

MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO  
ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO  
Editoras

**Política criminal  
y abolicionismo,  
hacia una cultura  
restaurativa**

Universidad Externado de Colombia  
Centro de Investigación en Política Criminal

*Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa* / Martha Isabel Gómez Vélez [y otros] ; Marcela Gutiérrez Quevedo, Ángela Marcela Olarte Delgado (Eds.) - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Política Criminal. 2018.

528 páginas : ilustraciones, gráficos ; 21 cm. (Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal ; 9)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587900101

1. Abolicionismo (Derecho penal) – Colombia 2. Prevención del delito -- Aspectos jurídicos – Colombia 3. Administración de justicia penal – Colombia 4. Justicia transicional – Colombia 5. Protección de los derechos humanos -- Colombia I. Gutiérrez Quevedo, Marcela, editora II. Olarte Delgado, Ángela Marcela, editora III. Universidad Externado de Colombia IIII. Título IV. Serie.

364.4 SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.  
Octubre de 2018

ISBN 978-958-790-010-1

- © 2018, MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO Y  
ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO (EDS.)  
© 2018, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá  
Teléfono (57-1) 342 02 88  
publicaciones@uexternado.edu.co  
www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2017

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Precolombi EU, David Reyes

Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

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

## CONTENIDO

PRÓLOGO. POLÍTICA CRIMINAL Y ABOLICIONISMO, HACIA UNA CULTURA RESTAURATIVA	17
<i>Marcela Gutiérrez Quevedo</i>	
PRIMERA PARTE	
DE LA CULTURA DEL CASTIGO A UNA CULTURA RESTAURATIVA	
CAPÍTULO 1. ABOLICIONISMO DECOLONIAL: REPENSANDO LAS MANERAS DE ABORDAR EL CASTIGO	25
<i>Martha Isabel Gómez Vélez</i> <i>Daniel Gómez Gómez</i>	
1. Introducción	27
2. La imparcialidad judicial: breve reconstrucción de un derecho y de una perspectiva	29
3. Los abolicionismos europeos como punto de partida de este trabajo	36
3.1. Las razones de los abolicionismos europeos	39
3.1.1. El sistema penal es una máquina que produce dolores innecesarios	39
3.1.2. El sistema penal hace un uso amañado del lenguaje	42
3.1.3. Efectos de la burocratización del sistema penal	47
3.2. Abolicionismos latinoamericanos	49

4. La propuesta decolonial	55
5. Reflexiones finales: apuestas por un abolicionismo decolonial	61
6. Conclusiones	65
7. Referencias	68
CAPÍTULO 2. PROXIMIDAD <i>VERSUS</i> CASTIGO	75
<i>Angélica María Pardo López</i>	
1. Introducción	76
2. Castigo	77
3. Proximidad	79
4. Proximidad <i>vs.</i> Castigo	81
4.1. Fuente filosófica	82
4.1.1. Eutifrón	82
4.1.2. Confucio: la piedad filial	83
4.2. Fuente literaria	85
4.2.1. Antígona e Ismene	85
4.3. Fuente normativa	86
4.3.1. Principio de no autoincriminación	86
4.4. Fuente empírica	88
4.4.1. Círculos de ética	88
4.4.2. Sentido de la justicia	90
5. Propuesta	93
6. Conclusiones	95
7. Referencias	96
8. Bibliografía adicional	100
CAPÍTULO 3. LA POLÍTICA CRIMINAL EN ESTADOS UNIDOS Y PRÁCTICAS POLÍTICO-CRIMINALES SIMILARES EN COLOMBIA	101
<i>Carolina Andrea Sierra Castillo</i>	
1. Introducción	105
2. Política criminal y penitenciaria en Estados Unidos	106
2.1. Tendencia general de la política criminal estadounidense	106

2.2. Política criminal minoritaria en Estados Unidos	117
2.3. Conclusiones de la política criminal en Estados Unidos	126
3. Política criminal y penitenciaria en Colombia	130
4. Conclusiones	138
5. Referencias	140
6. Bibliografía adicional	146
CAPÍTULO 4. LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA, UN ESPACIO DE DELIBERACIÓN CONTRA EL POPULISMO PUNITIVO	147
<i>Ana Lucía Moncayo Albornoz</i>	
1. Introducción	149
2. Algunos elementos que inciden en el populismo punitivo	151
2.1. Una democracia de mínimos, sin un elemento colectivo y sin participación ciudadana	151
2.2. El control y los dispositivos de poder	155
2.2.1. Los dispositivos de poder y el populismo punitivo	159
3. La justicia transicional, un espacio de deliberación y resistencia al populismo punitivo	166
3.1. La necesidad de un espacio de deliberación	166
3.2. La justicia transicional, un paradigma contra el populismo punitivo	168
3.2.1. Acceso a la justicia: un derecho y una obligación	168
4. Conclusiones	181
5. Referencias	182
6. Bibliografía adicional	187
CAPÍTULO 5. JUSTICIA TRANSICIONAL E IMPUNIDAD: UNA RELACIÓN DE AMBIVALENCIAS Y OPOSICIONES	189
<i>Camilo Eduardo Umaña Hernández</i>	

1. Introducción	192
2. La campaña por el “No” y la impunidad	197
3. Justicia transicional e impunidad	206
4. Conclusiones	219
5. Referencias	221

## SEGUNDA PARTE

## EFECTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA POBLACIÓN VULNERABLE

CAPÍTULO 6. DIGNIDAD EN UN NO- LUGAR	231
<i>Marcela Gutiérrez Quevedo</i>	
1. Introducción	232
2. Dignidad y DDHH	235
3. Obstáculos a la dignidad	238
3.1. La excesiva juridización del Derecho	238
3.2. Los poderes y el autoritarismo	239
3.3. La corrupción	241
3.4. Territorios controlados	242
4. Retos para una sociedad digna	242
4.1. Ciudadanía	242
4.2. Derecho vivo	244
4.3. Resistencia	245
5. Referencias	248
Anexos fotográficos de la exposición “dignidad en un no lugar”	249
CAPÍTULO 7. EFECTOS DE UN PROGRAMA SOCIOEDUCATIVO EN JUSTICIA RESTAURATIVA CON INTERNOS POR HURTO	267
<i>Nora Cristina Osorio Gutiérrez</i>	
<i>María del Pilar Salamanca Santos</i>	
<i>Libey Tatiana Ramírez Cortés</i>	
1. Método	278
1.1. Tipo de estudio	278
1.2. Participantes	279

1.3. Instrumentos	279
1.4. Hipótesis	280
2. Procedimiento	280
2.1. Fase 1: Diagnóstico	280
2.2. Fase 2: Diseño del programa socioeducativo	280
2.2.1. Momento 1: decidir enfoque	280
2.2.2. Momento 2: establecer sentido, contenidos, metodología y evaluación	282
2.2.3. Momento 3: precontemplación y contemplación	283
2.2.4. Momento 4: entrenar	285
2.2.5. Momento 5: etapa de acción y mantenimiento	285
2.2.6. Momento 6: comprobar y evaluar	285
3. Resultados y discusión	286
3.1. Discusión	288
4. Conclusión	290
5. Referencias	291
6. Bibliografía adicional	295

CAPÍTULO 8. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PROTEGER EL DESARROLLO INTEGRAL Y LA UNIDAD FAMILIAR DE NIÑOS Y NIÑAS ENTRE CERO Y TRES AÑOS, HIJOS DE MUJERES RECLUIDAS EN EL CENTRO PENITENCIARIO DE PICALAÑA EN IBAGUÉ	297
<i>María Cristina Solano de Ojeda</i>	

1. Introducción	299
2. Objetivos	300
2.1. Objetivo general	300
2.2. Objetivos específicos cumplidos	301
3. Las políticas públicas para la primera infancia	301
4. Marco normativo y de referencia	306
5. Privación de la libertad y maternidad	311
6. Resultados del trabajo de campo	320

7. Conclusiones	322
8. Una propuesta	324
9. Referencias	326

CAPÍTULO 9. SALUD INTEGRAL EN MUJERES PRESAS DESDE LA EXPERIENCIA DEL COJAM. ¿UNA PROPUESTA DE POLÍTICA ABOLICIONISTA ESTRATÉGICA NO RADICAL?	329
---	-----

