiende la condición de las personas presas tal como se define supra; f) Por "un juez u otra autoridad" se entiende una autoridad judicial u otra autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia (CPPSPD, 1988).

En el Principio 6 se establece que "ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Y complementariamente, en el Principio 33 se afirma que "La persona detenida o presa o su abogado tendrá derecho a presentar a las autoridades encargadas de la administración del lugar de detención y a las autoridades superiores y, de ser necesario, a las autoridades competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas una petición o un recurso por el trato de que

<sup>62</sup>

Documento disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/DetentionOrImprisonment.aspx>

haya sido objeto, en particular en caso de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

#### **5. CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES<sup>63</sup>**

La Convención Contra la Tortura tiene como antecedentes el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, además de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975.

La Convención fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, y entró en vigor el 26 de junio de 1987. Por su parte, el Estado colombiano firma la Convención el 10 de abril de 1985 y la ratifica el 8 de diciembre de 1987 y fue aprobado mediante la Ley 70 de 1968.

Para los efectos de la Convención, se entenderá por tortura:

Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia

---

<sup>63</sup> Documento disponible en: <http://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>

únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas (CCTTPCID, 1975).

Se establece además que en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. Y que la obediencia debida no puede ser entendida como causal de justificación de la tortura.

### **5.1. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS FRENTE A LA TORTURA**

En esta Convención se establecen disposiciones de carácter obligatorio para los Estados Parte. Ordenando que los mismos deben adoptar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo el territorio que esté bajo su jurisdicción. Veamos:

Prohibición de expulsión, devolución o extradición de una persona a un Estado cuando se sospeche que pueda ser sometida a tortura (art. 3); Obligación de tipificar en las legislaciones nacionales, tanto el delito de tortura como las diversas formas de participación (complicidad) o ejecución (tentativa), con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad (art. 4); Obligación, entre los Estados, de prestarse mutuo auxilio (art. 9) para agilizar los procedimientos de extradición (art. 8); Obligación de velar por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión; Obligación de examinar y revisar, periódicamente, las normas, instrucciones y métodos de interrogatorio y disposiciones relativas a la custodia y tratamiento de personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión (art. 11); Obligación de garantizar los derechos

de queja y recurso de quienes se consideren víctimas de torturas (art. 13), con las garantías suficientes de que no sean maltratados o intimidados (lo cual se hace extensivo a los testigos); Obligación de reconocer el derecho a una reparación e indemnización a las víctimas de torturas (art. 14).

## **5.2. CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ CONTRA LA TORTURA**

El Comité contra la Tortura supervisa el cumplimiento de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Está compuesto por diez expertos elegidos por su "gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos".

De conformidad con el artículo 19 de la Convención contra la Tortura, los Estados Parte deben presentar al Comité, por conducto del Secretario General, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos contraídos en virtud de la Convención. El Comité examina en qué medida las disposiciones de la Convención se han incorporado a la legislación nacional y como esto funciona en la práctica. El Comité examina cada informe y puede formular comentarios y recomendaciones generales, e incluir esta información en su informe anual a los Estados Parte y a la Asamblea General.

De acuerdo con el artículo 20 de la Convención contra la Tortura, es también misión del Comité, investigar los datos fiables acerca de la práctica sistemática de la tortura en el territorio de un Estado Parte. Los resultados de la investigación pueden ser publicados en el informe anual que el Comité presenta a los Estados Parte y a la Asamblea General de Naciones Unidas, previa consulta al Estado interesado.

### **5.3. PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES<sup>64</sup> (OPCAT).**

Este Protocolo ha sido adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2002, bajo Resolución A/RES/57/199, entrando en vigor el 22 de junio de 2006. Hasta la fecha, son 76 los Estados que forman parte de él.

El Protocolo es un instrumento operacional para prevenir la tortura y malos tratos, a través de un sistema de visitas regulares a espacios de detención, efectuadas por mecanismos de expertos independientes a nivel nacional e internacional que actuarán de manera complementaria. Al ratificar o adherirse al Protocolo, los Estados Parte aceptan que estos entes efectúen, sin previo aviso, visitas a cualquier lugar de detención. Las novedades más significativas del diseño e implementación del Protocolo residen en el establecimiento de dos mecanismos:

#### ***SUBCOMITÉ INTERNACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA (SPT):***

Órgano de monitoreo internacional, constituido por un equipo multidisciplinario de 25 expertos y expertas independientes de todas las regiones del mundo, que deberá realizar visitas regulares a lugares de detención en todos los Estados Parte –con libre acceso a todos los lugares de detención,<sup>65</sup> a sus instalaciones y a toda información que consideren relevante- y, en consecuencia, hacer recomendaciones a las autoridades para una efectiva prevención y erradicación de la tortura y otras formas de malos tratos. Las visitas pueden ser generales, de seguimiento, de

---

<sup>64</sup> Documento disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCAT.aspx>

<sup>65</sup> Por “espacios de privación de libertad” se refieren a estaciones policiales, prisiones (militares y civiles), centros de prisión preventiva, centro de detención de extranjeros, instituciones psiquiátricas y de asistencia social y otros lugares donde en cada Estado conformen espacios de privación de libertad. Para mayor información sobre el SPT, consultar: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/OPCAT/Pages/OPCATIntro.aspx>

consulta y asesoramiento sobre el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (OPCAT) y/o de recomendación y asesoramiento sobre los Mecanismos Nacionales de Prevención de Tortura (MNPT).

Las mismas son incorporadas al informe que el SPT presenta al Estado Parte, tras cada visita y el cual puede ser público si el Estado así lo quiere. Además de la labor de monitoreo, el SPT tiene el mandato de asesorar en la aplicación del OPCAT, principalmente en lo que concierne a la promoción, implementación y puesta en funcionamiento de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura.

Desde que se implementó el SPT en 2007, en el contexto de América Latina, se han realizado las siguientes visitas generales: México (2008), Paraguay (2009), Honduras (2009), Bolivia (2010), Brasil (2011 y 2015), Argentina (2012), Perú (2013), Nicaragua (2014). Se realizó una segunda visita –de seguimiento- a Paraguay en el año 2010 (y es hasta el momento la única visita de seguimiento realizada). Además, realizaron visitas de asesoramiento técnico<sup>66</sup> a los MNPT de Honduras (2012) y Ecuador (2014).

#### ***MECANISMOS NACIONALES DE PREVENCIÓN DE TORTURA (MNPT):***

Una vez entrado en vigor el Protocolo, y al año de haber ratificado o adherido el mismo, los Estados Parte deben crear o designar uno o varios mecanismos nacionales como órganos de monitoreo facultados para realizar visitas a lugares de detención en el territorio nacional (art. 17). Los Estados Parte deben asegurar que estos entes nacionales funcionen con efectiva y real independencia, sin interferencia alguna de las autoridades estatales.

---

<sup>66</sup> Este es un nuevo tipo de visita que el SPT inició en 2012 como fortalecimiento a su mandato de apoyo a los Mecanismos Nacionales de Prevención de Tortura.

La profunda importancia de estos dos nuevos instrumentos en la lucha contra la tortura radica en la capacidad y fortaleza de las actividades de monitoreo. Tanto el organismo internacional como los nacionales deberán llevar a cabo visitas regulares a cualquier lugar de privación de libertad y podrán entrevistarse en privado con cualquier persona allí detenida.

Es necesario mencionar en este punto, que el Estado colombiano, si bien ha ratificado la Convención contra la Tortura, a la fecha, no ha firmado el Protocolo facultativo de la Convención, argumentando que ya cuenta con los instrumentos y mecanismos nacionales para prevenir la tortura.

## **6. PROTOCOLO DE ESTAMBUL<sup>67</sup>**

El Protocolo fue adoptado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el año 2001, es entendido como un medio fundamental en la protección de los individuos contra la tortura, brindando directrices y pautas mínimas para examinar a personas que hayan sido víctimas de tortura. Se trata de un instrumento para la investigación y documentación eficaz de la tortura elaborado por un grupo de expertos internacionales en derecho, salud y derechos humanos.

En la parte introductoria de este Protocolo se afirma que uno de los principales objetivos es contribuir a que los estados utilicen la documentación eficaz, como uno de los medios fundamentales para la protección de los individuos contra la tortura.

Los métodos de documentación que figuran en este manual son también aplicables en otros contextos como, por ejemplo, las investigaciones y la vigilancia de los derechos humanos, las evaluaciones

---

<sup>67</sup> Documento disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf>

para conceder asilo político, la defensa de las personas que "han confesado" delitos durante la tortura y la evaluación de las necesidades de atención de las víctimas de la tortura. Respecto de los casos de profesionales de la salud que han sido obligados a descuidar, interpretar incorrectamente o falsificar las pruebas de tortura, este manual ofrece además un punto de referencia internacional tanto para los profesionales de la salud como para los encargados de hacer justicia.

La utilización de este Protocolo se sustenta sobre las falencias en la investigación judicial de la tortura; los medios de prueba de la tortura - con especial atención al examen médico de la tortura- y sobre los mecanismos de denuncia en el ámbito internacional y nacional.

## **7. EL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA CUESTIÓN DE LA TORTURA<sup>68</sup>.**

Aparte de las convenciones y protocolos ya mencionados, es necesario resaltar en la lucha de prevención de la tortura, la figura del Relator Especial en materia de tortura, a quien se puede dirigir sin haber agotado previamente los recursos jurídicos internos de un país.

Entre sus facultades se destacan la de visitar al país, entrevistarse con autoridades y denunciantes y realizar Informes posteriores a la visita. Su cometido se despliega en la ejecución de las siguientes actividades, veamos:<sup>69</sup>

Buscar, recibir y examinar información procedente de gobiernos, organizaciones intergubernamentales y de la sociedad civil, personas y grupos de personas, en relación con cuestiones y presuntos casos que guarden relación con la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y adoptar las medidas consiguientes; Realizar visitas a los

---

<sup>68</sup> La figura del Relator había sido creada por la antigua Comisión de Derechos Humanos por Resolución 1985/33.

<sup>69</sup> Resolución 16/23 del Consejo de Derechos Humanos. En "Informe del Consejo de Derechos Humanos". Asamblea General. Documentos Oficiales, Sexagésimo sexto período de sesiones. Suplemento N°53 /A/66/53)

países con el consentimiento de los gobiernos o por invitación de estos; Estudiar de manera exhaustiva las tendencias, la evolución y los retos de la lucha y la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y formular recomendaciones y observaciones sobre medidas adecuadas para prevenir y erradicar dichas prácticas; Identificar, intercambiar y promover las prácticas óptimas en lo relativo a las medidas para prevenir, castigar y erradicar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Incorporar una perspectiva de género en toda la labor de su mandato; Continuar cooperando con el Comité contra la Tortura, el Subcomité para la Prevención de la Tortura y los mecanismos y órganos pertinentes de las Naciones Unidas, así como, si corresponde, con organizaciones y mecanismos regionales, instituciones nacionales de derechos humanos, mecanismos de prevención nacionales y la sociedad civil, comprendidas las organizaciones no gubernamentales; Informar al Consejo de Derechos Humanos sobre todas sus actividades, observaciones, conclusiones y recomendaciones de acuerdo con su programa de trabajo, y a la Asamblea General con carácter anual, sobre las tendencias y la evolución globales en relación con su mandato a fin de conseguir el máximo beneficio del proceso de presentación de informes.

#### **8. OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE SE RELACIONAN CON LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD**

Además de los tratados internacionales citados hasta el momento, que hacen referencia expresamente al derecho a no sufrir torturas o tratos crueles, degradantes e inhumanos en contextos de privación de libertad, existen una serie de instrumentos internacionales que han desarrollado algunos derechos humanos que guardan estrecha relación con el mundo penitenciario, y los derechos humanos de quienes se encuentran privados de libertad.

Siguiendo a (POSADA, 2009, pág. 60) se citaran, de manera simplemente enunciativa y de acuerdo con sus fechas de adopción, algunos de ellos: la Convención sobre la Esclavitud, adoptada el 25 de septiembre de 1926 (en vigencia el 9 de marzo de 1927); la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948 (en vigencia el 12 de enero de 1951); la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, adoptada el 20 de diciembre de 1952 (en vigencia el 7 de julio de 1,954); el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud, adoptada el 23 de octubre de 1953 (en vigencia el 7 de diciembre de 1953); la Convención suplementaria sobre la abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la Esclavitud, adoptada el 30 de abril de 1956 (en vigencia el 30 de abril de 1957); el Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso o Convenio 29 de la OIT adoptado el 28 de junio de 1957 (en vigencia el 17 de enero 1959); el Convenio relativo a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, adoptado el 14 de diciembre de 1960 (en vigencia el de 1962); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965 (en vigencia el 4 de enero de 1969); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre 1979 (en vigencia el 3 de septiembre de 1981); y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a Abolir la pena de muerte, adoptado el 15 de diciembre de 1989 (en vigencia el 11 de julio de 1991) entre otros.

## **II. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos tiene su génesis en el marco político regional que dio lugar a la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA), durante la Novena

Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948. El marco internacional en el que surge la OEA es el mismo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en tanto suceden en el mismo año.

En el contexto social y político de Colombia, en el que se celebró la Novena Conferencia Internacional Americana, merece especial atención lo que se denominó como el 'Bogotazo', nombre con el cual se conoce al periodo de gran inestabilidad política inmediatamente siguiente al homicidio de Jorge Eliécer Gaitán<sup>70</sup> el 9 de abril de 1948, los disturbios iniciados tras su asesinato, terminaron con la muerte de mil quinientas personas y veinte mil más heridas. Uno de los objetivos de aquellos disturbios, además de exaltar una posición política de izquierdas, fue sabotear la IX Conferencia que se percibía como un afianzamiento de las políticas estadounidenses en todo el continente americano. Sin embargo, el proceso de elaboración de la Carta continuó hasta llegar a su firma el 30 de abril de 1948. (POSADA, 2009).

Es importante mencionar que el sistema interamericano se compone de dos órganos de protección de derechos humanos, un órgano cuasi judicial y otro de carácter judicial. Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen como principal objetivo, crear una mayor eficacia jurídica del Sistema interamericano de Derechos Humanos.

El mandato de la Comisión Interamericana surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y su actuación se desarrolla en representación de todos los países miembros de la OEA. Tiene un rol cuasi judicial ya que en principio sólo se acude a ella una vez agotados los recursos eficaces y expeditos internos de los

---

<sup>70</sup> Líder político del Partido Liberal, que encabezaba la oposición al régimen conservador de la época.

que se disponga en el ordenamiento del Estado implicado y además es necesario agotar su procedimiento para que el caso pueda ser enviado a la Corte Interamericana si la Comisión lo estima conveniente.

Según POSADA, “Las funciones y competencia de la Comisión Interamericana son las más amplias que pueda tener un órgano de promoción y protección de derechos humanos, especialmente porque puede vigilar y promover los derechos desde todas las ópticas posibles y no sólo desde la tramitación de casos (2009, pág. 164) Por ejemplo, puede realizar investigaciones sobre violaciones flagrantes y sistemáticas, hacer recomendaciones a los Estados Americanos sobre políticas públicas en distintos temas sobre derechos humanos (sea por ausencia de políticas o por falta de idoneidad de las existentes), promover reformas legislativas para adecuar la legislación interna a los instrumentos interamericanos, emitir informes anuales y específicos, servir de órgano consultor de la OEA en materia de derechos humanos, educar en la materia, redactar y dar seguimiento de proyectos de declaraciones y tratados sobre derechos humanos, etc.

Para que un caso llegue a la Corte Interamericana, necesariamente debe pasar antes por la Comisión, y agotar cinco etapas: admisibilidad; investigación de los hechos a partir de información que le presenten las partes; solución amistosa, en caso de que proceda; emisión del informe provisional del art. 50 y envío del caso a la Corte. En caso de que la Comisión decidiera no enviar el caso a la Corte, la etapa final sería la emisión y publicación del informe definitivo del art. 51, el cual puede ser publicado.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>71</sup> es una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos

---

<sup>71</sup> Información tomada de la página oficial. Para mayor información ver: <http://www.corteidh.or.cr/>

Humanos. Está compuesta por siete jueces de la nacionalidad de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal por mayoría absoluta de votos de los Estados Parte en la Convención Americana, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

A diferencia de la Comisión donde las partes son los peticionarios (personas o grupos de personas sean o no víctimas o familiares de estas) y el Estado o Estados los demandados, en la Corte las partes son constituidas por la Comisión Interamericana y los Estados demandados. Sin embargo, con la entrada en vigor del nuevo Reglamento de la Corte, actualmente se permite que, una vez admitida la demanda ante la Corte, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes tengan capacidad de actuar ante ese Tribunal.

La Corte tiene la potestad para pronunciarse en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, tomando las medidas provisionales que considere pertinentes. Estas han revelado ser un instrumento de gran importancia en la protección de eventual material probatorio ante la Corte y de la vida e integridad personal de testigos en los procesos que ante esta se desarrollan.

En las líneas siguientes, se expondrán los principales instrumentos normativos de prevención y sanción de la tortura que integran al sistema interamericano de derechos humanos.