*Diana Restrepo Rodríguez*

1. Introducción	331
2. Precisiones	337
2.1. Toda prisión atenta contra la salud integral de las personas	338
2.2. El concepto de salud integral y su adopción para las prisiones	339
2.3. Requerimientos del diseño de una política pública	345
3. Caracterización del problema	347
3.1. Las prisiones en Latinoamérica y en Colombia en particular	347
3.1.1. Prisiones tradicionales o de depósito de cuerpos excluidos	347
3.1.2. Prisiones modernas o de la globalización de la industria contra la consciencia	348
3.2. Factores de salud integral en la reclusión de mujeres del Cojam	351
4. Conclusión: una propuesta de política abolicionista de emergencia	365
5. Referencias	372

CAPÍTULO 10. DERECHOS HUMANOS, DIVERSIDAD SEXUAL Y CÁRCEL. APROXIMACIÓN AL CASO DE LAS PERSONAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERTAD EN COSTA RICA	379
--	-----

*Elías Carranza*

*Ana Selene Pineda Neisa*

1. Introducción	382
-----------------	-----

2. Breve repaso de la situación de las personas LGBTI privadas de libertad en América Latina	384
3. ¿Qué implica la obligación de respeto y garantía de los derechos de las personas LGBTI privadas de libertad, de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación?	387
4. Algunas generalidades sobre el modelo penitenciario de Costa Rica	396
5. El caso de las personas LGBTI privadas de libertad en Costa Rica	402
5.1. Algunos hallazgos	405
5.2. Crítica situación del sistema penitenciario	405
5.3. La vida en prisión	406
5.4. Acceso al derecho a la salud	407
5.5. Derecho a la visita íntima	408
5.6. Violencia de género y abuso de autoridad	409
5.7. Algunas medidas relevantes adoptadas por el Estado de Costa Rica	410
6. A modo de conclusión	412
7. Referencias	414
8. Bibliografía adicional	419
CAPÍTULO 11. LA POSPENSA EN COLOMBIA: REALIDADES Y RETOS	421
<i>Carol Iván Abaunza Forero</i>	
<i>Paola Bustos Benítez</i>	
<i>Mónica Mendoza Molina</i>	
<i>Giovanny Paredes Álvarez</i>	
1. Introducción	423
2. Alcances y limitaciones de la política pública, manifestados en la normativa nacional para pospenados	425
2.1. Normatividad nacional	426
2.1.1. Integración	426
2.1.2. Casas del pospenado	431

2.1.3. Gastos de transporte	432
2.1.4. Antecedentes criminales	432
3. La prelibertad	434
3.1. Perspectiva institucional	435
3.1.1. Atención y tratamiento	435
3.1.2. Convenios interinstitucionales	438
3.1.3. Beneficios administrativos y liberación	440
3.1.4. Adaptación personal y familiar	441
4. La reintegración desde la perspectiva institucional	444
4.1. Instituciones públicas o privadas	447
4.1.1. Reinserción social por parte de algunos entes territoriales	450
5. Conclusiones y recomendaciones	451
6. Referencias	452

## CAPÍTULO 12. LA REALIDAD DEL ADULTO MAYOR

EN LA POSPENA	457
---------------	-----

*Sandra Milena Calderón Lozano*

*Edwin Conde Bula*

1. Introducción	459
2. Justificación	460
3. Problema de investigación	461
4. Objetivos	461
4.1. Objetivo general	461
4.2. Objetivos específicos	461
5. Metodología	461
5.1. Método	462
6. Marco teórico	464
7. Marco normativo	467
7.1. Condena penal y sus consecuencias	469
8. Caracterización de la PPL	470
8.1. Resultados	470
9. Programas de atención para el adulto mayor	479

9.1. Primer servicio: Desarrollo de Capacidades y Oportunidades en Centros de Protección Social – Envejecimiento Activo y Feliz en Centros de Protección	480
9.2. Segundo servicio: Desarrollo de Capacidades y Potencialidades con Apoyo Económico - Apoyo Para la Seguridad Económica	481
9.2.1. Modalidad: Apoyos Económicos Tipo A, B, B Desplazados y C	481
9.2.2. Modalidad: Apoyo Económico Cofinanciado D – Subsidio Económico Directo	482
9.3. Tercer servicio: Desarrollo de Capacidades y Potencialidades en Centros Día – Envejecimiento Activo y Feliz en Centros Días, con Innovación en Línea de Cuidadores	483
9.4. Cuarto servicio: Desarrollo de Capacidades y Potencialidades en Centro Noche - Envejecimiento Activo y Feliz en Centros Noche	483
10. Acceso a los servicios	484
11. Conclusión	487
12. Propuestas	488
13. Referencias	490
14. Bibliografía adicional	491
CAPÍTULO 13. LOS ANTECEDENTES PENALES COMO OBSTÁCULO A LA REINCORPORACIÓN SOCIAL	493
<i>Susana Escobar Vélez</i>	
1. Introducción	494
2. Un punto de partida: la reincorporación social entendida como derecho	496
3. Evolución del tratamiento normativo de los antecedentes penales en Colombia	499
4. Efectos de los antecedentes penales en el proceso de reincorporación social	511

4.1. Presencia de antecedentes penales como obstáculo real para la consecución de un empleo	512
4.2. Tercerización del estudio de seguridad	515
4.3. La “hipótesis del contacto” o el “supuesto de la cercanía”	516
4.4. Estímulos económicos para la contratación de personas con antecedentes penales	518
4.5. La imposibilidad de acceder a un empleo incrementa el riesgo de reincidencia	520
4.6. La ausencia de programas de formación y capacitación adecuados para las personas privadas de la libertad disminuye las posibilidades de acceder a un empleo	521
4.7. Otros factores de exclusión	521
5. Conclusiones y algunas propuestas de <i>lege ferenda</i>	523
6. Referencias	526

**PRÓLOGO**  
**POLÍTICA CRIMINAL Y ABOLICIONISMO,**  
**HACIA UNA CULTURA RESTAURATIVA**

MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO  
*Directora Centro de Investigación en Política Criminal*

Este libro es el resultado de las investigaciones realizadas durante 2017 promovidas por la Red de Investigadores del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia y presentadas en el Congreso internacional “Perspectivas críticas de la política criminal y el abolicionismo”, el cual abrió un debate frente al punitivismo excesivo de la política criminal, la búsqueda de alternativas que promuevan la reconstrucción de los lazos sociales rotos y la resignificación de la dignidad de las personas privadas de la libertad, así como de sus víctimas y de la comunidad.

Con este libro se pretende generar reflexiones frente a la cultura del castigo y su transición hacia una cultura de la política abolicionista, por lo que su gran aporte está orientado a todos los actores e instituciones que se relacionan directa o indirectamente con el sistema de política criminal, entre otros: legislador, jueces, fiscales, autoridades penitenciarias, academia.

Para esto hemos dividido el libro en dos secciones. La primera hace un abordaje crítico sobre el concepto y tratamiento de castigo desde el punto de vista penal y criminológico. También explora la justicia transicional y la justicia restaurativa como escenarios posibles para equilibrar las relaciones de poder entre ofensores y víctimas, asegurar el restablecimiento de los derechos vulnerados de las víctimas y trascender hacia una cultura de reconocimiento y respeto de la dignidad de todos los seres humanos.

La segunda sección cuestiona la realización de los derechos de la población privada de la libertad, a partir del estudio de casos, e indaga sobre los factores estructurales que limitan la efectiva protección y ejercicio de sus derechos y las formas de resistencia que adoptan las mujeres, hombres y población indígena privados de la libertad ante el *statu quo* en el interior de las prisiones y cuando salen de ella, como lo es el caso de la población pospenada.

La primera parte, denominada “De la cultura del castigo a una cultura restaurativa”, contiene los siguientes capítulos:

- “Abolicionismo decolonial: repensando las maneras de abordar el castigo” responde a la pregunta: ¿Es el abolicionismo de la cultura del castigo una herramienta epistemológica útil para decolonizar el saber de la ciencia del Derecho penal y del *ius puniendi* en Colombia? Autores: Martha Isabel Gómez Vélez y Daniel Gómez Gómez.

- “Proximidad *versus* castigo” explora el concepto del castigo en su forma actual más común, que es la privación de la libertad a partir del concepto de proximidad desde la óptica abolicionista del profesor Noruego Nils Christie. Autora: Angélica María Pardo López.

- “La política criminal en Estados Unidos y prácticas político-criminales similares en Colombia” analiza la falta de coherencia entre el discurso y la práctica de la política

criminal colombiana, desde la posible influencia de las decisiones político-criminales de Estados Unidos. Autora: Carolina Andrea Sierra Castillo.

- “La justicia transicional en Colombia, un espacio de deliberación contra el populismo punitivo” busca identificar y visibilizar la justicia transicional como un espacio de deliberación crítica contra una cultura del castigo y una política criminal punitiva. Autora: Ana Lucía Moncayo Albornoz.

- “Justicia transicional e impunidad: una relación de ambivalencias y oposiciones” propone una reflexión sobre las ideas de justicia transicional y su relación con el fenómeno de la impunidad. Con el objeto de trazar una distinción entre estas dos temáticas, este texto busca establecer diferentes relaciones y usos provenientes de los discursos sobre la justicia transicional en relación con los discursos anti-impunidad. Autor: Camilo Eduardo Umaña Hernández.

La segunda parte, denominada “Efectos de la política criminal en la población vulnerable”, contiene los siguientes capítulos:

- “Dignidad en un no-lugar” nos lleva a una reflexión sobre la dignidad. Por un lado, como obligación estatal y, por el otro lado, como construcción ciudadana. Esta investigación se centró en identificar la dignidad real en la sociedad intra-mural desde una construcción alternativa por parte de los internos. Autora: Marcela Gutiérrez Quevedo.

- “Efectos de un programa socioeducativo en justicia restaurativa con internos por hurto” valora la efectividad del programa desde la reparación del daño con internos por hurto en el municipio de Ibagué. Autoras: Nora Cristina

Osorio Gutiérrez, Libey Tatiana Ramírez Cortés y María del Pilar Salamanca Santos.

- “Políticas públicas para proteger el desarrollo integral y a la unidad familiar de niños y niñas entre cero y tres años, hijos de mujeres recluidas en el centro penitenciario de Picalaña en Ibagué” estudia los derechos de la unidad familiar y la protección integral a partir de la verificación del cumplimiento de las políticas de atención integral a menores. Autora: María Cristina Solano de Ojeda.

- “Salud integral en mujeres presas desde la experiencia del Cojam. ¿Una propuesta de política abolicionista estratégica no radical?” ofrece herramientas para implementar nuevas medidas que impliquen un manejo adecuado en salud para las reclusiones de mujeres del país, con un enfoque de derechos humanos y diferencial de acuerdo con las necesidades y vulnerabilidades. Autora: Diana Restrepo.

- “Derechos humanos, diversidad sexual y cárcel: Aproximación al caso de las personas LGBTI privadas de libertad en Costa Rica” expone una radiografía de la situación de las personas LGBTI privadas de libertad en América Latina, desde los principios de igualdad y no discriminación, en relación con la obligación de respeto y garantía de derechos de las personas LGBTI bajo custodia estatal. Autores: Elías Carranza y Ana Selene Pineda Neisa.

- “La pospena en Colombia: realidades y retos” propone una visión pluralista en el diseño de la política pública a través del abordaje de los alcances y limitaciones de la normativa nacional para pospenados. Autores: Carol Iván Abaunza Forero, Paola Bustos Benítez, Mónica Mendoza Molina, Giovanni Paredes Álvarez.

- “La realidad del adulto mayor en la pospena” evidencia el grado de vulneración que el individuo enfrenta una vez purgada la condena y los efectos colaterales como: la

sanción social, el estigma y el autoestigma. Autores: Sandra Milena Calderón Lozano y Edwin Conde Bula.

- “Los antecedentes penales como obstáculo a la reincorporación social” aclara el régimen legal vigente de los antecedentes penales en Colombia y se pregunta por la repercusión que el tratamiento de los antecedentes penales en Colombia tiene con relación a las posibilidades de reincorporación social de los pospenados. Autora: Susana Escobar Vélez.

**PRIMERA PARTE**  
**DE LA CULTURA DEL CASTIGO A UNA CULTURA**  
**RESTAURATIVA**

# CAPÍTULO 1

## ABOLICIONISMO DECOLONIAL: REPENSANDO LAS MANERAS DE ABORDAR EL CASTIGO<sup>1</sup>

MARTHA ISABEL GÓMEZ VÉLEZ<sup>2</sup>  
DANIEL GÓMEZ GÓMEZ<sup>3</sup>

*Al conocer más de cerca las cárceles y las etapas, Nejlíúdo  
vio que los vicios que se desarrollaban entre los presos:  
la borrachera, el juego, la crueldad, todos esos horribles  
crímenes realizados por los presos, como el canibalismo, no  
son casuales ni tampoco manifestaciones de la degeneración,*

- 
- 1 Capítulo de libro producto de la investigación terminada “La decolonialidad: fundamento epistémico del abolicionismo penal y del feminismo como teorías críticas del derecho que permiten construir nuevas formas de comprensión de los derechos humanos”, adscrito al grupo de investigación Ratio Juris de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana (institución que financió el proyecto), en la línea de investigación Globalización, Derechos Humanos y Políticas Públicas. La coautora es investigadora principal. La investigación se terminó en julio de 2016.
  - 2 Abogada, especialista en Derecho Penal, magíster en Derecho, docente investigadora de la Universidad Autónoma Latinoamericana, asesora de la Clínica Jurídica de Interés Público de Unaula y coordinadora del Semillero Interuniversitario de Abolicionismo Penal. Docente de cátedra de la Universidad de Antioquia. martha.gomez@unaula.edu.co
  - 3 Abogado, estudiante de la especialización en Derecho penal y de la maestría modalidad investigación en Derecho penal de la Universidad Eafit. Coordinador egresado del Semillero Interuniversitario de Abolicionismo Penal.

*ni de la monstruosidad del presunto criminal, inventado por los sabios al servicio de las autoridades, sino una consecuencia inevitable de la absurda aberración en que incurren los hombres al atribuirse el derecho de castigar los unos a los otros.*

LEV TOLSTOI (2010, p. 567)

## RESUMEN

El escrito busca mostrar el vínculo que debe existir entre el abolicionismo del castigo en general (pero aquí se ilustrará a través del castigo impuesto por el sistema penal) y la decolonialidad, en especial, cómo el primero debe permearse del segundo. Para ello usamos el concepto de imparcialidad de las decisiones judiciales como una situación que ejemplifique esta relación, para que, luego de mostrar las características principales de las posturas abolicionistas por un lado y las ideas decoloniales por otro, se pudiera concluir que es necesario repensarlas juntas para hablar de un verdadero abolicionismo latinoamericano. Todo ello pensado desde una metodología cualitativa que busca evaluar las realidades del sistema penal y un enfoque hermenéutico y por lo tanto interpretativo de referentes teóricos, normativos y jurisprudenciales.

*Palabras clave:* abolicionismo, decolonialidad, imparcialidad, cultura del castigo, sistema penal.

DECOLONIAL ABOLITIONISM: RETHINKING  
WAYS TO APPROACH PUNISHMENT

ABSTRACT

This article seeks to analyse the relation that must exist among abolitionism of punishment (which in this case, will be illustrated through punishment imposed by the criminal system) and decoloniality. Specifically how the latter should be influenced by the former one. To achieve this, first we will use the concept of impartiality of judicial decisions to illustrate the relationship between abolitionism and decoloniality. Therefore, we will explain the main features of the abolitionist postures in Europe and on the other hand the decoloniality postures in Latin America. So, it makes us conclude that a truly Latin American abolitionism urges to rethink this relation abolitionism – decoloniality. This study will use a qualitative methodology that aims to assess the actual scenario of the criminal system through a hermeneutical approach and thus an interpretative approach of theoretical, normative and jurisprudential referents.

*Keywords:* Abolitionism, Decoloniality, Impartiality, Punishment Culture, Criminal System.

1. INTRODUCCIÓN

El escrito parte de la pregunta general de investigación: ¿Es el abolicionismo de la cultura del castigo una herramienta epistemológica útil para decolonizar el saber de la ciencia del Derecho penal y del *ius puniendi* en Colombia? Para el desarrollo específico de este capítulo decidió abordarse la problemática del *ius puniendi* y en concreto la figura de la imparcialidad de las decisiones judiciales para mostrar cómo,

desde dicha figura, dos categorías que suelen pensarse de manera independiente y que aquí por efectos académicos se explican individualmente, deben ser repensadas para ofrecer propuestas de abolición del castigo más acordes con las realidades latinoamericanas.

Para el desarrollo de la pregunta de investigación se planteó de la siguiente manera el objetivo general de investigación: Indagar si el abolicionismo de la cultura del castigo puede considerarse como una herramienta epistemológica para decolonizar la ciencia del Derecho penal y del *ius puniendi* en Colombia, que requirió el desarrollo de cuatro objetivos específicos que son los que componen el escrito que presentamos a continuación.