### **1. DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE<sup>72</sup>**

La Declaración ha sido llamada la "Carta Magna del sistema interamericano". Esta declaración fue aprobada el 30 de abril de 1948, por resolución de la Novena Conferencia Internacional Americana. Fue

---

<sup>72</sup> Documento disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

concebida como un instrumento no vinculante. Surgió como un manifiesto político, pero se afirma que ciertos cambios en la situación jurídica interamericana le han dado también un poder normativo (Díaz, 2016).

Se trata de un instrumento normativo regional pionero en materia de derechos humanos bajo el que se estableció por primera vez, el derecho a no sufrir torturas. Mas adelante, a nivel normativo se consagraría su expresa prohibición.

Art. XXVI: (...) Toda persona acusada de delito tiene derecho a (...) que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas (DADDH, 1948).

## **2. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS<sup>73</sup>**

Consiste en el principal instrumento normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El llamado “Pacto de San José” fue adoptado el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor en el año 1978, cuando se hizo el depósito del undécimo instrumento de ratificación. Por su parte, Colombia lo firma el 22 de noviembre de 1969, y lo ratifica el 28 de mayo de 1973.

La Convención contiene un catálogo de derechos civiles y políticos, y sus órganos de control son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En la Convención, se reconoce el derecho a la integridad personal estableciendo que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, consagrando que:

Art. 5.2: Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona

---

<sup>73</sup> Documento disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (CADH, 1969).

Este artículo cobra especial importancia en el ámbito interamericano, ya que hace específicamente alusión a un derecho que ha de aplicarse al colectivo de las personas privadas de la libertad, suponiendo “un compromiso del sistema normativo interamericano por el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en tanto establece para ellos de manera específica el derecho a un tratamiento humano, lo que para el caso concreto no sería otra cosa que el respeto por todos los derechos consagrados para la humanidad en general en igualdad de condiciones o si se quiere con especial recelo en atención a su situación” (POSADA, 2009, pág. 151).

### **3. CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA<sup>74</sup>**

El 9 de diciembre de 1985 la Asamblea General de la OEA promulgó en Cartagena de Indias, Colombia el primer tratado temático regional de lucha contra la tortura. Por medio de este tratado se obliga a los estados a prevenir y sancionar la tortura, definiéndola como:

Todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica (CIPST, 1985).

En el art. 3 se establece que serán responsables del delito de tortura los empleados o funcionarios públicos, que en ejercicio de sus funciones ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan. Además, aquellas personas que, a instigación de los primeros, ordenen, instiguen o induzcan

---

<sup>74</sup> Documento disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>

a la comisión del delito, o lo cometan directamente, o bien sean cómplices. En tal caso, el cumplimiento de órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal, ni puede invocarse como causa justificadora la peligrosidad del detenido o penado, o la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario (arts. 4 y 5).

Para la concreción de la prohibición y en aras a evitar la impunidad, los Estados Parte deberán establecer sanciones severas por los actos o intentos de cometer tortura, y adoptar medidas efectivas para prevenirla y sancionarla (art. 6). Por otra parte, los Estados se comprometen a garantizar que, en el entrenamiento de los funcionarios públicos responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad, provisional o definitivamente, se enfatice la prohibición del empleo de la tortura (art. 7).

Si existe una denuncia por tortura, la jurisdicción del Estado Parte deberá garantizar el examen imparcial del caso, procediendo de oficio e iniciando una investigación y, si corresponde, deberá vincular un proceso penal; pudiendo ser el caso sometido a instancias internacionales (art. 8). En cualquier caso, se debe incorporar en la legislación normas para garantizar la reparación de los daños sufridos por las víctimas (art. 9). Además, toda prueba o declaración obtenida mediante tortura deberá ser excluida del proceso, salvo como prueba de cargo en contra del victimario (art. 10). Se concederá la extradición de toda persona acusada de haber cometido el delito de tortura o condenada por la comisión de ese delito (art. 11), de lo contrario el Estado establecerá su jurisdicción sobre el hecho (art. 12). No se concederá la extradición cuando haya presunción fundada que corra peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente (art. 13).

Finalmente, se establece que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos procurará analizar, en su informe anual, la situación que prevalezca en los Estados con respecto a la prevención y supresión de la tortura (art. 17).

#### **4. PRINCIPIOS Y BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS AMÉRICAS<sup>75</sup>**

Frente a la crítica situación de los espacios de privación de libertad de América Latina y con el objetivo de promover el efectivo compromiso de los Estados por el respeto y garantía de sus derechos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas privadas de libertad, dispuso unos principios generales cuya base es que toda persona privada de libertad será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales. Se les protegerá contra todo tipo de actos de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona (principio I).

Para garantizar este principio, toda persona privada de libertad, por sí o por medio de terceros, tendrá derecho a interponer un recurso sencillo, rápido y eficaz, ante autoridades competentes, independientes e imparciales, contra actos u omisiones que violen o amenacen violar sus derechos humanos, particularmente por actos de tortura, violencia carcelaria, castigos corporales, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Igualmente se establece que las declaraciones obtenidas mediante tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes no deberán ser admitidas como medios de prueba en un proceso (principio V). Se

---

<sup>75</sup> Documento disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

reconoce, por otra parte, que las personas privadas de la libertad tendrán derecho a que se le practique un examen médico o psicológico, imparcial y confidencial, para verificar quejas sobre posibles malos tratos o torturas (principio IX).

Se advierte que la separación de las personas privadas de libertad por categorías en ningún caso será utilizada para justificar la discriminación, la imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (principio XIX). Asimismo, se establece que las órdenes de aislamiento serán autorizadas por autoridad competente y estarán sujetas al control judicial, ya que su prolongación y aplicación inadecuada e innecesaria constituiría actos de tortura, o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (principio XXII).

## **5. RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD**

En este punto, al igual que en el sistema universal, se hace necesario resaltar la figura de la Relatoría sobre personas privadas de la libertad. A partir del año 1990, la Comisión Interamericana empezó a crear Relatorías temáticas con el objeto de brindar atención a ciertos grupos, comunidades y pueblos especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y la discriminación histórica de la cual han sido objeto. En el 2004, se creó la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. La misma elabora recomendaciones especializadas en privación de libertad, dirigidas a los Estados miembros de la OEA a fin de avanzar en el respeto y la garantía de los derechos humanos. En cumplimiento de su mandato, la Relatoría debe cumplir las siguientes funciones:

Informarse sobre la situación de todo tipo de personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión en los Estados miembros, por

cualquier fuente fidedigna de información, independientemente de la edad, sexo o condición de encarcelamiento o privación de libertad;

Realizar visitas a los Estados miembros de la Organización con el objeto de recopilar información o solicitarla de las autoridades del Estado respecto de toda persona privada de libertad y sobre sus condiciones carcelarias;

Visitar lugares de detención o centros de privación de libertad de menores de edad, aún sin dar aviso previo a las autoridades carcelarias; entrevistar libre y privadamente a personas detenidas o en prisión y a funcionarios y autoridades carcelarias; entrevistar a los familiares de las personas detenidas, a personas en prisión en calidad de testigos, miembros de organizaciones no gubernamentales, o a cualquier funcionario, autoridad o persona; filmar, grabar, tomar fotografías, recoger documentos o utilizar cualquier otro medio adecuado para informarse sobre la situación de las personas privadas de libertad;

Preparar para la Comisión informes sobre la situación carcelaria en un centro de detención en particular, en un país, o a nivel regional o subregional, con las recomendaciones que considere necesarias a los efectos correspondientes;

Emitir recomendaciones a los Estados miembros sobre las condiciones de detención o encarcelamiento y darle seguimiento al cumplimiento de dichas recomendaciones;

Realizar actividades de promoción y educación en materia de derechos humanos aplicable a las personas privadas de libertad, con énfasis en la protección de los derechos y garantías fundamentales de las personas detenidas y sus familias; sobre los deberes y prohibiciones de las autoridades carcelarias; y sobre las reglas internacionales aplicables al uso de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; promover acciones o llamamientos urgentes a los

Estados en casos de gravedad respecto de personas detenidas, en orden a que se cumplan sus obligaciones internacionales en esta materia;

Promover la adopción de medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole a fin de que se garanticen los derechos de las personas privadas de libertad y de sus familias;

Coordinar acciones de promoción con organizaciones no gubernamentales o con otras instancias de protección internacional;

Coordinar acciones de verificación y seguimiento de las condiciones carcelarias en los Estados miembros con las Defensorías del Pueblo o las instituciones nacionales de derechos humanos;

Realizar cualquier otra acción o gestión que considere necesaria para la protección de las personas privadas de libertad, dentro del mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

#### **6. OTROS INSTRUMENTOS INTERAMERICANOS QUE SE RELACIONAN CON LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD**

En el derecho interamericano emanado de la OEA no se ha proclamado una declaración específica sobre los derechos de las personas privadas de la libertad como sí se ha hecho en el ámbito de la ONU con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Sin embargo, como ya se mencionó, la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad fue plasmada desde la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, y de manera especial, en el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al consagrar que “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” al consagrar que “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

A pesar de no existir aún un desarrollo normativo específico en materia penitenciaria o de las personas privadas de la libertad, existen otros desarrollos normativos que tienen especial importancia para el mundo penitenciario, como son: el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la mencionada Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de las personas.

### **III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH SOBRE EL DERECHO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD A NO SER SOMETIDAS A TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES**

La Convención Interamericana contra la Tortura define la tortura en su art. 2, como todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Y agrega: No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

La Corte ha indicado que la tortura está estrictamente prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, "lucha contra el

terrorismo” y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Por lo tanto, la Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito.

Adicionalmente, la Corte debe tomar en consideración las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal.

Sobre este asunto, la Corte Europea ha señalado recientemente que ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas.

De todo lo anterior puede concluirse que se ha conformado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio de *jus cogens* internacional.

La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Esta restricción de derechos, consecuencia

de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa. Asimismo, el Estado debe asegurar que la manera y el método de ejecución de la medida no someta al detenido a angustias o dificultades que excedan el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias y prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén adecuadamente asegurados.

A continuación, se mencionarán una serie de aspectos que se relacionan estrictamente con el mundo de la privación de libertad, cotejándolos con la jurisprudencia de la Corte IDH intentando de esta manera, conocer que entiende la Corte, por tortura, penas o tratos crueles, degradantes e inhumanos.

#### ***EL USO DE FUERZA CONTRA PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD<sup>76</sup>***

En la Jurisprudencia de la Corte IDH se ha reconocido reiteradamente “la facultad, incluso, la obligación del Estado de garantizar la seguridad y mantener el orden público”. Sin embargo, el poder estatal en esta materia no es ilimitado; es preciso que el Estado actúe “dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana”. Por su parte, la actuación del Estado en materia de seguridad carcelaria está sujeta a ciertos límites, por lo que el orden y la disciplina se mantendrán con firmeza, pero sin imponer más restricciones de las

---

<sup>76</sup> En el mismo sentido ver: Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Caso Bulacio Vs. Argentina, Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, Caso Fleury y otros Vs. Haití. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Caso Bueno Alves Vs. Argentina, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, Caso J. Vs. Perú, Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú.

necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común.

En el Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, la Corte afirma que, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reclusos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

En cuanto al uso de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad, la Corte ha señalado que debe atenerse a criterios de motivos legítimos, necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana, en violación del artículo 5 de la Convención Americana.

En el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, la Corte afirma que lo que allí sucedió fue una verdadera masacre y que carece de fundamento afirmar que los internos significaban un peligro para los agentes estatales, lo cual ameritaba un ataque de tal magnitud. Cuando se realizó el primer acto del “operativo” no existía motín de los internos, ni otra causa que determinara el uso legítimo de la fuerza por los agentes estatales. Por el contrario, el comportamiento observado por los agentes de seguridad, altas autoridades del Estado y otros funcionarios estatales durante los cuatro días que duró el “operativo”, así como con posterioridad a este, demuestran que se trató de un ataque ejecutado para atentar contra la vida e integridad de los internos que se encontraban en los pabellones 1A y 4B. Este caso se presentó en un contexto de sistemática violación a los derechos humanos, en el que hubo ejecuciones extrajudiciales de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados

al margen de la ley, como Sendero Luminoso, y dichas prácticas eran realizadas por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales.

En el Caso Tibi Vs. Ecuador se demostró que durante los meses de marzo y abril de 1996 cuando el señor Daniel Tibi permanecía detenido en la Penitenciaría del Litoral, fue objeto, por parte de los guardias de la cárcel, de sesiones de violencia física con el fin de obtener su autoinculpación [...]. Durante estas sesiones, la presunta víctima recibió golpes de puño en el cuerpo y en el rostro, quemaduras en las piernas con cigarrillos y descargas eléctricas en los testículos. En una ocasión fue golpeado con un objeto contundente y en otra se le sumergió la cabeza en un tanque de agua. El señor Tibi padeció al menos siete “sesiones” de este tipo.

Los actos de violencia perpetrados de manera intencional por agentes del Estado contra el señor Daniel Tibi le produjeron un grave sufrimiento físico y mental. La ejecución reiterada de estos actos violentos tenía como fin disminuir sus capacidades físicas y mentales y anular su personalidad para que se declarara culpable de un delito. En este caso se ha demostrado, además, que la presunta víctima recibió amenazas y sufrió hostigamientos durante el período de su detención, que le produjeron pánico y temor por su vida. Todo ello constituye una forma de tortura, en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana.

En el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú las presuntas víctimas, durante su detención y antes de su muerte, recibieron maltratos físicos y psíquicos consistentes en ser arrojadas al suelo, golpeadas a puntapiés, un policía se paró sobre sus espaldas y otros policías les cubrieron la cabeza. Además, fueron golpeadas a culatazos de escopeta y posteriormente asesinadas mediante disparos con armas de fuego en la cabeza, tórax y otras partes del cuerpo, presentando así

evidencias de más lesiones y heridas de bala de las que hubieran sido suficientes para causarles la muerte, si esa hubiera sido la única intención de los agentes de la Policía Nacional del Perú.

Durante las llamadas “requisas” descritas en el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú se comprobó que las autoridades golpeaban a los internos con varas de metal en las plantas de los pies, trato comúnmente conocido como golpes de *falanga* “práctica que crea un dolor permanente y muy difícil de tratar, ya que afecta todo el sistema nervioso debido a que las plantas de los pies tienen una alta densidad de sensores nerviosos”. La Corte determinó, por lo tanto, que este método de castigo colectivo, por su severidad y consecuencias físicas y psicológicas, es consistente de tortura. En el mismo sentido, el Protocolo de Estambul establece que la *falanga* es una forma de tortura<sup>77</sup>.

En este centro penitenciario se aplicaron además, otro tipo de castigos colectivos, tales como: aplicación de choques eléctricos; golpizas realizadas por muchos agentes con palos y puntapiés que incluían golpes en la cabeza, las caderas y otras partes del cuerpo; incurriendo de esta manera el Estado en el uso de la fuerza sin que existieran motivos determinantes para ello, aplicando sanciones crueles que están absolutamente prohibidas conforme al artículo 5 de la Convención Americana y a otras normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia.

Por su parte, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, tiene además de las obligaciones señaladas para

---

<sup>77</sup> A la misma conclusión llegó la Corte en el Caso Mendoza y otros Vs. Argentina , ya que por la ubicación de las lesiones que presentaban Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, las cuales fueron constatadas en varios informes médicos, se pudo constatar que ambos recibieron fuertes golpes en los pies consistentes con la práctica de la “falanga”, y que éstos indudablemente fueron infligidos intencionalmente mientras estuvieron privados de la libertad en el Complejo Penitenciario Federal No. 1 de Ezeiza.

toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. “Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión”

Debido a todo lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad, situación que se ve agravada cuando existe un patrón de violaciones de los derechos humanos. De manera especial, los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.

En cuanto a la disciplina y sanciones, la Corte destaca en el Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil que los funcionarios de la cárcel “no deberán, en sus relaciones con los reclusos, recurrir a la fuerza, salvo en caso de legítima defensa, de tentativa de evasión o de resistencia por la fuerza o por inercia física a una orden basada en la ley o en los reglamentos”, y que “las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante están completamente prohibidas como sanciones disciplinarias”.

#### ***PENAS CORPORALES QUE AFECTAN A PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD***

Un aspecto que se encuentra consagrado en el art. 5.2 de la Convención es el límite a las penas. La Corte desarrolló a cabalidad este

tema, señalando aspectos sustantivos y procedimentales sobre las penas corporales en el Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago.

Todos los instrumentos internacionales de derechos humanos de alcance general sean de carácter regional o universal, contienen preceptos de contenido similar al artículo 5 de la Convención Americana. Dichos preceptos generales se complementan con la prohibición expresa de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes previstos en los instrumentos internacionales específicos y, además, con la prohibición de la imposición de penas corporales.

Asimismo, la jurisprudencia internacional ha considerado que el castigo corporal es incompatible con las garantías internacionales contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Además, las normas de derecho internacional humanitario prohíben absolutamente la imposición de castigos corporales en situaciones de conflictos armados, así como en tiempos de paz.