El primer objetivo específico consistió en identificar los diferentes discursos abolicionistas que se han dado tanto en Europa como en América Latina, que se encuentra desarrollado en el numeral tres de este escrito, empezando por los autores europeos que desde la década de 1980 iniciaron la propuesta abolicionista partiendo de los postulados de la criminología crítica y llegando a algunas de las propuestas latinoamericanas. El segundo objetivo, desarrollado en el numeral cuatro, consistió en identificar los principales conceptos, categorías y perspectivas decoloniales. El tercer objetivo consistió en determinar las principales características de la ciencia del Derecho penal y del *ius puniendi* en Colombia, actividad que se encuentra en el numeral dos del escrito, pero de manera muy concreta, es decir, no haciendo un estudio de todas las posibles características, porque ello desbordaba en tiempo y espacio el propósito de este capítulo, sino analizando una en particular, que suele ser legitimada por la dogmática penal y aplicada sin dudar en el *ius puniendi*: la imparcialidad en las decisiones judiciales.

El último de los objetivos específicos aquí desarrollados fue establecer si a partir de los discursos abolicionistas,

especialmente el de la cultura del castigo, es posible decolonizar el saber de la ciencia penal colombiana, objetivo que nos permitió desarrollar el quinto y último numeral del escrito consistente en los resultados obtenidos (que aquí se denominó reflexiones finales) en torno a la necesidad de construir un abolicionismo decolonial.

La metodología utilizada para dar respuesta a la pregunta de investigación fue de corte cualitativa, que supone una mirada interpretativa que haga que el mundo sea visible y también que ese mundo se pueda transformar, teniendo en cuenta los enfoques críticos de los que se parte: abolicionismo y decolonialidad para rescatar “la singularidad y las particularidades propias de los procesos sociales” (Galeano, 2004, p. 20), aplicando un método hermenéutico, entendido este como una alternativa de investigación cualitativa en la que “la comprensión de la realidad social se asume bajo la metáfora de un texto, el cual es susceptible de ser interpretado mediante el empleo de caminos metodológicos con particularidades muy propias que la hacen distinta a otras alternativas de investigación” (Sandoval, 1996, p. 67), y que esa interpretación de realidades, en este caso, se realiza principalmente a través del análisis teórico de referentes bibliográficos, normativos y jurisprudenciales sobre las categorías trabajadas en esta investigación: imparcialidad, abolicionismo y decolonialidad, con la intención de encontrar su tronco común para invitar a todas las personas que lean el texto a continuar en la labor de reconocer la necesidad de abolir el castigo en general, teniendo en cuenta la propia realidad latinoamericana.

## 2. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL: BREVE RECONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO Y DE UNA PERSPECTIVA

En las sociedades occidentales actuales, en las que los ordenamientos jurídicos manifiestan un elevado nivel de

institucionalización formal-burocrática, la imparcialidad es un principio o un valor que rige las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Algunas teorías de la justicia (Barry, 1997) han entendido que la imparcialidad es un deber de no motivarse a través de consideraciones privadas o personales y la han ejemplificado con la siguiente fórmula: “no debes hacer con una persona lo que no harías por cualquier otra en una situación semejante” (Barry, 1997, p. 33). A las autoridades públicas, y especialmente a aquellas que ejercen el poder de juzgar, se les exige que actúen con imparcialidad para que las decisiones que tomen sean justas y equitativas. Además, el hecho de que gran parte de los ordenamientos jurídicos occidentales actuales se funden en el logro de la igualdad ante la ley, también es una razón para que a los jueces se les obligue a actuar con imparcialidad<sup>4</sup>.

Así, tanto la ley como la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia incorporan a la actividad judicial la exigencia de imparcialidad. En este sentido parece establecerla el Artículo 5 de la Ley 906 de 2004<sup>5</sup>: “En ejercicio de las funciones de control de

---

4 Junto con la imparcialidad, en los ordenamientos jurídicos occidentales, se ha asumido y defendido la idea de que las personas que ejercen el poder jurisdiccional deben gozar de independencia judicial, que se ha caracterizado de dos maneras: una de ellas consiste en una forma especial de exigir el cumplimiento del derecho por parte de los jueces, es decir, a las personas a quienes la sociedad encarga la labor de juzgar los conflictos de intereses, se les exige abstenerse de decidir conforme a poderes externos al de la propia jurisdicción; la otra se define como la creación y puesta en marcha de un marco institucional que permita ejercer sin presiones o coacciones externas, de ahí que para quienes ejercen la labor judicial suela existir, en los diferentes ordenamientos jurídicos, un régimen especial de elección o reclutamiento, de calificación, de remuneración y prestaciones sociales, de protección, etcétera (AGUILÓ, 2003).

5 Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”.

La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que la imparcialidad tiene una dimensión subjetiva y otra objetiva. En la Sentencia C-762 de 2009<sup>[6]</sup>, la Corte entendió que la primera hace referencia al deber del juez de abstenerse de favorecer a algunas de las partes o de fijar el debate de derecho o de hecho en algún sentido. La dimensión objetiva es vista como la garantía de que el juez evite tener contacto anterior al proceso con el tema concreto a decidir, desde un punto de vista funcional y orgánico. Esta distinción ha sido mantenida durante una continuada y pacífica línea jurisprudencial sobre los atributos del juez. Así, en las Sentencias C-450 de 2015<sup>[7]</sup> y C-496 de 2016<sup>[8]</sup> la Corte mantiene esa idea y agrega la siguiente:

Los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial están orientados a salvaguardar los principios esenciales de la administración de justicia, y se traducen en un derecho subjetivo de los ciudadanos en la medida que forman parte del debido proceso, establecido en el artículo 29 de la Constitución y en los convenios internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado colombiano.

- 
- 6 En esta sentencia, la Corte estudió la constitucionalidad de las normas que regulan el procedimiento de violación de las normas de la ética médica previsto en la Ley 23 de 1981.
  - 7 La Corte estudió la norma que establece que los magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo cuando conocen de una acción de revisión que impugna una de sus decisiones no serán recusables ni podrán declararse impedidos (inciso segundo del num. 8º del Art. 111 de la Ley 1437 de 2011).
  - 8 La Corte analizó la constitucionalidad de las causales de impedimento y recusación de la Ley 1437 de 2011 y de la Ley 1564 de 2012.

Es decir, la imparcialidad judicial hace parte del derecho fundamental al debido proceso, y por ello la Corte entiende que se trata de un derecho de las personas a exigir a las autoridades que ostentan la calidad de jueces. De ahí que el ordenamiento jurídico colombiano disponga herramientas para que un ciudadano con interés legítimo advierta eventos en los que pueda cuestionar la falta de la exigida imparcialidad. Los Artículos 56 y 60 de la Ley 906 de 2004 establecen las causales de impedimento y recusación<sup>9</sup> que podrían ejercerse para evitar que los jueces penales tengan algún interés personal por las partes o por el objeto del proceso.

De otro lado, Ferrajoli (1997) concibe a la imparcialidad como “la ajenidad de los intereses de las partes en la causa” (p. 587) y distingue dos aspectos de ella: uno personal, que obliga al juez a no tener ningún interés privado en la causa, y otro institucional, que exige al juzgador no tener funciones de investigación ni de acusación. Aguiló (2009) ha planteado que la imparcialidad se sustenta en el logro de tres finalidades: i) la aplicación de las normas del derecho, ii) por las razones que ofrece el derecho y iii) la preservación de la credibilidad de las decisiones judiciales. Más que un principio orientador de la actividad judicial, la imparcialidad ha sido entendida como un deber jurídico impuesto a los jueces (Aguiló, 2012).

La posición generalizada de la Corte Constitucional, así como la de Ferrajoli (1997) y Aguiló (2012) coinciden con

---

9 La Corte, en la Sentencia C-600 de 2011, al estudiar la constitucionalidad de las normas del extinto Código de Procedimiento Civil, que establecían las causales de impedimento y recusación, distinguió estas dos figuras jurídicas diciendo que el primero tiene lugar cuando el funcionario judicial “es quien decide abandonar la dirección del proceso, en tanto que el segundo se produce a iniciativa de los sujetos en conflicto, ante la negativa del juez de aceptar su falta de aptitud para presidir y decidir el litigio”.

una visión habitual sobre la imparcialidad, entendiéndola como una exigencia irrenunciable. Pero Trujillo (2007) encuentra una dificultad intrínseca en esta concepción, que hace ver a la imparcialidad como una utopía:

Tal dificultad está ligada a la imposibilidad de renunciar a la parcialidad propia de la condición humana: la tendencia natural de amarse a sí mismo y ver las cosas desde el propio punto de vista; a estar pendiente de uno mismo y de sus amigos, a la particularidad del individuo juez o espectador; a la necesaria parcialidad requerida por la propia realización personal. La imparcialidad “pura”, si fuera posible, resultaría tan difícil y utópica como lo es la justicia absoluta<sup>10</sup> (p. 13).

De otro lado, Schedler (2005, pp. 70-71) concibe que la imparcialidad está limitada a acciones y argumentos y se forma por cuatro componentes. Primero, hay dos partes en conflicto que son adversarios parciales; segundo, hay un tercero a quien dichas partes acuden para que resuelva el debate entre ellas; tercero, la imparcialidad permite ejercer el poder con carácter vinculante, produciendo una decisión

---

10 Esta misma autora hará referencia a uno de los puntos más discutidos de la imparcialidad y que acá no se pueden perder de vista en tanto será una de las críticas abordadas desde una propuesta decolonial del abolicionismo penal: “En la iconografía clásica de la justicia, la imparcialidad ocupa el lugar de la balanza no de la espada y está representada por una mujer que tiene los ojos vendados. La imagen sugiere que la justicia es imparcial porque no ve quiénes son los sujetos que la pretenden, no presta atención a las personas (*acceptio personae*) sino que pondera objetivamente las pretensiones esgrimidas. Sin embargo, resulta paradójico que la imparcialidad exija un conocimiento profundo de la situación: el reconocimiento de la diferencia entre los sujetos y de la particularidad de la situación en la que se encuentran. De ahí su peculiaridad: la imparcialidad requiere, en efecto, un conocimiento de la situación pero, al mismo tiempo, requiere no prestar atención a algunos aspectos. Se trata, pues, de una atención selectiva. La dialéctica entre conocimiento profundo y ausencia de información, [...] es uno de los ‘nudos’ de la imparcialidad” (TRUJILLO, 2007, pp. 13-14).

dicotómica que distinguirá entre vencedores y perdedores; y cuarto, el tercero ajeno a las partes no está interesado en reconciliar los intereses, sino en resolver el conflicto a partir de criterios genéricos preestablecidos: las normas.

Consideramos que la imparcialidad más que un valor o un derecho, es la base de una posición que suelen asumir las personas que tienen la calidad de jueces, reflejada en la forma en que se construyen las decisiones que toman; es decir, los jueces en sus providencias distinguen: i) las cuestiones fácticas y probatorias, ii) las cuestiones jurídicas y iii) el resultado de interpretar las primeras a la luz de las segundas, o sea, la decisión.

La persona que ostenta el rol de juez sabe, por un lado, que es un sujeto a quien le está permitido emitir juicios jurídicos vinculantes de valor y, por otro, que son tanto las acciones de las partes como las pruebas que estas llevan al proceso, junto con las normas jurídicamente relevantes, las que puede juzgar durante el procedimiento y en la decisión de fondo. Es claro ver que el razonamiento judicial distingue entre un sujeto que juzga y objeto juzgado.

De estas afirmaciones han surgido posturas más exacerbadas que pretenden que la imparcialidad se logra si se juzga prescindiendo de quién se es, pero Trujillo (2007) dirá que “no se puede juzgar desde ningún lugar<sup>11</sup> y, ciertamente, la identidad es portadora de parcialidad” (p. 79), pero sin olvidar que algunas de las principales posturas sobre esta figura exigen una cierta despersonalización por parte de quien juzga:

---

11 RAWLS (1997) desde su propuesta de teoría de la justicia va a ser uno de los más fuertes críticos de estas posiciones universalizantes.

Echando un vistazo general al modo en que las teorías de la justicia afrontan el tema de la imparcialidad, podemos distinguir dos líneas principales: considerar la imparcialidad como un principio eurístico [sic], *que permite la individuación de un punto de vista privilegiado para la determinación de principios "objetivos"*; o bien, identificarla con una actitud o valor central, la regla fundamental de una ética fundada sobre el respeto de las personas en virtud de su igual dignidad. En la primera concepción *se utilizan los modelos del observador ideal, de la mirada desde ningún lugar, del punto de vista equilibrado, de la posición originaria, de la tercería, o del principio de la universalidad*. Desde la segunda concepción, la imparcialidad asume forma de principio ético normativo que implica la necesidad de justificar de modo aceptable el diferente tratamiento de las partes en litigio [cursivas añadidas] (Trujillo, 2007, p. 81).

Como consecuencia de lo anterior, la exigencia de imparcialidad presente en el razonamiento judicial es epistemológicamente similar a la forma en que el discurso científico estudia el mundo, pues este distingue entre el sujeto que analiza (o juzga) y el objeto analizado (o juzgado)<sup>12</sup>. Además, si se tiene en cuenta la perspectiva aristotélica que establece relación entre la capacidad para juzgar con la imparcialidad y la sabiduría, podremos decir que ser imparcial supone un ser sabio e inteligente (Trujillo, 2007, pp. 26-27). Para Kant, la imparcialidad está relacionada con la universalidad del juicio: "en la facultad de juicio la tendencia hacia la universalización se proyecta sobre el carácter particular de lo que debe juzgarse: se expresa, pues,

---

12 Las cuestiones fácticas judiciales "pueden ser concebidas, de modo no diferente a las científicas por lo demás, como disputas entre hipótesis explicativas contradictorias [...] pero ambas concordantes con las pruebas recogidas" (FERRAJOLI, 1997, p. 53).

como un esbozo, como una ‘posibilidad’ de universalizar”<sup>13</sup> (Trujillo, 2007, p. 37).

La imparcialidad, como se acaba de desarrollar, se constituye para este texto como la excusa o ejemplo a través de la cual se quiere proponer la relación existente entre las posturas abolicionistas y las teorías decoloniales. Para ello se desarrollarán cada una de estas perspectivas de manera separada, pero en el quinto apartado se intentará mostrar su necesaria conexión a través de esta problematización.

### 3. LOS ABOLICIONISMOS EUROPEOS COMO PUNTO DE PARTIDA DE ESTE TRABAJO

Se empieza a hablar de abolicionismo penal a principios de la década de 1980, cuando algunos autores europeos señalan la necesidad de trascender a las posiciones criminológicas del momento (teoría del etiquetamiento y criminología crítica) (Lamnek, 1980; Anitua, 2005) para pasar a las propuestas de eliminación de la cárcel. Uno de los momentos más recordados, y que se suele tener como punto de partida del abolicionismo, es el año de 1983, cuando se realizó en Viena el Noveno Congreso Mundial de Criminología, el cual reunió algunos de los autores que mencionaremos en este escrito, incluyendo a quienes se consideran precursores<sup>14</sup>

---

13 Y aquí el imperativo categórico de la moral kantiana tendrá un papel relevante en la medida en que “la motivación moral por excelencia es la imparcialidad, que consiste en la capacidad de elevarse a lo universal prescindiendo de lo contingente, de lo personal, de la contextualidad. La postura imparcial será, pues, la que se ‘adecua’ a la ley, contando con que la ley está absolutamente focalizada sobre la universalidad” (TRUJILLO, 2007, p. 38), pero sin olvidar que para KANT ese carácter universal debe pasar por una dimensión intersubjetiva en la que imparcialidad se mide con parámetros como la comunicabilidad, la publicidad y el consenso.

14 Es decir, no estamos haciendo referencia únicamente a quienes se denominaron abolicionistas, sino a aquellas personas que se destacaron al comienzo del

de este movimiento: el holandés Louk Hulsman (1923-2009) y los noruegos Thomas Mathiesen (1933) y Nils Christie (1928-2015). Es importante resaltar que el concepto mismo de abolicionismo no era nuevo para la época, sino que se trataba de una idea traída de los movimientos a favor de la eliminación de la esclavitud, de la pena de muerte y de la prostitución<sup>15</sup> (Postay, 2012a; Anitua, 2012; Francés & Restrepo, 2016; de Lora, 2007).

En este sentido, Zaffaroni (2012) explicó que la importancia del abolicionismo penal consiste en resaltar los efectos que tienen las construcciones dogmáticas del derecho penal y las políticas criminales para las personas de carne y hueso, sean estas “víctimas”, “victimarios”, familiares o guardias. Así, para el derecho penal tradicional la pena es lo que debería ser, aunque no lo sea ni esté en condiciones de serlo. De esta forma se constata que el derecho penal construyó un autoritarismo discursivo sostenido a lo largo del tiempo, y que de esa manera configuró “una sociedad inventada por él mismo y, en consecuencia, una política criminal falsa, que sólo opera del modo que el derecho penal lo pretende dentro de esa sociedad que no existe” (p. v).