En el presente caso, el señor Caesar fue sometido a un castigo corporal de flagelación, en aplicación de la sentencia emitida por la *High Court* de Trinidad y Tobago, en los términos de la Ley de Penas Corporales. Esta ley autoriza a los tribunales internos a ordenar la aplicación de penas corporales contra cualquier delincuente varón condenado por determinados delitos, además de cualquier otro castigo que le sea aplicable, ya sea por flagelación con el “gato de nueve colas”, por latigazos con una vara de tamarindo, abedul u otros objetos, o “en cualquiera de los dos casos, cualquier otro instrumento que el Presidente puede aprobar periódicamente”.

Según las pruebas aportadas a la Corte, el “gato de nueve colas” es un instrumento de nueve cuerdas de algodón trenzadas, cada una de aproximadamente 30 pulgadas de largo y menos de un cuarto de pulgada de diámetro, asidas a un mango. Las nueve cuerdas de algodón son

descargadas en la espalda del sujeto, entre los hombros y la parte baja de la espina dorsal. Como tal, este instrumento está diseñado para provocar contusiones y laceraciones en la piel del sujeto a quien se le aplica, con la finalidad de causarle grave sufrimiento físico y psíquico. En consecuencia, la Corte tiene la convicción de que el “gato de nueve colas”, tal como se encuentra regulado y es aplicado en Trinidad y Tobago para la ejecución de penas corporales de flagelación, es un instrumento utilizado para infligir una forma de castigo cruel, inhumana y degradante.

No obstante, el dolor y el daño físico causados por la flagelación fueron exacerbados por la angustia, el estrés y el miedo padecidos durante el período en que el señor Caesar estuvo esperando su pena corporal en la cárcel. Más aún, en tres o cuatro diferentes ocasiones fue expuesto al sufrimiento de otros reclusos sometidos a penas similares.

En atención a la regulación y aplicación de las penas corporales de flagelación en Trinidad y Tobago, la Corte considera que la naturaleza misma de estas refleja una institucionalización de la violencia que, pese a ser permitida por la ley, ordenada por las autoridades judiciales y ejecutada por las autoridades penitenciarias, constituye una sanción incompatible con la Convención. Como tales, las penas corporales por medio de flagelación constituyen una forma de tortura y, en consecuencia, una violación *per se* del derecho de cualquier persona sometida a la misma a que se respete su integridad física, psíquica y mental, en los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

La Corte ha declarado que dicha ley es incompatible con el artículo 5 de la Convención Americana. Y que una vez que la Convención entró en vigor para Trinidad y Tobago, el Estado debió haber adaptado su legislación de conformidad con las obligaciones contenidas en dicho

tratado, con el fin de asegurar la más efectiva protección de los derechos humanos consagrados en la misma.

***INCOMUNICACIÓN Y MEDIDAS DE AISLAMIENTO QUE AFECTAN A PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD<sup>78</sup>***

La incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley. Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva.

Una de las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.

En el Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador la Corte afirmó que la sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior y particularmente con su familia le permite concluir que el señor Suárez Rosero fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, más aún cuando ha quedado demostrado que

---

<sup>78</sup> En el mismo sentido ver: Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, Caso Fairén, Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Caso De la Cruz Flores Vs. Perú, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, Caso Neira Alegría y Otros Vs. Perú, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Caso J. Vs. Perú, Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú, Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú, Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú.

esta incomunicación fue arbitraria y realizada en contravención de la normativa interna del Ecuador. La víctima señaló ante la Corte los sufrimientos que le produjo verse impedido de la posibilidad de buscar un abogado y no poder ver o comunicarse con su familia. Agregó que, durante su incomunicación, fue mantenido en una celda húmeda y subterránea de aproximadamente 15 metros cuadrados con otros 16 reclusos, sin las condiciones mínimas de higiene, viéndose obligado a dormir sobre hojas de periódico. Todos estos hechos confieren al tratamiento a que fue sometido el señor Suárez Rosero la característica de cruel, inhumano y degradante.

En el Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, la Corte ha señalado que basta con que la detención ilegal haya durado breve tiempo para que se configure, dentro de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, una conculcación a la integridad psíquica y moral, y que cuando se presentan dichas circunstancias es posible inferir, aun cuando no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que la víctima recibió durante su incomunicación fue inhumano y degradante.

En el Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela la Corte afirmó que las celdas de aislamiento o castigo sólo deben usarse como medidas disciplinarias o para la protección de las personas por el tiempo estrictamente necesario y en estricta aplicación de los criterios de racionalidad, necesidad y legalidad. Estos lugares deben cumplir con las características mínimas de habitabilidad, espacio y ventilación, y solo pueden ser aplicadas cuando un médico certifique que el interno puede soportarlas. La Corte recalca que es prohibido el encierro en celda oscura y la incomunicación. A tal efecto, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas señaló que celdas de aislamiento de 60 x 80 centímetros, en las que no hay luz ni ventilación y sólo se puede estar en ellas de pie o agachado “constituyen en sí mismas una forma de instrumento de tortura.

***AMENAZAS Y OTRAS AGRESIONES DE TIPO PSICOLÓGICO QUE AFECTAN A PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD<sup>79</sup>***

Es de especial relevancia que, según las normas internacionales de protección, la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo.

Tanto la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes como la Convención Interamericana sobre el mismo tema, se refieren a esa posibilidad. Por otra parte, al consagrar en términos positivos el derecho a la integridad personal, el último de esos dos instrumentos internacionales hace expresa referencia al respeto a la integridad psíquica y moral de la persona.

La jurisprudencia internacional ha ido desarrollando la noción de tortura psicológica. La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que es suficiente el mero peligro de que vaya a cometerse alguna de las conductas prohibidas por el artículo 3 de la Convención Europea para que pueda considerarse infringida la mencionada disposición, aunque el riesgo de que se trata debe ser real e inmediato.

En concordancia con ello, amenazar a alguien con torturarlo puede constituir, en determinadas circunstancias, por lo menos un "trato inhumano". Ese mismo Tribunal ha estimado que debe tomarse en cuenta, a efectos de determinar si se ha violado el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia moral. En el marco del examen de comunicaciones individuales, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha

---

<sup>79</sup> En el mismo sentido ver: Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, Caso Tibi Vs. Ecuador, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú.

calificado la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física como una “tortura psicológica”.

Por su parte, la Corte IDH ha sostenido que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana, cuando sea suficientemente real e inminente, puede constituir en sí misma una transgresión a la norma de que se trata. Para determinar la violación al artículo 5 de la Convención, debe tomarse en cuenta no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia psíquica y moral. La amenaza de sufrir una grave lesión física puede llegar a configurar una “tortura psicológica”.

Atendiendo al conjunto de las circunstancias del Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, la Corte estima que parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas. Considera también la Corte que dichos actos fueron preparados e infligidos deliberadamente contra el señor Cantoral Benavides cuando menos con un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a auto inculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma.

Asimismo, en el Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay se utilizaba como método de castigo el aislamiento y las incomunicaciones, con el propósito de imponer disciplina sobre la población de internos, método disciplinario prohibido por la Convención Americana. Agrega la Corte que, crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, al menos en algunas circunstancias, un tratamiento inhumano. En este caso, la amenaza de dichos castigos era real e inminente, creando un clima de

permanente tensión y violencia que afectó el derecho a una vida digna de los internos.

#### ***CONDICIONES MÍNIMAS DE RECLUSIÓN.***

En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.

Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad de las personas privadas de libertad, es la de procurarles unas condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención.

#### ***HACINAMIENTO CARCELARIO<sup>80</sup>***

En varias oportunidades, la Corte ha señalado que mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal.

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que mantener detenida a una persona en una celda reducida, veintitrés horas al día, aislada de los demás presos, en oscuridad, sin tener en qué ocuparse y

---

<sup>80</sup> En el mismo sentido ver: Caso Tibi Vs. Ecuador; Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala; Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú; Caso Fleury y otros Vs. Haití; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela; Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú; Caso Durand y Ugarte; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago; Caso Bulacio Vs. Argentina; Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay; Caso López Álvarez Vs. Honduras; Asunto de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela. Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana) respecto de Venezuela.

sin que se le permita trabajar ni estudiar, constituye una violación a su derecho a ser tratada humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano. El Comité insiste sobre la universalidad del derecho a un trato digno y humano y rechaza la escasez de recursos como excusa para la inobservancia de este derecho.

En el Caso López Álvarez Vs. Honduras, la víctima estuvo detenida en condiciones de hacinamiento permanente, en una celda reducida, habitada por numerosos reclusos, tuvo que dormir en el suelo durante un largo período, no contó con una alimentación adecuada ni agua potable, ni dispuso de condiciones higiénicas indispensables. Por lo que, de lo anterior se desprende que no fue tratada con el debido respeto a su dignidad humana, y que el Estado incumplió los deberes que le corresponden en su condición de garante de los derechos de los detenidos.

Por su parte, en el Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, las personas privadas de libertad se encontraban en una situación de hacinamiento permanente, recibían mala alimentación, no tenían acceso a condiciones sanitarias mínimas y adecuadas, y no recibían una debida atención en salud. Los reclusos se veían obligados, por ejemplo, a defecar en las celdas en recipientes o en papel y arrojar los residuos al patio interior. La atención de salud era extremadamente deficiente y la posibilidad de realizar actividades tendientes a mantener una calidad de vida acorde con su dignidad, como actividades de trabajo, de estudio y recreativas eran mínimas.

En el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, se enunciaron como condiciones graves de detención, las siguientes: mantener a los reclusos en hacinamiento ya que esto no permite condiciones razonables de higiene y salud; las precarias condiciones de alimentación; la falta de atención médica adecuada y de suministro de medicinas; la falta de ropa

de abrigo; el severo régimen de incomunicación; la desatención de las necesidades fisiológicas de la mujer al negarles materiales de aseo personal, como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima para cambiarse; la desatención de las necesidades de salud pre y post natal; la prohibición de dialogar entre sí, leer, estudiar y realizar trabajos manuales.

En esta sentencia la Corte afirma que las deficientes condiciones de detención significan una afectación del derecho de los internos a vivir en un régimen de detención compatible con su dignidad personal, e incluyen modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma, que conllevan graves lesiones, sufrimientos y daños a la salud de los internos. El Estado aprovechándose del poder de control que tiene sobre los reclusos, causa un grave deterioro a su integridad física, psíquica y moral, a través de tales condiciones y tratamientos.

De igual manera afirma la Corte que permanecer privado de la libertad en un clima de violencia, inseguridad, abusos, corrupción, desconfianza y promiscuidad, donde se impone la ley del más fuerte con todas sus consecuencias, es considerado por la Corte como un trato inhumano y degradante ya que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal, y el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos.

La Corte IDH ha incorporado en su jurisprudencia los principales estándares sobre condiciones carcelarias y deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad.

el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios;  
la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los

adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición;  
todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia;  
la alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente;  
la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario;  
la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;  
las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias;  
todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene;  
los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad;  
los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano, y  
las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas.

### ***INFRAESTRUCTURA CARCELARIA Y CONDICIONES SANITARIAS<sup>81</sup>***

La Corte considera que las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del artículo 5 de la Convención Americana, dependiendo de la intensidad de las mismas, su

---

<sup>81</sup> En el mismo sentido ver: Caso Tibi Vs. Ecuador; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela; Caso Vélez Loo Vs. Panamá; Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú.

duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad.

En el Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, los internos no solo tenían que excretar en presencia de sus compañeros, sino que tenían que vivir entre excrementos, y hasta alimentarse en esas circunstancias. La Corte considera que ese tipo de condiciones carcelarias son completamente inaceptables, constituyen un desprecio a la dignidad humana, un trato cruel, inhumano y degradante, un severo riesgo para la salud y la vida, y una rotunda violación del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana.

En el Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú, la Corte pudo constatar que en el Penal de Yanamayo, el agua que se le daba a los internos era de la lluvia y de las acequias, contaminada; no se les suministraban medicamentos y la comida venía revuelta a veces con tierra, perdigones o vidrio; y que “la música estridente comenzaba a las seis de la mañana y no paraba hasta avanzada la madrugada”.

La Corte considera que la ausencia de las condiciones mínimas que garanticen el suministro de agua potable dentro de un centro penitenciario constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia, toda vez que las circunstancias propias del encierro impiden que las personas privadas de libertad satisfagan por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna, tales como el acceso a agua suficiente y salubre.

En cuanto a la infraestructura adecuada para albergar a las personas privadas de libertad, la Corte ha manifestado en el Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay que los internos

estaban reclusos en celdas insalubres, con escasas instalaciones higiénicas y muchos de estos internos no tenían camas, frazadas y/o colchones, lo cual los obligaba a dormir en el suelo, hacer turnos con sus compañeros, o compartir las pocas camas y colchones.

Ahora bien, la Corte observa que el Estado, además de no crear las condiciones y tomar las medidas necesarias para que los internos del Instituto tuvieran y desarrollaran una vida digna mientras se encontraban privados de libertad y además de no cumplir con sus obligaciones complementarias respecto de los niños, mantuvo al Instituto en condiciones tales que posibilitó que se produjeran los incendios y que éstos tuvieran terribles consecuencias para los internos, a pesar de las diversas advertencias y recomendaciones dadas por organismos internacionales y no gubernamentales respecto del peligro que esas condiciones entrañaban. Como resultado de estos sucesos, perdieron la vida varios de los internos.

De igual manera advierte que el Estado no había tomado las prevenciones suficientes para enfrentar la posibilidad de un incendio en el Instituto, ya que este originalmente no fue pensado como un centro de reclusión y, por consiguiente, no contaba con la implementación de todas las medidas de seguridad, evacuación y emergencia necesarias para un evento de esta naturaleza. Por ejemplo, no contaba con alarmas ni extintores de incendio y los guardias no tenían preparación para enfrentar situaciones de emergencia. Valga la pena recordar lo indicado por la Corte en el Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto de Brasil, donde señala que el Estado, en su función de garante, “debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas” que podrían poner en peligro los derechos fundamentales de los internos en su custodia.

### **ASISTENCIA MÉDICA<sup>82</sup>**

La Corte entiende que, conforme al artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal.

La Corte ha considerado que los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. Por ello, con base en el principio de no discriminación, el derecho a la vida de las personas privadas de libertad también implica la obligación del Estado de garantizar su salud física y mental, específicamente mediante la provisión de revisión médica regular y, cuando así se requiera, de un tratamiento médico adecuado, oportuno y, en su caso, especializado y acorde a las especiales necesidades de atención que requieran las personas detenidas.

Los servicios de salud deben mantener un nivel de calidad equivalente respecto de quienes no están privados de libertad. La salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos a la vida e integridad personal, lo cual implica obligaciones para los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, incluyendo prácticas adecuadas, para velar por el acceso igualitario a la atención de la salud respecto de las personas privadas de libertad, así como por la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de tales servicios.

---

<sup>82</sup> En el mismo sentido ver: Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina; Caso Díaz Peña Vs. Venezuela; Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador; Caso Vélez Loo Vs. Panamá; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela; Caso De la Cruz Flores Vs. Perú; Caso Tibi Vs. Ecuador.

Además, agrega la Corte, que las personas privadas de libertad que padezcan enfermedades graves, crónicas o terminales no deben permanecer en establecimientos carcelarios, salvo cuando los Estados puedan asegurar que tienen unidades adecuadas de atención médica para brindarles una atención y tratamiento especializado adecuados, que incluya espacios, equipo y personal calificado (de medicina y enfermería). Asimismo, en tal supuesto, el Estado debe suministrar alimentos adecuados y las dietas establecidas para cada caso respecto de personas que padecen ese tipo de enfermedades. Los procesos de alimentación deben ser controlados por el personal del sistema penitenciario, de conformidad con la dieta prescrita por el personal médico, y bajo los requerimientos mínimos establecidos para el respectivo suministro. En cualquier caso, y más aún si la persona está evidentemente enferma, los Estados tienen la obligación de asegurar que se mantenga un registro o expediente sobre el estado de salud y tratamiento de toda persona que ingresa en un centro de privación de libertad, ya sea en el propio lugar o en los hospitales o centros de atención donde vaya a recibir el tratamiento.

### ***SEPARACIÓN POR CATEGORÍAS***<sup>83</sup>

Con respecto a la separación de los internos por categorías, la Corte estima necesario que los centros de reclusión se acojan a lo estipulado por la normatividad internacional que señala que “los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes secciones dentro del establecimiento, según los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles, y los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena”<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> En el mismo sentido ver: Caso "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay; Caso Tibi Vs. Ecuador; Caso López Álvarez Vs. Honduras; Caso J. Vs. Perú.

<sup>84</sup> Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955,

La Corte ha considerado que el artículo 5.4 de la Convención Americana impone a los Estados la obligación de establecer un sistema de clasificación de los reclusos en los centros penitenciarios, de manera que se garantice que los procesados sean separados de los condenados y que reciban un tratamiento adecuado a su condición de persona no condenada. Estas garantías pueden ser entendidas como corolario del derecho de una persona procesada a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, el cual está reconocido en el artículo 8.2 de la Convención.

Corresponde al Estado demostrar la existencia y funcionamiento de un sistema de clasificación que respete las garantías establecidas en el artículo 5.4 de la Convención, así como la existencia de circunstancias excepcionales en caso de no separar los procesados de los condenados. La Corte ha establecido además que la separación de los procesados y de los condenados requiere no solamente mantenerlos en diferentes celdas, sino también que estas celdas estén ubicadas en diferentes secciones dentro de un determinado centro de detención, o en diferentes establecimientos si resultara posible.

***DEBER DE INVESTIGAR ACTOS CONSTITUTIVOS DE TORTURA Y MUERTES DE PRIVADOS DE LIBERTAD***

La Corte entiende que, a la luz de la obligación general de los Estados partes de respetar y garantizar los derechos a toda persona sujeta a su jurisdicción, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se

---

y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, regla número 8.

ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana.

Además, como la Corte lo ha señalado en su jurisprudencia constante, ninguna ley ni disposición de derecho interno, incluyendo leyes de amnistía y plazos de prescripción, puede impedir a un Estado cumplir la orden de la Corte de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. En particular, las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos son inadmisibles, ya que dichas violaciones contravienen derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Corte ha establecido que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. Es posible considerar responsable al Estado por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que sufre una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación seria de los hechos seguida del procesamiento de quienes aparezcan como responsables de ellos. Recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados.

La Corte ha señalado que del artículo 8 de la Convención Americana se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en

la búsqueda de una debida reparación. Asimismo, la Corte ha considerado que los Estados tienen la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1). Asimismo, el Tribunal ha señalado que la obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprenden de las normas convencionales de derecho internacional, imperativas para los Estados Parte, sino que además deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas, peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos.

#### **IV. PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL Y TIPIFICACIÓN LEGAL DE LA TORTURA**

La Constitución Política de Colombia, prohíbe expresamente la tortura en el artículo 12, estableciendo que:

Art. 12: Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Es preciso resaltar que el art. 12 se encuentra dentro del Capítulo 1 denominado “De los derechos fundamentales” de la Carta Magna, lo que según el art. 85, le da la categoría de “aplicación inmediata”, es decir que en este caso en particular, la prohibición de la tortura no requiere de la intermediación de ninguna norma legal para que tenga vigencia, basta su

consagración en la Constitución para que tenga operancia y efectividad; y según el art. 86, se trata de un derecho que puede ser protegido mediante la acción de tutela.

Valga la pena aclarar que la draconiana Constitución que precedió la Carta Magna de 1991, no hacía ninguna referencia a la prohibición de la tortura o de los tratos degradantes o inhumanos. Sólo establecía en su art. 29 que la pena capital se podrá imponer en los casos que se definan como graves, *verbi gratia*, traición a la Patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería, y ciertos delitos militares definidos por las leyes del ejército. Y agregaba en el art. 30 que No habrá pena de muerte por delitos políticos.

En cuanto a la tipificación del delito de tortura, el Código Penal colombiano incluye dos prohibiciones. La primera categoría hace referencia a la protección que brinda el derecho internacional humanitario a quienes no participan en las hostilidades, y se relaciona estrechamente con el reconocimiento del conflicto armado interno del país. El art. 137 C.P prohíbe la tortura en persona protegida, en los siguientes términos:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses, multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses.

En cuanto a la segunda prohibición de la tortura de este cuerpo normativo, se establece en el art. 178 C.P que:

El que inflija a una persona dolores o sufrimientos, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a doscientos setenta (270) meses, multa de mil sesenta y seis punto sesenta y seis (1066.66) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad. En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior.

En este punto hay que hacer una salvedad respecto a la definición del sujeto activo que se consagra en el art. 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, dado que en el art. 178 C.P, se hace referencia a un sujeto activo indeterminado, es decir que en él pueden incurrir tanto el Estado, a través de sus funcionarios o agentes, como los particulares. Mientras que en el art. 3 de la Convención se establece taxativamente que los responsables del delito de tortura son:

- a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
- b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

De lo anterior se entiende que, según la Convención, el delito de tortura solo se puede predicar del Estado, a través de sus agentes o funcionarios, o de particulares instigados a cometerlo por aquellos, descartándose la posibilidad de que sea cometido por particulares en ejercicio de su autonomía y completamente desligados del Estado.

Es así como el legislador colombiano entiende el derecho a no ser sometido a torturas, como un derecho absoluto y universal al cual no se le pueden imponer restricciones que lo conviertan en relativo. Y bajo este fundamento, se redactó el tipo penal, dirigido no solo a los agentes estatales, sino también a los particulares. “La Carta colombiana prohíbe la tortura incluso en los casos en que el torturador sea un particular.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-587 de 1992).

Por su parte en el Código Penitenciario y Carcelario en su art. 6 se refiere de manera expresa a la tortura, estableciendo que:

No habrá pena de muerte. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. Nadie será sometido a desaparición forzada, torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

De igual manera, en el art. 45. d), se prohíbe particularmente a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, infringir castigos a los internos, emplear con ellos violencia o maltratamientos.

## **V. LA NEGATIVA DEL ESTADO COLOMBIANO PARA RATIFICAR EL OPCAT**

Si de verdad se quiere emprender una lucha contra la tortura y los malos tratos al interior de los centros de reclusión, es necesario acabar con el oscurantismo de las prisiones y permitir que la sociedad civil se entere de lo que ocurre detrás de los muros y que diferentes órganos de control -imparciales-, hagan monitores regulares, y emitan informes y recomendaciones de carácter vinculante.

En este sentido, no hay ninguna razón para que, hasta la fecha, Colombia sea uno de los pocos países latinoamericanos que no haya mostrado compromiso político<sup>85</sup> para prevenir la tortura, ratificando el

---

<sup>85</sup> En diversas oportunidades el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas (CAT) junto con diversas organizaciones sociales como: Coalición Colombiana contra la Tortura (CCCT), Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT), Oficina Internacional de Derechos Humanos

Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (OPCAT) de Naciones Unidas.

El hecho de que los expertos de países extranjeros puedan sin previo aviso entrar en una prisión es una forma de erosión de la soberanía del Estado punitivo. En nombre de la lucha contra la tortura se ponen límites al poder punitivo del Estado. Límites expuestos públicamente no basados sobre la hermenéutica jurisprudencial, sino sobre el resultado de la observación empírica (GONNELLA, 2016).

Por su parte el gobierno colombiano afirma que ya cuenta con un marco jurídico amplio y mecanismos de control internos, para prevenir y sancionar la tortura, tales como la Defensoría del Pueblo (dentro de la cual se puede destacar la Defensoría Delegada de Política Criminal y Penitenciaria), la Procuraduría General de la Nación y las diferentes Personerías municipales. La Ley 65 de 1993, en su art. 169 establece que:

la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, Fiscales y Personeros Municipales deben realizar visitas mensuales de inspección a los centros de reclusión con el fin de constatar el estado general de los centros de reclusión y el tratamiento dado a los internos y los fenómenos de desaparición o de trato cruel, inhumano o degradante, entre otras cuestiones específicas a observar. La Defensoría del Pueblo deberá rendir una memoria anual a la Cámara de Representantes e informará asimismo sobre las denuncias penales y disciplinarias – y resultados respectivos.

No obstante, ninguna de estas instituciones ha logrado erradicar las diferentes formas de torturas y malos tratos al interior de las prisiones,

---

Acción Colombia (OIDHACO), Acción de Cristianos para la Abolición de la Tortura (ACAT Francia), Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), International Rehabilitation Council for Torture Victims (IRCT), han solicitado a Colombia que demuestre su firme voluntad de erradicar la tortura, ratificando el Protocolo. Ver comunicado conjunto: <http://www.apr.ch/content/files/region/americas/CAT%20Colombia%20comunicado.pdf>

situaciones que se han ido agudizando con el paso del tiempo, como las tres declaraciones del *estado de cosas inconstitucionales* en materia penitenciaria que ha hecho la Corte Constitucional (1998, 2013, 2015), la declaración del estado de emergencia carcelaria (2013) debido a los altos índices de hacinamiento y la falta de asistencia médica y sanitaria, y la emergencia ocasionada por la expansión del covid-19 en las prisiones colombianas (2020).

Una de las grandes preocupaciones formuladas por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas (CAT) a raíz de un examen de la situación en materia de tortura y malos tratos en el país, es la “ausencia de un mecanismo plenamente independiente encargado de inspeccionar todos los lugares de detención, incluyendo las comisarías, los centros de internamiento para menores y los hospitales psiquiátricos” y se insta nuevamente a “ratificar el Protocolo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (OPCAT)”.

Es así como la APT, en un comunicado conjunto con organizaciones colombianas e internacionales, hace un llamado a que el Estado colombiano tome medidas para implementar las recomendaciones del CAT, demostrando su firme voluntad de erradicar la tortura (OMCT, 2014).

El compromiso para erradicar la tortura implica un fuerte compromiso de la sociedad civil, medios de comunicación, funcionarios, organizaciones sociales, órganos de control, y estamentos públicos, pero hay que tener claro, que es ante todo, una muestra de voluntad política, cuyo primer paso es hacer valer la gran cantidad de órdenes y recomendaciones hechas por los organismos y organizaciones internacionales de derechos humanos, ya que como afirma RIVERA “Una decidida política de derechos humanos, no puede seguir dando la espalda a semejante Derecho internacional de los derechos humanos que debe ser

la auténtica guía que oriente la producción normativa y las prácticas institucionales. La falta de compromiso en la ejecución de las Recomendaciones internacionales que emanan de las Organizaciones internacionales cuya competencia ha sido aceptada por los Estados miembros, constituye una prueba palmaria de la desobediencia gubernamental al orden jurídico internacional” (2017).

Este recorrido normativo que se ha hecho, empezando por el Sistema Universal de Derechos Humanos, el Sistema Interamericano, y pasando por la Constitución Política de Colombia y su legislación interna, no solo deja como evidencia la violación masiva y sistemática de los derechos de las personas privadas de la libertad, sino, además, la responsabilidad que, como Estado, le corresponde a Colombia tanto a nivel nacional como internacional por el incumplimiento de sus obligaciones.

El hacinamiento, la falta de asistencia sanitaria, las malas condiciones de detención que atentan contra la dignidad e integridad personal, además de los altos índices de mortalidad son los factores que tienen el sistema penitenciario en crisis, y que han llevado a que la Corte Constitucional, declare el *estado de cosas inconstitucionales* en repetidas ocasiones. Todas estas circunstancias demuestran que el Estado colombiano no está respetando ni garantizando los derechos de las personas privadas de la libertad.

## **VI. INFORMES Y RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES SOBRE LA SITUACIÓN DE TORTURA EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DE COLOMBIA**

### **1. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS**

Los Informes Anuales<sup>86</sup> de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, se vienen presentando periódicamente desde mediados de la década de los noventa.

En el Informe del año 1996<sup>87</sup> se insta al Estado para que adecuara su legislación de manera que concordara con las obligaciones contraídas en virtud de la ratificación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Asimismo, se detectó una persistencia en la práctica de la tortura, delito que raramente se castigaba, además de medidas ineficaces por parte del Gobierno de Colombia para erradicar esta práctica.

En el Informe Anual del año 2000<sup>88</sup> se afirma que la tortura se ha convertido en una práctica sistemática y recurrente de terror, que se perpetua generalmente por miembros de grupos paramilitares, y en casi todos los casos precedió a una ejecución extrajudicial. Las personas privadas de la libertad por los paramilitares son, por lo general, torturadas sin finalidades inquisitivas, con propósitos de castigo, coacción o intimidación.

---

<sup>86</sup> Para consultar todos los Informes anuales de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, consultar: <https://www.hchr.org.co/index.php/informes-y-documentos/informes-anuales>

<sup>87</sup> Informe Anual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (1996). Comisión de Derechos Humanos. Asamblea General. Naciones Unidas. Disponible en: [https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe\\_anual\\_1996.pdf](https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe_anual_1996.pdf)

<sup>88</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (2000). Informe Anual. Comisión de Derechos Humanos. Asamblea General. Naciones Unidas. Disponible en: [https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe2000\\_esp.pdf](https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe2000_esp.pdf)

En relación con los tratos crueles, inhumanos o degradantes en los establecimientos penitenciarios, se señala que las personas detenidas o condenadas no sólo deben afrontar el hacinamiento y las condiciones deplorables de reclusión, sino que además son sometidas a constantes abusos de poder por parte de los funcionarios de custodia y vigilancia.

En este periodo, se agudizó una crisis institucional por las condiciones de reclusión a las que eran sometidas las personas privadas de la libertad, la cual estuvo acompañada de motines al interior de las cárceles y penitenciarias, y continuas protestas por parte de los familiares de los internos y organizaciones defensoras de derechos humanos.

En el Informe Anual del año 2005<sup>89</sup>, las personas privadas de la libertad en instituciones carcelarias y en dependencias policiales denunciaron ser víctimas de torturas y de tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de agentes del Estado, en especial por agentes de la Policía Nacional, SIJIN y del INPEC.

En el Informe Anual del año 2010<sup>90</sup> se manifiesta que Colombia sigue sin contar con una fuente confiable de cifras oficiales sobre tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes. Ya que los datos existentes no reflejan ni la magnitud del problema ni su real impacto. El temor de las víctimas a represalias, la falta de confianza en las instituciones, la ausencia de acompañamiento legal y psicosocial apropiado, la falta de medidas de protección adecuadas y diferenciadas y la estigmatización social de las víctimas, son factores que dificultan la plena comprensión de la magnitud del problema.

---

<sup>89</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (2005). Informe Anual. Comisión de Derechos Humanos. Asamblea General. Naciones Unidas. Disponible en:

[https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe2005\\_esp.pdf](https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe2005_esp.pdf)

<sup>90</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (2010). Informe Anual. Comisión de Derechos Humanos. Asamblea General. Naciones Unidas. Disponible en:

[https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe2009\\_esp.pdf](https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe2009_esp.pdf)

Se insta nuevamente al Estado colombiano a ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, como instrumento de prevención y cooperación técnica, contribuiría a dar una protección más eficiente contra este flagelo.

En el Informe del año 2019<sup>91</sup>, se manifiesta una enorme preocupación por causa del persistente agravamiento de la situación de las cárceles, y se afirma que la construcción de cárceles no es una solución si no forma parte de una profunda reforma de la Política criminal.

En el informe del año 2020<sup>92</sup> quedaron documentados los presuntos malos tratos perpetrados por oficiales de la policía durante las manifestantes, tales como desnudez forzada, amenazas de muerte con matices racistas y repetidas golpizas. Algunos manifestantes fueron presuntamente arrestados y golpeados por miembros de la policía, trasladados a las estaciones de policía y forzados a admitir comportamientos violentos, por lo que además fueron multados.

## **2. INFORMES PERIÓDICOS DEL COMITÉ CONTRA LA TORTURA -CAT- SOBRE EL ESTADO COLOMBIANO**

En los dos primeros informes<sup>93</sup> del CAT sobre el Estado colombiano, se trató el tema de las torturas en sentido amplio, pero no

---

<sup>91</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (2019). Informe Anual. Comisión de Derechos Humanos. Asamblea General. Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe-anual-colombia-2018-ESP.pdf>

<sup>92</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (2020). Informe Anual. Comisión de Derechos Humanos. Asamblea General. Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe-Anual-ONU-DDHH-2019.pdf>

<sup>93</sup> Para el informe inicial de Colombia, véase el documento CAT/C/7/Add.1; para su examen por el Comité, véanse los documentos CAT/C/SR.36 y 37 y Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 44 (A/45/44), párrs. 313 a 340. Para el segundo informe periódico, véase el documento CAT/C/20/Add.4; para su examen

específicamente durante la privación de la libertad. El CAT afirma ser consciente del complejo conflicto armado interno que vive el país, y manifiesta que, según el art. 2 de la Convención, en ningún caso se podrán invocar circunstancias excepcionales como justificación de la tortura.

No obstante, el Comité manifiesta una enorme preocupación por el gran número de actos de tortura y malos tratos cometidos de forma sistemática por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, tanto en operaciones armadas como fuera de ellas, así como por el gran número de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. Asimismo, rechaza el clima de impunidad, y la ausencia de investigaciones prontas, imparciales y exhaustivas, y la adecuada indemnización y reparación a las víctimas de los numerosos actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

### **2.1. RECOMENDACIONES DEL CAT SOBRE EL 3ER INFORME PERIÓDICO DE COLOMBIA<sup>94</sup> (2004)**

Específicamente en materia de privación de libertad el Comité manifiesta en este informe una enorme preocupación por el hacinamiento y las malas condiciones materiales que prevalecen en los establecimientos penitenciarios, las cuales se podrían equiparar con tratos inhumanos y degradantes.

---

por el Comité, véanse los documentos CAT/C/SR.238, 239, 242 y 242/Add.1. y Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primero período de sesiones, Suplemento N 44 (A/51/44), párrs. 66 a 83

<sup>94</sup> Comité contra la tortura CAT (2004). Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Colombia. Naciones Unidas. Disponible en: <https://undocs.org/sp/CAT/C/COL/CO/3>

## **2.2. RECOMENDACIONES DEL CAT SOBRE EL 4º INFORME PERIÓDICO<sup>95</sup> DE COLOMBIA (2010)**

En este informe se le solicita al Estado que adopte las medidas necesarias para que la imputación del delito de tortura sea como un delito autónomo y corresponda con la gravedad de los hechos, sin permitir que casos de torturas sean subsumidos por otros delitos de menor gravedad, como los delitos de lesiones personales.