Además, Zaffaroni (1993) resaltó que la característica más común entre los precursores del abolicionismo penal es el

---

movimiento abolicionista y lo hicieron posible, gracias al planteamiento de argumentos en contra de la existencia de la prisión. De ahí que, por ejemplo, pueden faltar autores como MICHEL FOUCAULT, quien para DE FOLTER (1989), prestó una gran colaboración a la construcción de perspectivas críticas del control social, pero nunca se calificó de abolicionista.

- 15 Otro antecedente importante fue el del Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad (Estrasburgo, 1980), que ya se planteaba la necesidad de descriminalizar algunas conductas, y para ello definía por descriminalización “aquellos procesos por los cuales la competencia del sistema penal para aplicar sanciones se suprime por su manifiesta inutilidad e imposibilidad de encontrar vías menos lesivas de solucionar conflictos” (ANITUA, 2012, p. 7).

hecho de haber impulsado movimientos que manifiestan un abierto interés por tratar los temas de la marginalización penalizada, en los que participan técnicos, presos, pospenados, familiares y simpatizantes. Evidencia de esto es que en Europa, durante los años sesenta y setenta del siglo xx fueron creados una serie de grupos y asociaciones cuyas finalidades eran las de hacer menos difíciles las condiciones de encierro de las personas reclusas y generar espacios idóneos de contacto entre el exterior y la vida intra-muros, y por ello buscaron erigirse como comunidades de presión ante el Estado<sup>16</sup>.

De otro lado, para comprender mejor los diferentes planteamientos de los autores que han sido calificados como abolicionistas, es bastante útil la distinción acuñada por Pérez Toro (2003), que utiliza como criterio de distinción el objeto de la abolición. Así pues, podrá hablarse de abolicionismos moderados o radicales: los primeros enfatizan en la supresión de algunas partes del sistema penal, como la pena de prisión (Pavarini, 2011) o la de muerte (Camus, 1996). Los segundos proponen la abolición del sistema penal como una totalidad, es decir, cada una de las instituciones que lo conforman debería ser eliminada de la sociedad actual<sup>17</sup>.

Sin embargo, esta clasificación es meramente ilustrativa, pues no tiene en cuenta otros abolicionismos cuyo objeto concreto trasciende al propio sistema penal. En este sentido, existen autores y autoras que, como se verá, proponen la

---

16 Así, en 1966 en Suecia, se fundó el KRUM (Asociación Nacional Sueca para la Reforma Penal); en 1967, nació el KRIM (Asociación para una Humana Política Criminal), en Dinamarca; y en 1968 en Noruega surgió el KROM (Asociación Noruega Para la Reforma Penal) (POSTAY, 2012b, pp. 2-3).

17 Cuando aquí se hable de “el abolicionismo” o de “los abolicionismos” o de “las posturas abolicionistas” debe entenderse el abolicionismo radical.

abolición de la cultura que sostiene y subyace a la punición penal: la del castigo.

### 3.1. Las razones de los abolicionismos europeos

Como se dijo al comienzo, el abolicionismo penal ha sido desarrollado principalmente por hombres europeos que han esgrimido críticas al sistema penal y argumentos a favor de la abolición de distintos niveles, matices y orígenes; por lo tanto nos parece más adecuado hablar de *abolicionismos europeos* que de *abolicionismo*, aun cuando los argumentos puedan reconstruirse como si fuesen una teoría uniforme, teniendo en cuenta que este escrito quiere presentarse como una propuesta de abolicionismo decolonial.

Los principales cuestionamientos dirigidos por los abolicionismos europeos al sistema penal lo acusan de causar dolores innecesarios, de utilizar amañadamente el lenguaje, de burocratizar el sufrimiento de las personas.

#### 3.1.1. *El sistema penal es una máquina que produce dolores*<sup>18</sup> *innecesarios*

Tradicionalmente suele justificarse la imposición del castigo a través de los procedimientos de un sistema penal con los argumentos que ofrecen los fines que podrían lograrse con la pena<sup>19</sup>, es decir, la prevención de delitos es un argumento del sistema que ha tenido diferentes alcances.

---

18 Es bastante conocido el desarrollo que hizo NILS CHRISTIE (1984) de la idea de que: “la imposición de un castigo dentro del marco de la ley significa causar dolor, dolor deliberado” (p. 7).

19 Sin embargo, no ignoramos que existen justificaciones de la pena elevadas a partir de la idea de merecimiento o retribución que han dado lugar a las teorías absolutas.

Así, la prevención general negativa entiende que el castigo está justificado en la medida en que a través de la punición de quien es hallado culpable se envía un mensaje a la sociedad de que quien comete un delito le será impuesta una pena y con ello se lograría que los futuros y probables infractores se abstengan de cualquier realización delictiva<sup>20</sup>. En un sentido similar, la prevención general positiva ofrecería argumentos sensatos para entender justificada la pena en la medida en que a través de esta se envía el mensaje de que los valores sociales, que se reflejan en las consagraciones normativas, siguen vigentes (Mir Puig, 2015).

A estos planteamientos, Mathiesen (2005), refiriéndose en principio a la pena de prisión, ha considerado que el proceso de comunicación *pena-colectividad* no está basado en estudios que sustenten contundentemente los efectos esperados de la pena sobre la comunidad en general. En el mismo sentido, Larrauri (1997) entiende que la prevención general es un mito, pues “ninguna investigación criminológica, de la que tengo conocimiento, ha conseguido contestar de forma definitiva a la pregunta de si la pena previene delitos” (p. 152).

De otro lado, la prevención especial positiva, entendida en diversos niveles e intensidades (De la Cuesta Arzamendi, 1993), como la “reeducación”, o la “resocialización” de la persona sometida a la pena, parece que, por un lado, es un fin imposible de lograr, especialmente en ambientes de encierro como el de un establecimiento de reclusión (Lucart Sierralta, 2003), y, por otro, es abiertamente rechazado por entrañar una violación a la forma en que las personas

---

20 Debe aclararse que se ha entendido otro significado de la prevención general negativa: el que propone enviar el mensaje de que quien cometa un delito será castigado a través de la amenaza de pena (FERRAJOLI, 1997).

construyen su personalidad e individualidad (Muñoz Conde, 1985).

La prevención especial negativa es la única que podría llegar a ser efectiva, siempre que el castigo a imponer sea la pena de muerte, pues matándolo se logra que el sujeto no cometa ningún delito. Sin embargo, esta modalidad de castigo olvida el valor de la dignidad de las personas, lo que la vuelve totalmente rechazable, y por ello está prohibida tanto por los Artículos 11 y 34 de la Constitución Política de Colombia, como por el Artículo 4 del Código penal colombiano, en el que se consagran los fines de la pena.

Debe entenderse que la imposición de los castigos del sistema penal colombiano se hace bajo el amparo aparente de los anteriores argumentos, aunque ello no descarta que algún juez haga algún matiz en su decisión, con lo cual se ve palmariamente que los dolores a que son sometidas las personas con ocasión de la ejecución de una pena, sea esta de prisión o de cualquier otro tipo, son inútiles; es decir, no se trata de dolores a partir de los que los seres humanos estemos en la capacidad de cambiar sincera y voluntariamente nuestro carácter, en los términos en que plantean las teorías acabadas de analizar. Con otras palabras, estos discursos permiten esconder o maquillar lo que realmente sucede cuando una persona es condenada a purgar una pena: un dolor aceptado, regulado y vigilado por las autoridades del Estado. En este sentido se pronuncia Guagliardo (2013):

Aquí está el descubrimiento simple y revolucionario de los abolicionistas. El derecho penal no puede ser sino una ciencia falsa puesto que se ocupa de la "pena" (sufrimiento), esto es, de algo que se sustrae de toda ciencia exacta por su misma naturaleza. La ciencia penal sirve por lo tanto para otra cosa: para esconder el dolor que suministra. El sistema penal es un modo de infligir sufrimiento que se enmascara detrás de

las cifras que solo hablan neutralmente de la libertad despojada (p. 54).

La inutilidad del dolor, que se inflige a las personas por parte de las autoridades del sistema penal, implica a su vez la inutilidad de los mecanismos prácticos que propician su mantenimiento. De esta forma, los recursos que asignó la Ley 1815 de 2016, regulatoria del presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal del primero (1) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de 2017, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario<sup>21</sup>, devienen así mismo inútiles, a menos que con ellos se contribuya a disminuir los sufrimientos de las personas reclusas<sup>22</sup>.