Las condiciones de detención siguen siendo una preocupación del Comité, ya que el hacinamiento persiste tanto en los centros penitenciarios y en lugares de detención temporal. También preocupa que se usen medidas de aislamiento durante tiempos prolongados, como formas de castigo, y el carácter castrense de las cárceles.

El Comité nota como positiva la iniciativa de la creación de los Comités de Derechos Humanos dentro de los centros penitenciarios; sin embargo, le preocupa que estos mecanismos estén bajo la supervisión del INPEC y no constituyen un mecanismo independiente de prevención. Por lo tanto, el Comité recomienda al Estado parte que ratifique el Protocolo Facultativo de la Convención lo antes posible para mejorar la prevención de violaciones de la Convención.

## **2.3. RECOMENDACIONES DEL CAT SOBRE EL 5º INFORME PERIÓDICO DE COLOMBIA<sup>96</sup> (2015)**

El Comité recomienda al Estado que los delitos de tortura no estén sujetos a un régimen de prescripción, de modo que estos actos se puedan investigar, enjuiciar y castigar sin riesgo de impunidad.

De igual manera, manifiesta su preocupación ante el agravamiento del problema del hacinamiento en las cárceles lo que ha llevado a la Corte

---

<sup>95</sup> Comité contra la tortura CAT (2010). Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Colombia. Naciones Unidas. Disponible en: <https://undocs.org/sp/CAT/C/COL/CO/4>

<sup>96</sup> Comité contra la tortura CAT (2015). Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Colombia. Naciones Unidas. Disponible en: <https://undocs.org/sp/CAT/C/COL/CO/5>

Constitucional a reiterar el “estado de cosas inconstitucional” en el sistema penitenciario (Sentencia T-388 de 2013). Aunque valora la creación de la Comisión de Seguimiento de las condiciones de reclusión del sistema penitenciario y carcelario, así como la activa presencia de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en los centros penitenciarios. No obstante, lamenta que aún no exista un mecanismo específico, independiente y eficaz encargado de recibir denuncias de torturas y malos tratos en los centros de detención y de realizar investigaciones. Por lo que nuevamente se alienta al Estado parte a ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

El Comité expresa su preocupación por el elevado número de muertes registradas en centros de detención y lamenta no haber recibido información relativa a las causas que determinaron el fallecimiento de estas personas ni sobre los resultados de las investigaciones efectuadas. Asimismo, el Estado parte debe evaluar cualquier posible responsabilidad de los agentes del orden y los funcionarios de instituciones penitenciarias y, cuando corresponda, castigar debidamente a los culpables y proporcionar una reparación adecuada a los familiares de las víctimas.

Preocupa al Comité que los módulos de mujeres ubicados en centros penitenciarios masculinos no cuentan con la infraestructura y los servicios necesarios para el tratamiento de las reclusas.

Además, se observa con preocupación las denuncias recibidas sobre el internamiento de reclusos con enfermedades mentales en celdas de aislamiento, y el uso de celdas de castigo como sanción disciplinaria en centros de detención de menores.

Finalmente cabe resaltar que para la fecha, (noviembre de 2021) el Estado colombiano no ha enviado su sexto informe periódico sobre la situación de tortura y penas o trastos crueles, degradantes e inhumanos,

incumpliendo así las obligaciones contraídas con la firma y ratificación de la Convención contra la tortura.

#### **2.4. PRINCIPALES ACCIONES DEL ESTADO COLOMBIANO EN RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES DEL CAT<sup>97</sup>**

En este informe el gobierno colombiano manifiesta que se está trabajando arduamente por avanzar en la garantía y protección de los derechos humanos de toda la población, pese a que los resultados deben verse desde la perspectiva de un país que ha enfrentado por más de cinco décadas, un largo conflicto armado, con todo lo que ellos representa.

Se manifiesta que se rechaza enfáticamente toda practica de tortura, muestra de ello es el amplio marco normativo e institucional para prevenirla y sancionarla. Se menciona, por ejemplo, la tipificación del delito de tortura en el Código Penal en el título de los Delitos contra la libertad individual y otras garantías. Adicionalmente, está contemplado el Delito de tortura en persona protegida en el ámbito de los Delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH. La legislación colombiana consagra penas de privación de la libertad frente a este delito que oscilan entre 10 y 30 años, y así mismo establece como una causal de agravación de aumento de la pena que el delito sea cometido por un funcionario público o por un particular que desempeñe una función pública.

Y se saca a relucir lo que el gobierno considera una de las legislaciones más garantistas en el ámbito de la tortura, comparando las regulaciones contenidas en los instrumentos internacionales, en el marco del sistema interamericano y en el marco universal, ya que para que se configure el delito no se requiere de un sujeto activo cualificado. Aunado

---

<sup>97</sup> Comité contra la tortura CAT (2016). Información recibida de Colombia sobre el seguimiento de las observaciones finales del quinto informe periódico. Naciones Unidas. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/232/07/PDF/G1623207.pdf?OpenElement>

a lo anterior, el país cuenta con un amplio desarrollo jurisprudencial que protege los derechos a la vida e integridad física de los ciudadanos en todo el territorio nacional.

La práctica de la tortura en Colombia no responde a una política estatal. No obstante, lo anterior, es conducente advertir que frente a los casos que se han presentado en el país, existe la decisión de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, indistintamente de su calidad, por ello el Estado ha adoptado medidas frente a estas conductas que resultan violatorias de los DDHH y DIH, y de atender y reparar a las víctimas Comité contra la tortura. CAT (2016). Información recibida de Colombia sobre el seguimiento de las observaciones finales del quinto informe periódico. Naciones Unidas.

El Estado colombiano, afirma ser consciente de los desafíos que tiene frente al sistema penitenciario y carcelario, por lo que ha venido adelantando una serie de ejercicios de carácter legislativo y técnico, que permitan la protección y garantía de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

Para lo cual se está trabajando en una transformación en la Política criminal y penitenciaria del país, a través de la cual se fortalezca la prevención del delito, se evita el aumento desproporcionado e injustificado de penas, y se garantice un acceso adecuado a los servicios de justicia y el mejoramiento de las condiciones materiales al interior de los Establecimientos de Reclusión.

En este sentido, y atendiendo a diferentes sentencias de la Corte Constitucional, se puede mencionar, la Ley 1709 de 2014 mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, que será el encargado de contratar la prestación de los servicios de salud de todos los centros de reclusión. Y la Ley No. 1760 del 6 de julio de 2015 que regula el uso racional de la detención preventiva.

Finalmente, se insiste en que el Estado colombiano, siempre ha estado presto a realizar las gestiones necesarias para prevenir todo evento que amenace o vulnere los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad; así como a cumplir las decisiones proferidas por las autoridades competentes.

## **2.5. INFORME ALTERNO<sup>98</sup> PRESENTADO AL CAT SOBRE EL 5° INFORME PERIÓDICO DE COLOMBIA**

La Coalición Colombiana Contra la Tortura<sup>99</sup> (CCCT) –conjunto de organizaciones de la sociedad civil que trabaja para prevenir la tortura, así como para visibilizar esta problemática a nivel nacional e internacional,– en colaboración con otras organizaciones<sup>100</sup>, ha elaborado un Informe Alterno, en el marco de la revisión del 5to. Informe periódico de Colombia ante el Comité contra la Tortura, el cual analiza y expone la situación de tortura y malos tratos en el país durante el periodo comprendido entre 2009 y 2014, con el fin de evidenciar el incumplimiento del Estado colombiano de las obligaciones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y de las recomendaciones formuladas por el CAT en años anteriores.

---

<sup>98</sup> Informe disponible en: <https://www.heartlandalliance.org/wp-content/uploads/sites/13/2016/02/2015-04-15-colombia-coalition-against-torture-report.pdf>

<sup>99</sup> Este informe fue elaborado por la Coalición Colombiana Contra la Tortura, que está conformada por las siguientes organizaciones: Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (ASFADDES), Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CAJAR), Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), Corporación Acompañamiento Psicosocial y Atención en Salud Mental a Víctimas de Violencia Política (AVRE), Corporación Centro de Atención Psicosocial (CAPS), Corporación Reiniciar, Corporación Vínculos, Fundación Comité de Solidaridad con Presos Políticos (FCSP) y Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT).

<sup>100</sup> En la construcción del presente informe participaron además las siguientes organizaciones: Acción colectiva de objetores y objetoras de conciencia (ACOOOC), Asociación para la Promoción Social Alternativa (Minga), Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia (COALICO), Colombia Diversa, Corporación Anne Frank, Heartland Alliance Internacional, Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (PAIS).

En este Informe, se analiza de manera amplia el fenómeno de la tortura en Colombia, tocando temas como la tortura contra grupos históricamente discriminados, o en conexidad con otros derechos, como la criminalización de la protesta, el abuso de la fuerza pública en contextos de movilización social, la desaparición forzada, las detenciones arbitrarias, las ejecuciones extrajudiciales, las retenciones ilegales, las estigmatizaciones y señalamientos o los tratos degradantes a la población campesina, indígena y líderes sociales, en fin, la tortura como método de generar terror en la población.

En este apartado, se recuperarán los principales extractos de este informe, que hacen referencia exclusivamente a la tortura en contextos de privación de libertad.

El dramático aumento de las cifras de hacinamiento en Colombia, que pasaron del 27.8% al 58.5% entre el año 2009 y el 2014, demuestran que no ha habido una política gubernamental integral en materia carcelaria y criminal que permita superar los problemas estructurales que enfrentan las personas privadas de la libertad. Como consecuencia de la situación de hacinamiento se han proferido decisiones judiciales que ordenan impedir el ingreso de personas privadas de libertad en más de 40 centros de reclusión donde se presentan los mayores índices de hacinamiento. A finales del mes de mayo de 2013, el gobierno colombiano declaró la emergencia carcelaria, lo que implica un reconocimiento expreso de la crisis humanitaria que se vive al interior de los centros de reclusión del país y que atenta gravemente contra los derechos fundamentales y la dignidad humana de miles de personas que se encuentran en prisión

La cobertura y atención en salud de las personas privadas de libertad en el país sigue siendo crítica, y el *estado de cosas inconstitucionales* declarado en materia de salud, en los centros de reclusión del país, mediante la sentencia T-606 de 1998, todavía persiste.

Es verdad que la Ley 1709 de 2014 creó un nuevo sistema de salud, pero este aún no ha sido implementado en los centros de reclusión.

Las personas privadas de la libertad en Colombia son sometidas a difíciles condiciones de habitabilidad en los centros penitenciarios en los que se encuentran reclusas, debido a que muchos de estos no cumplen con normas de salubridad adecuadas o restringen de manera injustificada el acceso a servicios básicos como el agua.

En el marco de una Misión Internacional llevada a cabo por la representante para América Latina de ACAT, con el acompañamiento de la CCCT entre el 28 de abril y 9 de mayo de 2015, se observó que, de forma generalizada, en los centros de reclusión del país existe:

Infraestructura carcelaria inadecuada; falta de agua y ventilación; espacios inadecuados para talleres, deportes y áreas de visitas, y el uso generalizado del aislamiento prolongado, como medida de sanción. Además, se destaca el traslado arbitrario a otros centros carcelarios como represalia por la labor de defensa de los DDHH, la denuncia y el uso de recursos constitucionales, como la tutela, alejándolos sin previo aviso de sus núcleos familiares.

De igual forma, los niveles de aislamiento al interior de los centros de reclusión por castigo o medida exclusiva de seguridad se mantienen en las prisiones colombianas. El aislamiento prolongado, en muchas ocasiones, se extiende por años, y son encerrados en sus propias celdas, en las UTE (unidades de tratamiento especial) o tras áreas improvisadas para tal fin, como los pasillos. Además, esta medida, suele ser aplicada discrecionalmente por el personas de custodia y vigilancia.

Pese a que el CAT en cada uno de sus informes, reitera la necesidad de que el Estado colombiano ratifique el OPCAT, el gobierno sigue amparando su negligencia con la creación de los Comités de Derechos Humanos constituidos por la Defensoría del Pueblo y la población carcelaria, afirmando que son mecanismo de consulta y participación dispuestos y garantizados en cada centro penitenciario.

Y aunque el Comité celebra esta iniciativa, tiene que seguir insistiendo en que este es un espacio que carece de independencia, incluso puede llegar a representar una desventaja para sus integrantes quienes se pueden ver amenazados por su participación. De igual manera, la creación de los Comités no ha servido para desincentivar el uso de la acción de tutela, la cual sigue siendo el mecanismo más usado por los internos para buscar la protección de sus derechos fundamentales, lo cual no es lo más idóneo, pues hace que el colapso judicial se mantenga en el tiempo.

En este sentido, la negativa de Colombia de ratificar el mencionado instrumento no solo es injustificada, sino que también va en detrimento del respeto de los derechos humanos de la población reclusa, ya que no es posible para órganos autónomos verificar el estado de las cárceles y hacerles seguimiento a los lineamientos internacionales en la materia.

## **VII. ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL QUE TRABAJAN EN LA PREVENCIÓN Y DENUNCIA DE LA TORTURA EN COLOMBIA.**

Si bien aún queda un largo camino por recorrer en cuanto a la lucha y garantía de los derechos humanos en Colombia, es necesario resaltar el papel que han jugado en este sentido, diferentes movimientos y organizaciones sociales, quienes, muchas veces desde la precariedad, e incluso poniendo en riesgo su propia vida, ya que en un país como Colombia, ser defensor de derechos humanos puede ser considerado una actividad de alto riesgo, han constituido un enorme tejido social, que se ha venido robusteciendo y solidificando con el paso de los años, y el cual es mucho cercano y accesible a las víctimas, que las propias instituciones de derechos humanos creadas para tal fin.

Específicamente en materia de privación de la libertad, La Coalición Colombiana Contra la Tortura desempeña un papel protagónico,

está conformada por un grupo de organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales que brindan apoyo a las víctimas de tortura y luchan por la erradicación de esta práctica en el país. Y además cuenta con el apoyo permanente de la Organización Mundial Contra la Tortura - OMCT-.

***FUNDACIÓN COMITÉ DE SOLIDARIDAD CON LOS PRESOS POLÍTICOS<sup>101</sup>***

El Comité de solidaridad con los presos políticos es una organización no gubernamental, dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos, en particular, los derechos a la vida, integridad personal, la libertad y el acceso a la justicia de las personas privadas de la libertad por motivos políticos y de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

Los objetivos específicos de trabajo del Comité están dirigidos a brindar asistencia jurídica y humanitaria a personas presas por motivos políticos, denunciar la tortura y otros malos tratos en los centros carcelarios, defender los derechos de las personas privadas de la libertad en el país, representar jurídicamente a víctimas e impulsar su fortalecimiento organizativo.

Para esto se ha definido como estrategias de trabajo, el litigio, el fortalecimiento de capacidades organizativas de comunidades y organizaciones sociales, la investigación y la divulgación de informes, la formación en derechos humanos y la incidencia nacional e internacional.

La Fundación CSPP, se propone contribuir a la exigencia, promoción y difusión del respeto y las garantías de los Derechos Humanos de todas las personas en Colombia, en la búsqueda de la verdad, la justicia

---

<sup>101</sup> La información de este apartado ha sido tomada de la página oficial de la organización: <http://cspresospoliticos.com/>

y la reparación; en especial el derecho a la Vida, la Libertad, la Integridad Física y Moral, a un trato digno, a un juicio justo e imparcial y los demás derechos de las personas privadas de la libertad, procesadas por delitos políticos y judicializadas por participar en la protesta social.

***ASOCIACIÓN DE FAMILIARES DE DETENIDOS – DESAPARECIDOS ASFADDES<sup>102</sup>***

Ante la situación de insensibilidad, de no respuesta y de negación, los familiares de los detenidos- desaparecidos deciden aunar esfuerzos en la búsqueda, organizándose como Asociación de Familiares de Detenidos - Desaparecidos ASFADDES y el 4 febrero de 1983, salieron por primera vez a la calle armadas y armados, con las fotos y los nombres de sus seres queridos escritos en pancartas, con el dolor ahogado en la garganta y sus voces exigiendo su aparición con vida, y el juicio y castigo a los culpables, apoyados por un grupo de estudiantes afectados y dolidos también por la ausencia de sus compañeros de aulas.

Busca luchar coordinadamente con todos los asociados y organizaciones afines, por encontrar los Detenidos-Desaparecidos, exigiendo al Estado Colombiano la plena vigencia y la garantía del derecho a conocer la Verdad, la aplicación de la Justicia, la Reparación Integral y la Recuperación de la Memoria Histórica.

***ASOCIACIÓN MINGA<sup>103</sup>***

La Asociación MINGA nació con la Constitución de 1991, esa que abrió los diques para la participación política de los sectores excluidos por

---

<sup>102</sup> La información de este apartado ha sido tomada de la página oficial de la organización: <http://www.asfaddes.org/index.php>

<sup>103</sup> La información de este apartado ha sido tomada de la página oficial de la organización: <http://asociacionminga.org/>

la de 1886: los indígenas, los afros, las mujeres, las diferentes iglesias, y partidos políticos distintos al liberal y conservador. Con ese derrotero, la Asociación MINGA ha acompañado a organizaciones sociales en regiones como el Sur del Cesar, el Catatumbo, el Magdalena Medio, Santander y Arauca. Así se construyeron escuelas de líderes, se crearon comités de derechos humanos, cooperativas y tiendas comunitarias, y hasta se alcanzaron administraciones locales, apenas estrenando la elección popular de alcaldes.