### *3.1.2. El sistema penal hace un uso amañado del lenguaje*

De otro lado, uno de los principales aportes de los autores abolicionistas es develar que el concepto de “delito” se construye a partir de un marco institucional arbitrariamente fijado. En este sentido, dentro del concepto de delito quedan incluidas situaciones bastante disímiles entre sí, como por ejemplo, entre otras, matar a una persona, despojar a alguien de un objeto que le pertenece, omitir ayudar a alguien que lo necesite o proferir insultos a una persona. Por ello, no es posible evidenciar una estructura común del

---

21 Estos recursos ascienden a la suma de novecientos cincuenta mil trescientos noventa y cinco millones setecientos cuarenta y un mil setenta y un pesos (\$950.395.741.071).

22 Actualmente las autoridades de la República de Colombia están implementando acciones para disminuir los dolores particulares que caracterizan al sistema penitenciario colombiano, situación que, según las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, y el Auto 121 de 2018, de la Corte Constitucional, obedece a una situación estructural que impide garantizar derechos como la salud, el acceso al agua, el acceso a la justicia, la sana convivencia, entre otros, denominado Estado de Cosas Inconstitucional.

delito a partir de criterios como las motivaciones, ni de la naturaleza de las consecuencias, ni de las posibilidades de tratarlas. Sin embargo, si se comparan los “hechos criminales” con otros, se ve que no hay ninguna diferencia con otras situaciones desagradables (Bernat & Hulsman, 1984).

En consecuencia, la noción de crimen al igual que la de autor exigen su inmediata problematización; es decir, es una apuesta por *desjuridizar*, según Marc Ancel (citado por Bernat & Hulsman, 1984), las ficciones legales que imposibilitan observar la realidad social, de tal manera que se pueda ver lo que trasciende a las categorías del sistema penal, pues este califica un hecho “separado desde el principio de su contexto, extraído de la red social de interacciones” (p. 85). Para Anitua (2012), Bernat y Hulsman propusieron una deconstrucción de la definición de delito que “iba naturalmente unida a un deseo de resolución de ‘problemas sociales’” (p. 3), y ello implica negar la existencia ontológica del concepto de delito, para dar protagonismo al concepto “problemas sociales”, lo que permitiría, en primer lugar, levantar el velo con que se disfraza la realidad y, en segundo lugar, adquirir mayor consciencia del abanico de posibilidades para responder a aquellos, y por esto prefiere hablar de “situaciones problemáticas” antes que de “delitos”. Esto se traduce en una inversión de la visión de la realidad social. Así, para Anitua (2012) “se debería intentar comprender la realidad social desde el punto de vista de los individuos y no de acuerdo con las definiciones de la realidad y el marco conceptual burocrático que asume el sistema penal” (p. 4). Es en este sentido que De Folter (1989) entiende que la propuesta abolicionista de Hulsman adelanta una deconstrucción fenomenológica del sistema penal, pues nos permite “conocer la existencia del mundo de las experiencias más primarias y directas que

precede a la visión reduccionista del sistema penal sobre el mismo" (p. 67).

De ahí que Bernat y Hulsman (1984) consideren que existen cinco modelos de respuesta frente a una situación problemática a partir del siguiente caso o ejemplo: cinco estudiantes viven juntos y uno de ellos se lanza sobre el televisor y algunos platos y los rompe. Así se formula la siguiente pregunta: ¿cómo van a reaccionar los demás compañeros?

Ninguno de ellos estará contento, esto se comprende por sí mismo. Pero cada uno, analizando el suceso a su manera, puede adoptar una actitud diferente. El estudiante número 2, furioso, declara que él no puede vivir más con el primero, y habla de echarlo a la calle. El estudiante número 3 declara: "De lo que se trata, es de comprar un nuevo aparato de televisión y otros platos, y que él pague". El estudiante número 4, muy afectado por lo que acaba de ocurrir, sostiene con vehemencia: "Está seguramente enfermo, hay que ir en busca de un médico, hacer que lo vea un psiquiatra", etc. El último arguye: "Creíamos entendernos bien, pero algo no debe marchar adecuadamente en nuestra comunidad, para que tal acción haya sido posible Hagamos juntos un examen de conciencia" (p. 89).

Bernat y Hulsman (1984) proponen la intervención de los conflictos a través del derecho civil: "Cualquier tribunal civil está en condiciones, o debería estarlo –con algunas modificaciones que habría que considerar–, de intervenir de manera más útil para los interesados que como lo hace el actual sistema penal" (p. 121), pues así podrían satisfacer a las víctimas con sentimientos retributivos, aunque el autor y la autora explícitamente digan que no los defienden.

La perspectiva abolicionista de Bernat y Hulsman exige un lenguaje nuevo para no estigmatizar a las personas

y a las situaciones en que estas se ven involucradas, de tal forma que la nueva terminología no tenga el mismo contenido que la anterior, pues de no ser así, el cambio no sería real. En este sentido, se puede ver que la calificación de una situación problemática como delito es la principal herramienta que tiene el derecho penal y su sistema para expropiar el conflicto a las personas que lo padecen. Para Christie (1992) los primeros en expropiar un conflicto son los abogados, pues su conocimiento especializado del derecho –que les obliga a establecer criterios de relevancia de la situación problemática–, se traduce en la utilización de argumentos que para las partes pueden ser importantes, pero para ellos no, mostrando así que están capacitados para no permitir a las personas *decidir* lo que ellas creen relevante en relación con sus propias situaciones.

Christie (1992) sostiene que el control del conflicto se extravía para las partes porque quedan completamente fuera del caso, pues pierden la posibilidad de tomar decisiones relevantes. Una de las principales manifestaciones de la expropiación del conflicto es la distinción entre delitos querellables y no querellables en el Código de Procedimiento Penal colombiano (Artículo 74), pues en los primeros la víctima puede elegir si lleva a las instancias del sistema penal su conflicto o no, mientras que en los segundos, esta posibilidad no existe, pues el Estado está obligado a investigar y a ejercer la acción penal, aún en contra de la voluntad de la víctima. Sin embargo, una vez se vence el término para desistir de la querrela (Artículo 76), la persona afectada tampoco tiene la posibilidad de decidir las consecuencias jurídicas del conflicto.

De ahí que, a partir de la crítica de la expropiación del conflicto por parte del sistema penal, el deseo central de esta visión es el de revitalizar la relación entre la víctima y el victimario y evitar las humillaciones que la burocracia

penal podría producir a cada uno<sup>23</sup>. Así, si el caso pudiera establecerse, no para atribuir culpas, sino para deshacer lo hecho, la situación podría cambiar. En este sentido Christie (1992) sostendrá que: “y esto es exactamente lo que debería suceder al reintroducir a la víctima en el caso. Se prestaría gran atención a las pérdidas de la víctima, lo que conduce a una natural consideración dirigida a saber cómo pueden ser atenuadas” (p. 172). Christie (1984) estableció un conjunto de criterios que permitirían no solo la disminución del dolor, sino también la solución de los conflictos por parte de la comunidad, entre otros: la mayor cantidad de información sobre sus miembros, la vulnerabilidad del poder de quienes lo ostentan, la dependencia mutua de los integrantes de la comunidad y un sistema de valores en que la idea de imponer dolores a otro resulte extraña.

Por el contrario, tanto la dinámica del sistema penal como el lenguaje que utilizan las instituciones que lo conforman facilitan la desresponsabilización de las personas<sup>24</sup> pues,

- 
- 23 Otra forma en que se arrebató a las personas el conflicto está en la comunicación pública en los juicios orales, pues en ellos se discute frente a personas desconocidas si los hechos aducidos por el ente acusador ocurrieron o no. Así, se sabe que en Código de Procedimiento Penal colombiano se exige el adelantamiento de un interrogatorio cruzado para introducir las pruebas al proceso (Arts. 390 y 391). El hecho de que las personas deban narrar lo sucedido en presencia de personas que no conocen ni confían, puede resultar una experiencia bastante humillante e incluso revictimizadora.
- 24 Podría pensarse que esto es contradictorio con la afirmación de que el sistema penal etiqueta o estigmatiza a las personas que son procesadas y encarceladas. Esto no es correcto, pues la afirmación de una no conduce a la negación de la otra, en la medida en que ambas consecuencias del sistema obedecen a factores diferentes. De esta forma, la estigmatización se produce en la medida en que, según BERNAT & HULSMAN, el delito es socialmente visto como una manifestación humana intrínsecamente mala. En un sentido muy diferente, la desresponsabilización se efectúa porque las normas impiden que las personas asuman sus conflictos, pues de un lado, bloquean que estas tomen decisiones durante los procedimientos, y de otro, fijan los criterios de relevancia sobre la forma de resolver los conflictos.

por un lado, los abogados actúan como representantes de las partes y –frente a las autoridades– la voz de estas queda en un segundo plano; y por otro, la jerga utilizada en los procedimientos judiciales puede producir desinterés en las personas y no solo en las involucradas en el conflicto.