- **Misión**

MINGA promueve la defensa y el ejercicio integral y diferencial de los derechos humanos, la justicia y la democracia, la participación organizada, la autonomía de los procesos sociales, la integración, la permanencia y defensa del territorio y el fortalecimiento de los proyectos de vida, mediante acciones de protección, educación, investigación, incidencia, comunicación y asistencia legal. Para ello trabaja en articulación sinérgica con diversos actores sociales del país y con instituciones nacionales e internacionales.

***COLECTIVO DE ABOGADOS JOSE ALVEAR RESTREPO<sup>104</sup>***

El Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" es una Organización No Gubernamental de derechos humanos, sin ánimo de lucro, conformada por profesionales del derecho y estudiantes que apoyados en otras áreas del conocimiento y la participación de diferentes sectores sociales y democráticos de la población, defiende y promueve integralmente los derechos humanos y los derechos de los pueblos, desde una perspectiva de indivisibilidad e interdependencia, con el objetivo de

---

<sup>104</sup> La información de este apartado ha sido tomada de la página oficial de la organización: <http://www.colectivodeabogados.org/>

contribuir a la construcción de una sociedad justa y equitativa en la perspectiva de la inclusión política, económica, social y cultural.

La Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" nace como resultado de la labor de la Asociación Nacional de Profesionales ASONALPRO la cual nucleaba profesionales de distintas disciplinas que trabajan en pro de los sectores sociales y populares; la defensa de presos y perseguidos políticos, la asistencia integral a víctimas y familiares en casos de violaciones a los derechos humanos, como detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas de personas, ejecuciones extrajudiciales, masacres y torturas.

#### ***COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS<sup>105</sup>***

La Comisión Colombiana de Juristas es una organización no gubernamental domiciliada en Bogotá, con estatus consultivo ante Naciones Unidas, filial de la Comisión Internacional de Juristas (con sede en Ginebra), y de la Comisión Andina de Juristas (con sede en Lima).

La Comisión Colombiana de Juristas busca contribuir:

i) al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas ii) a la vigencia de los derechos humanos y el Estado social de derecho en Colombia.

---

<sup>105</sup> La información de este apartado ha sido tomada de la página oficial de la organización: <http://www.coljuristas.org/index1.php?idioma=es&grupo=1>

### ***CORPORACIÓN REINICIAR***<sup>106</sup>

La Corporación para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos Reiniciar (Reiniciar o Corporación Reiniciar) es una organización no gubernamental, sin ánimo de lucro, con status consultivo ante la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), fundada en Bogotá en 1992 con el objetivo de defender, promover y contribuir a la plena vigencia de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en Colombia. Reiniciar fue fundada por un grupo de defensores de derechos humanos de la región del Magdalena Medio colombiano, quienes en razón de su misión fueron perseguidos y obligados a abandonar la zona. Reiniciar representa la decisión de dar continuidad al compromiso de defender los derechos humanos en cualquier lugar o circunstancia.

### ***CORPORACIÓN AVRE***<sup>107</sup>

En la década de los ochenta, la situación de violencia en Colombia, se recrudece. El índice de homicidios es de los más elevados del mundo, más del 15% de ellos, se realizan por motivaciones políticas.

Un grupo de profesionales del Departamento de psiquiatría de la Universidad Nacional de Colombia, empezaron a cuestionarse y a preocuparse por la salud mental de las personas víctimas de este tipo de violencia, pues el terreno de los efectos psicosociales y en la salud mental

---

<sup>106</sup> La información de este apartado ha sido tomada de la página oficial de la organización: <https://www.reiniciar.org/>

<sup>107</sup> La información de este apartado ha sido tomada de la página oficial de la organización: <http://www.corporacionavre.org/>

de la violencia política, era aún un ámbito abordado de manera superficial y prevenida.

Así, en 1990 este grupo inició acciones dirigidas a implementar un programa de salud mental para víctimas de violencia socio-política y en 1992 se constituye en una Organización No Gubernamental llamada Corporación AVRE – Apoyo a Víctima de Violencia Socio Política Pro – Recuperación Emocional, compuesta por psiquiatras y profesionales de diversas ramas, como medicina, psicología, enfermería y ciencias sociales.

### ***CORPORACIÓN VÍNCULOS<sup>108</sup>***

La Corporación Vínculos fue creada en 2003 y es una Organización No Gubernamental sin ánimo de lucro, de interés social y derecho privado, regida por las leyes colombianas, sin vinculación alguna a partidos políticos o religiosos.

La Corporación Vínculos desde una perspectiva humana, de incidencia política, de derechos, sistémica y constructorista, realiza trabajo psicosocial con organizaciones, redes sociales y víctimas de la violencia social y política. Su quehacer está orientado desde la prevención, la investigación, el reconocimiento del otro y la generación de procesos de cambio en el contexto relacional – emocional de las personas, hacia el fortalecimiento de un contexto democrático en Colombia.

Desde su creación la Corporación Vínculos ha adelantado numerosos proyectos en diversas zonas del país con el apoyo de

---

<sup>108</sup> La información de este apartado ha sido tomada de la página oficial de la organización: <http://corporacionvinculos.org/home/>

cooperación nacional e internacional y de aliados locales y regionales del orden público y privado.

### **VIII. CONSIDERACIONES PREVIAS**

La Corte Constitucional afirma expresamente que los derechos humanos consagrados en los Tratados Internacionales y en la Constitución Política, en la realidad penitenciaria del país ‘constituyen letra muerta’.

Esta desoladora afirmación pone de manifiesto la gravedad de las condiciones carcelarias colombianas, las cuales se asemejan con la tortura, y los tratos crueles, degradantes e inhumanos.

Ante este panorama, no podemos creer que los límites del derecho se agotan en las fronteras internas, o que ante el desconocimiento de los fallos del más Alto Tribunal interno no hay nada que hacer. Por el contrario, se debe promover el uso de la legalidad internacional y de los mecanismos supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la cual se tendría que acudir, ante la ineficacia de los mecanismos internos, para proteger los derechos de las personas privadas de la libertad en Colombia, a las que se les está desconociendo su dignidad humana, y están siendo sometidos a una pena cruel, degradante e inhumana.

Es necesaria una profunda reforma del sistema penitenciario que, fundamentada en los Tratados y Convenios internacionales, y en las recomendaciones de las organizaciones de derechos humanos, incentive cada vez, un uso menor de la prisión, como medida de castigo, promoviendo el uso de medidas mucho menos coercitivas, y que no atente de manera directa contra la dignidad humana.

En este sentido, no hay ninguna razón para que, hasta la fecha, Colombia sea uno de los pocos países latinoamericanos que no haya

mostrado compromiso político para prevenir la tortura, ratificando el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (OPCAT) de Naciones Unidas.

Se requiere por lo tanto, una política criminal sólida, fundamentada en la Constitución Política y en los tratados internacionales, que sea de corte garantista, minimalista y de excepción, para que las dinámicas propias del encierro, las sentencias, las leyes, los reglamentos y circulares, la ‘especial relación de sujeción- sumisión’ y el tratamiento cruel, degradante e inhumano al que son sometidas las personas privadas de la libertad en Colombia, dejen de configurar “sujetos” que ya no soportan el rótulo de personas.

Es también muy necesario que la prisión abra sus puertas para que todos podamos ver y conocer que es lo que en realidad ocurre detrás de sus muros, sólo así podremos verdaderamente indignarnos, y como afirma GONNELLA “La indignación funcionará como un motor para producir un alud” (2016).

## CONCLUSIONES

- **Sobre la debilidad institucional**

La sociedad colombiana ha estado inmersa por muchos años en las dinámicas propias de la guerra, lo que ha generado que se llegue a naturalizar algunas formas de violencia, dando lugar a lo que se conoce como una *cultura de la violencia*, en contraposición, a la *cultura del control*.

La enorme debilidad institucional causada por la ausencia estatal en gran parte del territorio explica la desinstitucionalización de la función penal en Colombia.

- **Sobre Política criminal**

Durante mucho tiempo se ha sostenido que la política criminal en Colombia no tiene un enfoque claro y definido, pero de acuerdo con la misma Corte Constitucional la política criminal es reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad. Es precisamente ese enfoque, el responsable de la expansión penitenciaria en Colombia, y con ello de los altos índices de hacinamiento y la violación masiva y sistemática de derechos humanos al interior de las prisiones.

Tanto la política criminal colombiana, como la legislación penal vigente, son fragmentarias, inconexas, contradictorias, y con una tendencia general hacia las vertientes más autoritarias y represivas. Le dan un uso preponderante a la privación de la libertad, a la detención preventiva, y promueven la eliminación o reducción de los beneficios penitenciarios, lo que precisamente hace injustificable e inoperante la resocialización, como finalidad de la pena.

La política criminal de corte autoritaria, además de favorecer el inflacionismo penal, permite mayores índices de impunidad y demoras en el acceso a la justicia, lo que consecuentemente genera una mayor desconfianza de los ciudadanos el sistema penal y sus instituciones.

La política criminal en el caso particular de Colombia debe atender a las dinámicas políticas, sociales y economías del país, que van desde una guerra declarada contra el narcotráfico, hasta un prolongado conflicto armado interno, además de otros factores estructurales, como los altos índices de pobreza, desempleo, desigualdad y corrupción.

La política criminal colombiana no se cimenta bajo una estructura sólida, por el contrario, está condicionada en gran medida por los interés político-económicos de los gobiernos de turno, los cuales, además, han estado sujetos a las directrices promulgadas por la comunidad internacional, y por el gobierno de los Estados Unidos, en particular.

La subordinación de la política criminal a la política de seguridad ha fortalecido el carácter autoritario de la legislación penal en Colombia, llegando a su máxima expresión con la Política de Defensa y Seguridad Democrática del gobierno de Álvaro Uribe (2002-2010), y, posteriormente en el gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2018) con el auge de las políticas de seguridad ciudadana

El carácter represivo y autoritario de la política criminal se contrarresta con políticas sociales eficaces e incluyentes, que atiendan las necesidades básicas de la población, como la pobreza y el desempleo, buscando conservar para el derecho penal su carácter subsidiario y de *ultima ratio* y que lesionen lo menos posible, los derechos fundamentales.

Es necesario detener la hiperinflación normativa, la inaplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad, e implementar programas de reintegración y acompañamiento a los reclusos durante y después de su detención.

La política criminal en Colombia necesita pasar de un modelo represivo, a uno que se enfoque, predominantemente en la prevención. Para eso es necesario un cambio de perspectiva, tanto jurídico, como social.

Es necesario evitar que la sociedad eleve cada vez más sus demandas punitivas y que el poder legislativo, interesado en atender dichas expectativas, incremente las penas y eleve a categoría de delitos, conductas de escaso daño social.

- **Sobre el sistema carcelario**

Hasta finales de la década de los noventa, el sistema penitenciario colombiano se mantuvo en una situación de abandono por parte de todas las instituciones del Estado. Unos índices de hacinamiento que superaban el 30%, y unas condiciones degradantes de reclusión alertaron a la Corte Constitucional, que en el año 1998 declaró el primer *estado de cosas inconstitucionales* en los centros de reclusión del país. Si bien esto sirvió para que saliera a la luz las condiciones deplorables en las que se mantenían a los presos, la Corte Constitucional en esta sentencia solo se ocupó de falta de capacidad carcelaria, evadiendo el debate sobre los factores estructurales que llevaron a estas condiciones.

Siguiendo las directrices de la Corte Constitucional promulgadas en la Sentencia T-153 de 1998, el Estado colombiano se ocupó exclusivamente de ampliar la capacidad carcelaria del país, para lo cual firmó un acuerdo con el gobierno de los Estados Unidos, denominado Nueva Cultura Penitenciaria, cuyo objetivo fue construir 11 nuevos mega-establecimientos de reclusión y reducir el hacinamiento a un 20%.

El programa de la Nueva Cultura Penitenciaria, si bien duplicó la disponibilidad de cupos carcelarios, la población privada de la libertad, por

su parte, se triplicó, razón por la cual este programa nunca logró cumplir con los objetivos trazados de reducir el hacinamiento, pero en cambio sí, se incrementó el orden, la vigilancia y el control en estos establecimientos inspirados en el sistema carcelario estadounidense, lo que ha generado una problemática mayor de violación de derechos humanos.

Prácticas y discursos como la doctrina de especial sujeción de las personas privadas de la libertad, y el principio de sostenibilidad fiscal, favorecen las condiciones degradantes de reclusión al interior de las prisiones.

Desde que se declaró el primer *estado de cosas inconstitucional* en los centros de reclusión del país, la Corte Constitucional mantuvo una postura muy pasiva frente a la protección de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad, pues por más de una década se dedicó a reiterar el *estado de cosas inconstitucionales* ya declarado, dando la espalda a la violación masiva de derechos humanos, que alcanzó un hacinamiento del 56%. Ante esta situación, y el centenar de tutelas que se interpusieron pidiendo su protección, fueron determinantes las diversas iniciativas de la academia y de la sociedad civil que solicitaron a la Corte la reiteración del *primer estado de cosas inconstitucionales* o la promulgación de uno nuevo.

La Corte Constitucional emite un nuevo pronunciamiento en el que se declara un nuevo *estado de cosas inconstitucionales* mediante la sentencia T-388 de 2013, el cual por primera vez se aleja del debate de la capacidad carcelaria, y —viéndose forzada a suplir las faltas del órgano legislativo—, impone medidas como las “reglas de equilibrio” o de “equilibrio decreciente” para intentar frenar el aumento de la población penitenciaria, no obstante, esta medida, solo logró trasladar el problema a las estaciones de policía, lugares que no están acondicionados para detener a personas por un largo periodo.

El sistema penal se ha concentrado en un uso preponderante de la prisión como mecanismo sancionatorio. Es necesario, por lo tanto, empezar a desmitificar la idea de que la prisión sirve como mecanismos disuasivos de la criminalidad. Por el contrario, las mayores tasas de encarcelamiento o la ampliación de los periodos de condena tienen el efecto de aumentar, en vez de reducir la tasa de criminalidad.

- **Sobre la Tortura y los tratos crueles, degradantes e inhumanos**

Las condiciones de reclusión y el elevado hacinamiento del sistema carcelario en Colombia se asemejan a los tratos crueles, degradantes e inhumano, proscritos por la Constitución y los Tratados internacionales.

La Corte afirma que, en las cárceles colombianas la deshumanización de las personas privadas de libertad es evidente, y las posibilidades de que se cometan tratos crueles, inhumanos y degradantes aumenta notoriamente, y que nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado. Por el contrario, se tiende más bien a confirmar que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción.

La degradación progresiva y sistemática de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, se da desde los enfoques normativo, jurisprudencial, administrativo y real, y no como muchos pensarían que es de carácter extraoficial o incluso desde lo excepcional, poniéndose en evidencia que la cárcel se ha diseñado “formal y oficialmente” para infringir un mal, que cruza incesantemente la infranqueable línea de la dignidad humana.

- **Sobre los sistemas de protección de la tortura**

La limitación innecesaria de los derechos de las personas privadas de la libertad que atentan contra su condición humana, merecen la misma protección constitucional que la de cualquier otra persona no sometida a las condiciones carcelarias.

Ante el desconocimiento de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, hay que promover el uso de la legalidad internacional y de los mecanismos supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos buscando una protección real y duradera de los derechos de las personas privadas de la libertad.

Una verdadera política criminal, respetuosa de los derechos humanos, tiene que acoger las órdenes y recomendaciones de los organismos y organizaciones Internacionales de derechos humanos.

Para evitar que las cárceles colombianas se sigan convirtiendo en zonas de *no-derechos*, es necesario que el Estado ratifique el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (OPCAT) de Naciones Unidas. No existe ninguna razón para que, hasta la fecha, Colombia sea uno de los pocos países latinoamericanos que no haya mostrado compromiso político para prevenir la tortura.

Llama particularmente la atención, que teniendo conocimiento de las condiciones degradantes a las que son sometidas las personas privadas de la libertad en Colombia, y teniendo en cuenta la vasta jurisprudencia desarrollada en la región sobre la materia, no existe ninguna condena al Estado sobre torturas o tratos crueles, degradantes e inhumanos en materia específica de privación de libertad, lo cual lejos de enaltecernos, debería cuestionarnos fuertemente debido al letargo y

pasividad en el que, como sociedad civil, hemos permitido semejantes violaciones de derechos humanos.

- **Sobre privatización carcelaria**

El modelo de privatización carcelaria se ha intentado implementar en Colombia en repetidas oportunidades, pese a que diversos estudios y la experiencia de otros países en la región y a nivel mundial, han demostrado sus enormes dificultades, más aún, en un país que, como Colombia tiene altos índices de corrupción.

El modelo de privatización carcelaria está cobrando fuerza en Colombia. A la fecha ya están tercerizadas la salud, la alimentación, la telefonía, y está en debate construir y privatizar, en su totalidad, nuevos establecimientos de reclusión.

Enfocar todos los esfuerzos, simplemente en la construcción de nuevos establecimientos de reclusión, además de inadecuado, resulta fiscalmente inviable, y hace que se tomen medidas contraproducentes, como la privatización carcelaria.

- **Encarcelamiento masivo**

Mientras que los países latinoamericanos han incrementado exponencialmente sus tasas de encarcelamiento, Estados Unidos, ha logrado descender levemente su tasa de encarcelamiento en la última década. Lo que no puede interpretarse como que el país más carcelero del mundo está disminuyendo su punitividad, por el contrario, es una muestra de que estas políticas son insostenibles para cualquier Estado.

La expansión vertical y horizontal del sistema carcelario de manera prolongada durante las últimas tres décadas, responde a una clara tendencia al encarcelamiento masivo, y es necesario empezar a darle esa denominación, y no otros eufemismos como “mayor encarcelamiento”, para que se dimensione la magnitud problema, y se empiecen a aplicar estrategias de contención y reducción de la enorme masa de personas privadas de la libertad.

Debido a los efectos de la pandemia, los índices de hacinamiento carcelario han reducido considerablemente, pero es importante recalcar que, esto no se debe a los efectos del decreto de des-carcelación, ya que la enorme lista de restricciones lo hizo inoperable, y fue una vez más, el activismo judicial, en este caso, el de los jueces de ejecución de penas, los que lograron tal reducción, y tampoco se debe a un cambio en el enfoque punitivista de la política criminal, por lo cual, las posibilidades de volver a las antiguas condiciones de degradación, son muy altas. Se necesita, por lo tanto, que la sociedad civil y la comunidad internacional se mantengan en un estado de vigilancia permanente de la cuestión carcelaria en Colombia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G. (1998). *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Ed. Pretextos.
- ALEXANDER, M. (2012). *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness* Trad. Valle & Odriozola. “*El color de la justicia. La nueva segregación racial en Estados*. Ed. Titivillus.
- ÁLVAREZ, J.F. (2015). ¿Es posible que la gramática del derecho penal le preste servicios a proyectos de descriminalización? En: Arias. *¿Reformar o abolir el sistema penal?* (pp. 141-165). Siglo del Hombre Editores.
- ARENDT, H. (2015). *El origen de los totalitarismos*. Alianza.
- ANITUA, G. (2011) [2005]. Los principios constitucionales para una Política criminal del Estado social y democrático de derecho. En: Rivera. *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. (pp. 289-303). Anthropos.
- ANITUA, G. (2011). *Castigo, cárceles y controles*. Ediciones Didot.
- ANITUA, G. (2012). Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena. En: Postay. *El abolicionismo penal en América Latina: Imaginación no punitiva y militancia*. (pp. 1-17). Editores del Puerto.
- ANITUA, G. (2015). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Ediciones Didot.
- ANITUA, G., GUAL, R. (2016). *Privación de libertad. Una violenta práctica punitiva*. Ediciones Didot.
- ANITUA, G., ZYSMAN, D. (2013). *La tortura. Una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*. Ediciones Didot.
- ARIAS, D. P. (2015). *¿Reformar o abolir el sistema penal?* Siglo del Hombre Editores.
- ARIZA L., TORRES, M. (2019). Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario. *Revista Socio-Jurídicos*, 21 (2), 227-258.
- ARIZA, L., TORRES, M. (2020). *Encarcelamiento masivo: Derecho, raza y castigo de Jonathan Simon*. Siglo del Hombre Editores.
- ARIZA, L., ITURRALDE, M. (2011). *Los muros de la infamia. Prisiones en Colombia y en América Latina*. Colección Estudios CIJUS. Universidad de los Andes.

- ARIZA, L., ITURRALDE, M. (2021). Las prisiones y las transformaciones del campo del control del crimen en Colombia. En Ariza, Iturralde, Tamayo. *Cárcel, Derecho y Sociedad: Aproximaciones al mundo penitenciario en Colombia* (pp. 21-54). Editorial Universidad de los Andes.
- ARIZA, L., TORRES, M. (2021). Los retos de la política criminal y penitenciaria en Colombia. En: Ariza, Iturralde, Tamayo. *Cárcel, Derecho y Sociedad: Aproximaciones al mundo penitenciario en Colombia* (pp. 83-115). Editorial Universidad de los Andes.
- ARIZA, L., ITURRALDE, M., TAMAYO, F. (comp.) (2021). *Cárcel, Derecho y Sociedad: Aproximaciones al mundo penitenciario en Colombia*. Editorial Universidad de los Andes.
- ARIZA, L., TAMAYO, F. OLARTE, D. (2021). No pueden (deben) salir: el discurso constitucional y la defensa de la incapacitación del delincuente. En Ariza, Iturralde, Tamayo. *Cárcel, Derecho y Sociedad: Aproximaciones al mundo penitenciario en Colombia* (pp. 115- 140). Editorial Universidad de los Andes.
- ARRIAGADA, I. (2012). De cárceles y concesiones: Privatización carcelaria y penalidad neoliberal. *Revista de Derecho*, Vol. XXV, N°2, diciembre, 9-31.
- ARRIAGADA, I. (2013). Cárceles privadas: la superación del debate costo-beneficio. *Política Criminal*, Vol. 8, N°15, julio, 210-248.
- BARATTA, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología jurídico-penal*. Siglo XXI Editores.
- BARATTA, A. (1990). Resocialización o control social. Por un concepto de reintegración social del condenado. Ponencia presentada en el Seminario "Criminología crítica y sistema penal", Lima, Perú.
- BARATTA, A. (1998). La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Capítulo Criminológico*, Vol. 26, N°2, 9-47.
- BARATTA, A. (1997). Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social. En: Carranza. *Delito y seguridad de los habitantes*. (pp. 27-47). Siglo XXI Editores.
- BAUMAN, Z. (1999). "Ley global, ordenes locales" en *La globalización*. Fondo de Cultura Económica.
- BECK, U. (2006). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Ediciones Paidós Ibérica.
- BELLIDO, H, DÓPICO, J. (2007). ¿Se debe dar en concesión la administración de los centros penitenciarios? *Themis*. N°53, 313-334.
- BENAVIDES, F. S. (2017). *Criminología en Colombia*. Editorial Ibáñez.

- BERGALLI, R., RIVERA, I. (cords.) (2005). *Política criminal de la guerra*. Anthropos.
- BERGALLI, R. (2001). Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Núm. 8, 51-76.
- BERNAL, C. & REED, M. (2007): De La Modelo a Coleman (o cómo las cárceles en Colombia se volvieron de verdad). Un comentario exploratorio sobre las relaciones entre la sociedad, la política y la prisión en Colombia. *Revista de la Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal*. Volumen 1. N.º 2. Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL, C. (2004). ¿Cárceles de verdad o cárceles del terror? *Círculo de investigación "Castigo y sociedad"*, *Actualidad Colombiana*, N° 380, marzo 31 a abril 15.
- BERNAL, C. FORERO, A. (2016). Introducción. Políticas criminales y modelos penitenciarios: En busca de una caracterización. En: Rivera y García-Bores. *La cárcel dispar. Retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los Derechos Humanos en el ámbito penitenciario*. (pp.17-32). Ediciones Bellaterra.
- BERNUZ, M. J. & PÉREZ A. (2006). *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio jurídica*. Universidad de la Rioja. España.
- BINDER, A. (2012). *Análisis político criminal: Bases metodológicas para una Política criminal minimalista y democrática*. Ed. Astrea.
- BOTTOMS, A. (1995). "The Politics and Philosophy of Sentencing", en *The Politics of Sentencing*. Clarendon Press.
- BOVINO, A. (1999). Manual del buen abolicionista. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 11, No. 16.
- BRANDARIZ J. (2007). *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en los tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación*. Editorial Comares.
- BRANDARIZ J. (2014). *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*. Editorial Dykinson.
- BRANDARIZ J.A. (2014). *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*. Ed. Dykinson
- BRAVO, O. (edit.) (2018). *Perspectivas multidisciplinares sobre las cárceles Una aproximación desde Colombia y América Latina*. Editorial Universidad Icesi.
- CARRANZA, E. (2009). *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe. Como implementar el modelo de Derechos Humanos y obligaciones de las Naciones Unidas*. Siglo XXI Editores.

- CARRANZA, E. (2018). Introducción. En: Bravo (edit.). *Perspectivas multidisciplinares sobre las cárceles Una aproximación desde Colombia y América Latina*. (pp. 9-54). Editorial Universidad Icesi.
- CARRANZA, E. (COORD) (2010). *Criminalidad cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*. Siglo XXI editores.
- CASTAÑO, R. (2002). Colombia y el Modelo Neoliberal. *Ágora Trujillo*, Año 005 - N° 010, 59-78.
- CHAVERRA, R., FERNÁNDEZ, T., GARCÍA-BORES J., GIRALDO, N. (2015). La política de inmigración en España como instrumentalización de la alteridad. *Crítica penal y poder*, N° 9, 193-216.
- CEREZO, A. I., & ARENAS, L. (2016). Realidad penitenciaria en Colombia: La necesidad de una nueva Política Criminal. *Revista Criminalidad*, 58 (2), 175-195.
- CHRISTIE, N. (1993). *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* Editores del Puerto.
- CHRISTIE, N. (1993). *La industria del control del delito*. Ediciones del Puerto.
- CIGÜELA, J. (2015). Derecho penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido. *ISONOMÍA* No. 43, 129-150.
- CIGÜELA, J. (2019). *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Tirant lo blanch.
- CUNEO, S. (2017). *El encarcelamiento masivo*. Ediciones Didot.
- CUNEO, S. (2018). *Cárceles y pobreza: Distorsiones del populismo penal*. Uqbar Editores
- CUNEO, S. (2019). El color de la justicia. La nueva segregación racial en Estados Unidos. Alexander, M. [Recensión]. *Nueva serie*, año LII, número extraordinario, 459-468.
- DAVIS, A. (2016) [2005] *Democracia de la abolición: Prisiones, racismo y violencia*. Trad. Fortea. Editorial Trotta
- DAVIS, A. (2017) [2003] *¿Son obsoletas las prisiones?* Trad. Adelstein. Bocavulvaria Ediciones.
- DE DARDEL, J. (2015). Resistiendo la “nuda vida”: los prisioneros como agentes en la era de la Nueva Cultura Penitenciaria en Colombia. *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 8, marzo, 47-65.
- DE DARDEL, J. Y SÖDERSTRÖM, O. (2020). Ascenso y caída del Supermax: cómo el modelo de prisión estadounidense y la política penal ultrapunitiva llegaron a Colombia (Trads. Cruz y Grajales). *Ciencia Política*, 15 (29), 289-325.

- DE GIORGI, A. (2006). *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. Trad. Brandariz, Traficantes de sueños.
- DE GIORGI, A. (2015). Cinco Tesis Sobre el Encarcelamiento Masivo. *Nova Criminis* 10, 69-111.
- DE SOLA, A. (1983). Política social y política criminal. En: Bergalli, Bustos. *El pensamiento criminológico*. (pp. 245-265). Editorial Temis.
- DEL OLMO, R. (1981). *América Latina y su criminología*. Siglo XXI Editores.
- ESTRADA, J. (2006). Las reformas estructurales y la construcción del orden neoliberal en Colombia. En: Ceseña. *Los desafíos de las emancipaciones en un contexto militarizado*. CLACSO.
- FERRAJOLI, L. (2000). *Derecho y Razón*. Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2008). La batalla contra la tortura: la batalla de la razón. En Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans (OSPDH) (coord.). *Privación de la libertad y Derechos Humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional*. (pp.17-22). Icaria.
- FERRAJOLI, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2016). Epílogo. Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. En: Rivera y García-Bores. (coords.) *La cárcel dispar. Retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los Derechos Humanos en el ámbito penitenciario* (pp. 327 - 338). Edicions Bellaterra.
- FOUCAULT, M. (1998) [1964]. *Historia de la locura en la época clásica. Tomo I*. Trad. Utrilla. Fondo de Cultura Económica.
- FOUCAULT, M. [1975] (2002). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores
- FUNDACIÓN COMITÉ DE SOLIDARIDAD CON LOS PRESOS POLÍTICOS (FCSP) (2003). *Informe: Tortura en tiempos de "seguridad democrática"*
- FUNDACIÓN COMITÉ DE SOLIDARIDAD CON LOS PRESOS POLÍTICOS (FCSP) (2009). Informe: Seguridad sin derechos. Informe de la situación carcelaria en Colombia 2007 – 2009.
- GALLEGO, G. (2015). Humanidad e inhumanidad. La ignominia de la cárcel. En: Arias. *¿Reformar o abolir el sistema penal?* (pp. 79-137). Siglo del Hombre Editores.
- GARLAND, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa.
- GARLAND, D. (2007). *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Trad. Iturralde. Siglo del Hombre Editores.

- GARLAND, D. (Ed.). (2001). *Encarcelamiento masivo: causas y consecuencias sociales*. Sabio.
- GÓMEZ, A., ARRIETA, E. (2018). La responsabilidad del estado colombiano por la violación de los derechos de las personas privadas de la libertad. En: Bravo (edit.). *Perspectivas multidisciplinarias sobre las cárceles Una aproximación desde Colombia y América Latina*. (pp. 55-98). Editorial Universidad Icesi.
- GÓMEZ, L. (2001). *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*. Colección He Doc.
- GÓMEZ, M., GÓMEZ, D., (2018). Abolicionismo decolonial: repensando las maneras de abordar el castigo. En: Gutiérrez y Olarte. *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Política Criminal.
- GONELLA, P. (2016). Antígone. La dignidad antes (incluso) que la rehabilitación. En: Rivera, García-Bores. (coords.) *La cárcel dispar. Retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los Derechos Humanos en el ámbito penitenciario* (pp. 297 - 313). Ediciones Bellaterra.
- GONZÁLEZ, I. (2021). *Neoliberalismo y castigo*. Ediciones Bellaterra.
- GONZÁLEZ, J. (2015). Reformar o abolir el sistema penal: ¿cómo? En: Arias. *¿Reformar o abolir el sistema penal?* (pp. 57-78). Siglo del Hombre Editores.
- GUTIÉRREZ, M., OLARTE, Á. M. (Eds.) (2018). *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Política Criminal.
- GROSSO, M. (1999). *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad detrás de la imagen, perspectiva político-criminal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- GRUPO DE DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO (2010). *Situación carcelaria en Colombia*. Informe sombra presentado al CDH de Naciones Unidas. Universidad de los Andes, Colombia
- HERNÁNDEZ, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel: Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Ed. Siglo del Hombre Editores.
- HUERTAS, O. (2019). *Política Criminal Sistémica. Origen rizomático y contribuciones para su reflexión*. Editorial Ibáñez.
- HUERTAS, O. (2012). Colonias penales agrícolas de los siglos XIX y XX como sustitución de la pena de prisión tradicional en Colombia. *Revista Criminalidad*, vol.54 no.1. 313-338.

- HUERTAS, O., MANRIQUE, F.E., BENÍTEZ, C. (cords.) (2019). *Análisis del estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia. Propuestas para el Estado social de derecho*. Colección Gerardo Molina.
- ITURRALDE, M. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Siglo del Hombre Editores.
- JARAMILLO, J., LONDOÑO, H. (2021). La criminalización de la pobreza en el marco del estado neoliberal. En: Pérez, Méndez, Gómez, Ploskenos, Rivera. (cords.). *Criminología y derecho penal para el debate. Homenaje a Roberto Bergalli*. (pp. 409-433). Editorial Temis.
- JULIANO, D. (2001). Género y exclusión. En: Valencia. *Exclusión Social y Construcción de lo público en Colombia*. (pp. 27-51). CEREC.
- LARRAURI, E. (1991). *La herencia de la criminología crítica*. Siglo XXI Editores.
- LEWKOWICZ, I. (2004). *Pensar sin Estado. La subjetividad en la era de la fluidez*. Paidós.
- LONDOÑO, H. (2016). *Sistemas punitivos y Derechos Humanos*. Ediciones jurídicas Andrés Morales.
- LÓPEZ, J. (2004). *Cárcel distrital de Medellín "La Ladera". 1921-1976*. [Tesis doctoral, Universidad de Antioquia].
- MATE, R. (1991). *La razón de los vencidos*. Anthropos.
- MATHIESEN, T. (2003). *Juicio a la prisión*. Trad. Coriolano. Ediar.
- MATTHEWS, R. (2003). *Pagando tiempo, una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Trad. Piombo. Editorial Bellaterra.
- MATTHEWS, R. (2016) [1999]. *Doing time: An introduction to the sociology of imprisonment*. Springer.
- MORENO, A. (2012). *El estado colombiano a partir de los años noventa ¿legitimidad o crisis?* Editorial Académica Española.
- MUÑOZ, J. (2009). Populismo punitivo y una "verdad" construida. *Nuevo Foro Penal*, N°72, 13-42.
- MUÑOZ, J. (2011). La política criminal: creencias, discursos, prácticas... saber y poder. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 7, N°76, 28-149.
- MUOLIER-BOUTANG, Y. [1998] (2006). *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embridado*. Trad. Baltza, Pérez, Sánchez. Akal.
- NATHAN, S. (2009). Privatización de la prisión: Acontecimientos y temas internacionales y sus implicaciones para América Latina. En Carranza

(Coord.) *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe. Como implementar el modelo de Derechos Humanos y obligaciones de las Naciones Unidas.* (pp. 281-314). Siglo XXI Editores.

- OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS (OSPDH) (coord.) (2008). *Privación de la libertad y Derechos Humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional.* Editorial Icaria.
- OROZCO I. & GOMEZ J. (1999). *Los peligros del nuevo Constitucionalismo en materia criminal.* Editorial Temis.
- PALMA, M. (2009). *Lectio Magistrales del profesor Mauro Palma. La construcción y la defensa de los derechos humanos en las Europas: la lucha contra la tortura.* Argentina.
- PAÚL, Á. (2016). La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.* XLVII, 361 - 395.
- PAVARINI, M. (2009). Prólogo dialogado I. En Rivera. *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria.* Editores del Puerto.
- PÉREZ, A., MÉNDEZ, E., GÓMEZ, J., PLOSKENOS, A. RIVERA, I. (cords.) (2021). *Criminología y derecho penal para el debate. Homenaje a Roberto Bergalli.* Editorial Temis.
- PÉREZ, W. F. (2015). ¿Más prisiones? En: Arias. *¿Reformar o abolir el sistema penal?* (pp. 141-165). Siglo del Hombre Editores.
- POSTAY, M. (comp.) (2012). *El abolicionismo penal en América Latina: Imaginación no punitiva y militancia.* Editores del Puerto.
- POSTAY, M. (2012). Cero, ladrillo y boxes. Apostillas táctico-estratégicas. A modo de introducción. En: Postay. *El abolicionismo penal en América Latina: Imaginación no punitiva y militancia.* (pp. XV-XXII). Editores del Puerto.
- POSADA, J, D., ACEVEDO, L.M. (2012). Privación de libertad en los Establecimientos de Medellín. *Revista Cultura Investigativa.* V 12, N°1.
- POSADA, J.D. (2009). *El sistema penitenciario. Estudio sobre normas y derechos relacionados con la privación de la libertad.* Comlibros.
- PRATT, J. (2007). *Penal Populism,* Routledge.
- RED EURO-LATINOAMERICANA PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL (RELAPT) (2016) INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LA TORTURA Y LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL. DISPONIBLE EN: [www.relapt.usta.edu.co](http://www.relapt.usta.edu.co)

- RIVERA I. (coord.) (2011) [ 2005]. *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Anthropos.
- RIVERA I., GARCÍA-BORES J. (coords.) (2016). *La cárcel dispar. Retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los Derechos Humanos en el ámbito penitenciario* Ediciones Bellaterra.
- RIVERA, I. (1997). *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. J.M. Bosch editor.
- RIVERA, I. (2006). *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. Editores del Puerto.
- RIVERA, I. (2008). El derecho internacional de los derechos humanos. Las obligaciones contraídas por los Estados, en especial, el español. En Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans (OSPDH) (coord.). *Privación de la libertad y Derechos Humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional*. (pp.45-66). Icaria.
- RIVERA, I. (2011). La Memoria. Categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales. En *Revista Crítica y Poder*, 1, 40-55.
- RIVERA, I. (2017). *Des-carcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel, desde un garantismo radical*. Ed. Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ, E. & VIEGAS, F. (2015). *Circuitos carcelarios: estudios sobre la cárcel argentina*. Ediciones EPC.
- RODRÍGUEZ, E. (2015). Circuitos carcelarios: El encarcelamiento masivo-selectivo, preventivo y rotativo en Argentina. En Rodríguez, E. & Viegas, F. *Circuitos carcelarios: estudios sobre la cárcel argentina* (pp. 14-59). Ediciones EPC.
- SANZ, N. (2018). *Política Criminal. Presente y Futuro*. Comentado para Colombia por Rey Navas. Editorial Ibáñez.
- SCHLANGER, M. (2013). Plata v. Brown and Realignment: Jails, Prisons, Courts, and Politics. *Harv. C. R. -C. L. L. Rev.* 48, no. 1, 165-215
- SEN, A. (2001). *Desarrollo y libertad*. Editorial Planeta.
- SILVA, J. (2011). *La expansión del Derecho Penal*. 3ª ed. B de F.
- SILVA, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política*
- SIMON, J. (2011). *Gobernar a través del delito*. Trad. Boschioli. Editorial Gedisa.
- SIMON, J. (2016). *Mass Incarceration on Trial*. The New Press
- SOTOMAYOR, J. (2008). ¿El Derecho penal garantista en retirada? *Revista Penal*, Nº 21, 148-164.

- SOTOMAYOR, J. (2007). Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa. *Nuevo Foro Penal*, N°71, 13–66.
- SOTTAS, E. (2008). La tortura: relativismos político, cultural y económico. El choque de las convicciones. En Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans (OSPDH) (coord.). *Privación de la libertad y Derechos Humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional*. (pp.13-16). Icaria.
- TIBOCHA, J. (2019). *Colombia: 6 meses de gestión Duque y 30 años de neoliberalismo*. Celag.org. Disponible en: <https://www.celag.org/colombia-6-meses-gestion-duque-30-anos-neoliberalismo/>
- TONRY, M. (2001). *Penal reform in overcrowded times*, Oxford University Press.
- TONRY, M. (2006). *Thinking about Crime: Sense and Sensibility in American Penal Culture*. Oxford University Press
- TORRES, N. (2010). Populismo punitivo en Colombia: una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de los delitos sexuales. *Cuadernos de investigación* N° 84. 1-110.
- URIBE, J.P. (2012) ¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo? *Nuevo Foro Penal* Vol. 7, No. 78, enero-junio, 70-106.
- URIBE, M. T. (2002). Las incidencias del miedo en la política: Una mirada desde Hobbes. En Corporación Región, *El Miedo: Reflexiones sobre su dimensión social y cultural*. (pp. 25-46).
- WACQUANT, L. (2000). *Las cárceles de la miseria*. Manantial.
- WACQUANT, L. (2010). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Trad. Polo. Ed. Gedisa.
- ZAFFARONI E. (2006). El enemigo en el derecho penal. Ediar.
- ZAFFARONI, E. (2012). Prólogo. En: Postay. *El abolicionismo penal en América Latina: Imaginación no punitiva y militancia*. (pp. I-XIII). Editores del Puerto.
- ZAFFARONI, E. (2017). *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*. Hammurabi.
- ZIPF. H. (2018) [1979]. *Introducción a la política criminal*. Trad. Izquierdo. Ediciones Jurídicas Olejnik.

## **TRATADOS O CONVENIOS INTERNACIONALES**

- Organización de Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

- Organización de Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Organización de Naciones Unidas. Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos y la prevención de la delincuencia. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>
- Organización de Naciones Unidas. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx>
- Organización de Naciones Unidas. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, Inhumanas o degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>
- Organización de Naciones Unidas. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, Inhumanos o degradantes (OPCAT). 22 de junio de 2006. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opcat.aspx>
- Protocolo de Estambul. 9 de agosto de 1999. <https://www.ohchr.org/documents/publications/training8rev1sp.pdf>
- Organización de Estados Americanos. *Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre*. 30 de abril de 1948. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>
- Organización de Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptada el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor en el año 1978. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Organización de Estados Americanos. *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*. 9 de diciembre de 1985. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>

Organización de Estados Americanos. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. 31 de marzo de 2008.  
<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

## JURISPRUDENCIA

- **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_112\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 11 de marzo de 2005. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_123\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 18 de agosto de 2000. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_69\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de julio de 2004. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_110\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 1 de febrero de 2006. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_103\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 5 de julio de 2006. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_150\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Sentencia de 21 de octubre de 2016.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_319\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*.  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. *Caso Tibi Vs. Ecuador.*  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de julio de 1988. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.*  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)

- Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-213 de 1994*, M.P. Jorge Arango Mejía. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-213-94.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-221 de 1994*, M.P. Carlos Gaviria Díaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-394 de 1995*, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-394-95.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-153 de 1998*, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-1308 de 2001*, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1308-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-702 de 2001*, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-702-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-879 de 2001*, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-879-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-1030 de 2003*, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-1030-03.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-1190 de 2003*, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1190-03.htm>

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-690 de 2004*, M.P. Álvaro Tafur Galvis. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-690-04.htm>

- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-490 de 2004*, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-490-04.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T -693 de 2007*, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-693-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-412 de 2009*. M.P. Maria Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-412-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T -388 de 2013*, M.P. María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia, T-762 de 2015*, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

## NORMATIVIDAD

- Congreso de la República de Colombia. (marzo 13). Ley 48 de 1936. *Sobre vagos, maleantes y rateros*. Diario Oficial. Año LXXII. N. 23147. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1602333>
- Presidencia de la República de Colombia. (septiembre 06). Decreto 1923 de 1978. *Por el cual se dictan normas para la protección de la vida, honra y bienes de las personas y se garantiza la seguridad de los asociados*. Diario Oficial. Año CXV. N. 35101. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1870140>
- Presidencia de la República de Colombia. (julio 17). Decreto 1817 de 1964. *Por el cual se reforma y adiciona el Decreto-ley 1405 de 1934 (Código Carcelario), y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial. Año CI. N. 31446. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1355502>
- Congreso de la República de Colombia. (noviembre 18). Ley 40 de 1968. *Por la cual se concede una rebaja de penas con motivo del Congreso Eucarístico*. Diario Oficial. Año CV. N. 32669. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1595630>
- Presidencia de la República de Colombia. (enero 27). Decreto 180 de 1988. *Por el cual se complementa algunas normas del Código Penal y se dictan otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público*. Diario Oficial. Año CXXIV. N.38191. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1040981>

- Congreso de la República de Colombia. (enero 19). Ley 40 de 1993. *Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro*. Diario Oficial. Año CXXVIII. N. 40726. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1595834>
- Presidencia de la República de Colombia. (noviembre 11). Decreto 2251 de 1993. *Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993*. Diario Oficial. Año CXXIX. N. 41108. 11. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1425693>
- Congreso de la República de Colombia. (agosto 19). Ley 65 de 1993. *Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*. Diario Oficial. Año CXXIX. N. 40999. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1617070>
- Presidencia de la República de Colombia. (agosto 16). Decreto 1370 de 1995. *Por el cual se declara el Estado de Conmoción Interior*. Diario Oficial. Año CXXXI. N. 41966. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1694142>
- Congreso de la República de Colombia. (diciembre 21). Ley 228 de 1995. *Por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales*. Diario Oficial. Año CXXXI. N. 42161. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1656472>
- Congreso de la República de Colombia. (julio 24). Ley 599 de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial. Año CXXXVI. N. 44097. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1663230>
- Congreso de la República de Colombia. (julio 24). Ley 600 de 2000. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial. Año CXXXVI. N. 44097. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1663904>
- Congreso de la República de Colombia. (julio 7). Ley 890 de 2004. *Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal*. Diario Oficial No. 45.602. [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2\\_col\\_ley\\_890\\_2004.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_890_2004.pdf)
- Presidencia de la República de Colombia. (agosto 31). Decreto 2770 de 2004. *Por el cual se corrigen yerros de la Ley 906 de 2004*. Diario Oficial. Año CXL. N. 45657. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1489140>
- Congreso de la República de Colombia. (junio 12). Ley 1028 de 2006. *Por la cual se adiciona el Código Penal y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 46.298. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1028\\_2006.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1028_2006.html)
- Congreso de la República de Colombia. (diciembre 29). Ley 1121 de 2006. *Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y*

sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. Diario Oficial No. 46.497. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1121\\_2006.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1121_2006.html)

Presidencia de la República de Colombia. (diciembre 27). Decreto 4652 de 2006. *Por el cual se reglamenta el artículo 216 de la Ley 1098 de 2006.* Diario Oficial. Año CXLII. N. 46494. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1548658>

Congreso de la República de Colombia. (junio 23). Ley 1200 de 2008. *Por medio de la cual se adiciona el art. 169 del Código Penal, sobre el secuestro extorsivo.* Diario Oficial No. 47.029. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1200\\_2008.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1200_2008.html)

Ministerio del Interior y de Justicia de la República de Colombia. [Delegatario presidencial]. (diciembre 18). Decreto 4940 de 2009. *Por el cual se reglamenta el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007.* Diario Oficial. Año CXLIV. N. 47567. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1554240>

Congreso de la República de Colombia. (noviembre 30). Ley 1482 de 2011. *Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.* Diario Oficial. Año CXLVII. N. 48270. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1682049>

Congreso de la República de Colombia. (junio 24). Ley 1453 de 2011. *Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia.* Diario Oficial. Año CXLVII. N. 48110. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1681231>

Congreso de la República de Colombia. (julio 12). Ley 1474 de 2011. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.* Diario Oficial. Año CXLVII. N. 48128. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1681594>

Congreso de la República de Colombia. (julio 01) Acto Legislativo 03 de 2011. *Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal.* Diario Oficial. Año CXLVII. N. 48117. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1000142>

Presidencia de la República de Colombia. (junio 12). Decreto 1069 de 2014. *Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 985 de 2005.* Diario Oficial. Año CL. N. 49180. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1218296>

Congreso de la República de Colombia. (enero 20). Ley 1709 de 2014. *Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.* Diario

Oficial. Año CXLIX. N. 49039. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1686959>

Congreso de la República de Colombia. (octubre 16). Decreto legislativo 2055 de 2014. *Por el cual se reglamenta el Consejo Superior de Política Criminal, su funcionamiento y todos los asuntos relacionados con las demás instancias técnicas que se requieran para su adecuado desarrollo.* Diario Oficial. Año CL. N. 49306. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1391901>

Congreso de la República de Colombia. (julio 6). Ley 1760 de 2015. *Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad.* Diario Oficial No. 49.565. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1760\\_2015.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1760_2015.html)

Congreso de la República de Colombia. (julio 1). Ley 1786 de 2016. *Por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015.* Diario Oficial No. 49.921. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1786\\_2016.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1786_2016.html)

Presidencia de la República de Colombia. (14 abril). Decreto 546 de 2020. *Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.* Diario Oficial No. 51.285. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_0546\\_2020.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0546_2020.html)

Presidencia de la República de Colombia. (marzo 17). Decreto 417 de 2020. *Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional.* Diario Oficial No. 51.259. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_0417\\_2020.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0417_2020.html)

## DOCUMENTOS OFICIALES

Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano.

Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia. Documento CONPES 3086 de 2000, *sobre la ampliación de la infraestructura penitenciaria y carcelaria.*

Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia. Documento CONPES 3277 de 2004, *sobre la estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios.*

Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia. Documento CONPES 3412 de 2006, *sobre la estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios.*

Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia. Documento CONPES 3575 de 2009, sobre la estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios.

Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia. Documento CONPES 3828 de 2015, sobre política penitenciaria y carcelaria en Colombia.

INPEC (1997). Informe: Análisis de la población general de reclusos y el fenómeno del hacinamiento. Oficina Asesora de Planeación.

# **Anexos**



## Anexo 1: Histórico de población penitenciaria y hacinamiento en Colombia

<b>AÑO</b>	<b>CUPOS</b>	<b>POBLACIÓN</b>	<b>HACINAMIENTO</b>
1990	28.380	32.387	14,1%
1991	28.319	29.355	3,7%
1992	28.294	27.016	-4,5%
1993	28.084	28.260	0,6%
1994	27.260	29.338	0,07%
1995	27.358	31.960	0,16%
1996	28.332	38.063	34,3%
1997	29.239	41.405	41,8%
1998	33.009	43.259	31,1%
1999	33.090	46.322	40,0%
2000	35.969	49.816	38,6%
2001	40.037	52.181	30,5%
2002	44.373	51.276	15,6%
2003	46.399	58.894	26,9%
2004	48.916	66.474	35,9%
2005	49.763	69.365	39,4%
2006	52.115	62.906	20,7%
2007	52.504	61.543	17,2%
2008	53.784	67.812	26,1%
2009	55.019	74.277	35,0%
2010	61.100	81.095	32,7%
2011	73.451	94.267	28,3%
2012	75.679	109.822	45,1%
2013	75.797	117.987	55,7%
2014	76.777	117.389	52,9%
2015	77.980	120.040	53,9%
2016	78.120	120.914	54,8
2017	78.759	116.658	48,1
2018	79.914	117.570	47,1
2019	80.296	122.174	52,3
2020	80.704	108.778	34,8
2021 <sup>1</sup>	80.429	97.270	20,9%

<sup>1</sup> Consolidado a 30 de noviembre de 2021



Complejo Penitenciario y  
Carcelario de Medellín "El  
Pedregal".



Establecimiento Penitenciario  
de Puerto Triunfo, Antioquia.



Establecimiento  
Penitenciario y Carcelario de  
Jamundí, Valle.



Establecimiento  
Penitenciario de Acacias,  
Meta.



Complejo Carcelario y  
Penitenciario de Ibagué,  
Picalaña.



Establecimiento de Reclusión  
Las Heliconias Florencia,  
Caquetá.



Establecimiento  
Penitenciario de Guaduas,  
Cundinamarca.



Establecimiento  
Penitenciario y Carcelario La  
Picota de Bogotá.



Establecimiento Carcelario  
de Yopal, Casanare.



Complejo Carcelario y  
Penitenciario Metropolitano  
de Cúcuta.