La consecuencia esencial de esta crítica es que las personas involucradas en la situación problemática deberían tener la oportunidad de relacionarse cara a cara, con la finalidad de que las explicaciones mutuas, el intercambio de las experiencias de la vida y, quizá, la presencia activa de personas próximas, pueda conducir a entendimientos realistas para el futuro (Bovino, 1992).

Así, a partir de la desmitificación del concepto de delito a través del entendimiento de las situaciones problemáticas, puede verse la realidad más allá de los parámetros fijados por el derecho y el sistema penales y con ello establecer modelos diferentes de participación que empoderen a las partes de la situación problemática, logrando así mecanismos que restituyan el poder de decisión de las partes en relación con el conflicto. Por ello, las propuestas de Bernat y Hulsman (1984) de deconstruir el concepto de delito y las de Christie (1992) de devolver el conflicto a las partes, se complementan entre sí, pues aquella aporta argumentos para esta.

### *3.1.3. Efectos de la burocratización del sistema penal*

La expropiación del conflicto se produce a través de las instituciones y agencias del sistema penal<sup>25</sup> que están

---

25 Conformado en principio por entidades legislativas, policías, jueces, fiscales, administración penitenciaria, universidades e incluso medios de comunicación.

construidas jerárquicamente y se relacionan de manera diferente entre sí y con el poder central. Además, se limitan a ejercer sus funciones dentro del marco ofrecido por la institucionalidad<sup>26</sup>. Del mismo modo, estas entidades se mueven a partir de objetivos internos que interesan a sus miembros: prestigio, bienestar económico, estabilidad (Bernat & Hulsman, 1991). Además, la división del trabajo en que se reparten las funciones de los agentes para Bernat y Hulsman (1991): “muestra hasta qué punto la compartimentación y la profesionalización deshumanizan ese proceso” (p. 186). Es decir, entre las agencias del sistema penal existe una lejanía tal que les impide tener una comunicación alternativa al margen de los conceptos y presupuestos ideológicos del sistema, y se convierte en un mecanismo inhibitorio de la toma de consciencia del dolor al que los sujetos de las agencias contribuyen a causar<sup>27</sup>, quedando así en evidencia que nadie se responsabiliza por el dolor causado<sup>28</sup>.

Con todo, se ve cómo las dos anteriores críticas (3.1.2. y 3.1.3.) tienen en común el señalamiento de la forma en que el sistema penal usa el lenguaje; es decir, a partir del

26 Sin mencionar los casos de desviación de poder o corrupción.

27 En este sentido, es bastante elocuente el ejemplo propuesto por PÉREZ (2003): “Guardia: ‘el juez lo remitió, hombre, yo qué más hago’; Juez: ‘El fiscal lo acusó, señor, yo qué otra cosa hago’; Fiscal: ¡‘la policía lo capturó, yo qué hago’; Policía: ‘usted delinquirió, y se hace lo que hay que hacer’ [...] Capturado: ‘vea yo le explico ...’. Sistema penal: ‘No señor, explíqueme al fiscal, explíqueme al juez, a la ley ...’. Capturado: ‘Es que ellos hablan con palabras muy raras y yo quisiera decir. ...’. Sistema penal: ‘Son las palabras de la ley ... dura, pero es’” (p. 168).

28 Aunque estos puntos de vista también podrían fundamentarse con obras de otros autores que sin duda enriquecerían mucho la crítica abolicionista a los efectos de la burocracia, consideramos que esta tarea –que no es inútil– podría adelantarse en una investigación posterior que plantee de manera específica ese objetivo.

concepto de delito construido por el sistema penal, se expone a las personas el conflicto que padecen, y ello se traduce en la disposición de los instrumentos burocráticos de las agencias del sistema penal para tramitar la situación problemática desde una posición lejana que impide entenderse partícipe del dolor infligido.

### 3.2. Abolicionismos latinoamericanos

Sin embargo, al margen de la evolución cronológica de los abolicionismos europeos en relación con América Latina<sup>29</sup>, en este continente algunos autores formularon tanto cuestionamientos a las ideas abolicionistas del viejo continente como nuevas perspectivas para entender mejor la evolución de los sistemas penales latinoamericanos, a fin de facilitar la creación de nuevas razones de la abolición del castigo<sup>30</sup>.

Gómez Jaramillo<sup>31</sup> (2008), a pesar de que restringe su propuesta abolicionista únicamente a la cárcel, sustenta

29 El abordaje de esta cuestión excede los objetivos de este trabajo. No obstante, la averiguación de las vías y de los tiempos de recepción de los abolicionismos europeos en América Latina es una investigación necesaria que debería evidenciar aspectos como: las universidades, los idiomas, las culturas, los viajes, etcétera, tanto de los autores europeos como de los latinoamericanos.

30 No se va a tener en cuenta la obra de MAURICIO MARTÍNEZ (1990) ni la de ÁLVARO PÉREZ PINZÓN (1989), porque no pueden ser catalogadas como abolicionistas, pues aunque ambas reconstruyen los argumentos de los abolicionismos europeos y reconocen sus aportes, asimismo resaltan la –según ellos– necesidad de contar con un sistema penal en América Latina. El primer texto plantea sus críticas en las páginas 6, 7, 32, 46, 38, 48 a 50, 54 y especialmente 63 a 66; el segundo lo hace en la página 84. Algunos de estos cuestionamientos serán tenidos en cuenta en la medida en que desde la perspectiva decolonial también puedan ser formulados.

31 Según la información registrada en Colciencias, GÓMEZ JARAMILLO es doctor en Sociología de la Universidad Autónoma de México, magíster en Filosofía de la Universidad Nacional Autónoma de México, magíster en Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales y abogado de la Universidad Nacional de Colombia.

su propuesta en una caracterización general del abolicionismo como una forma diferente de pensar, que facilita formular criterios suficientes para abordar de otra manera los conflictos sociales; así para él, “basta con dejar de lado los discursos criminológicos dominantes y debatir democráticamente políticas públicas distintas a la cárcel, basta con pensar y actuar de otro modo” (p. 147).

Passeti (2012)<sup>32</sup> toma distancia de las propuestas de Bernat y Hulsman (1984) para encarar las situaciones problemáticas, pues hay vías no punitivas que deberían ser tenidas en cuenta (conciliación, educación, terapia, compensación, terapia e incluso la punición mutuamente aceptada). Sin embargo, el brasileño critica esta visión porque el rompimiento con los universales es también una superación del pensamiento según modelos, y en consecuencia, el señalamiento de dichas vías para resolver las situaciones problema puede remitir a “trayectos que pueden tornarse inmovilizadores” (Passeti, 2012, p. 34).

En un sentido similar, Postay<sup>33</sup> y Ávila<sup>34</sup> (Ávila & Postay, 2012) plantean la necesidad urgente de construir un abolicionismo penal desde el margen latinoamericano, partiendo de la forma en que las nociones de “Estado” y de “nación” se fueron construyendo –quizás en paralelo– con la de sistema penal. Por ello, reconstruyen una visión contextualizada de la historia<sup>35</sup> y de los sistemas penales de

32 Brasileño, profesor en el Programa de Estudios de Posgrado en Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo.

33 Argentino, abogado de la Universidad de Buenos Aires, magíster en Criminología y Sociología Jurídico-Penal de la Universitat de Barcelona, cofundador del grupo abolicionista “locos, tumberos y faloperos” que se puede encontrar en <http://lftaboliconismodelaculturarepresiva.com>

34 Venezolano, abogado de la Universidad Central de Venezuela, magíster en Criminología y Sociología Jurídico-Penal de la Universitat de Barcelona.

35 Los autores hacen explícita la utilización que hacen del *paradigma de la dependencia*, que consiste en que “nuestros fenómenos no son análogos a

este margen, que tiene en cuenta los efectos y significados, tanto sociales como políticos, de la colonización europea, del transporte masivo de personas de un continente a otro para esclavizarlas, de las luchas independentistas que se dieron a principios del siglo XIX, del fin de la Segunda Guerra Mundial y de la caída del bloque comunista y el consecuente advenimiento del neoliberalismo (Ávila & Postay, 2012).

Así, Ávila y Postay (2012), sin olvidar los aterradores efectos que se atribuyen a los sistemas penales de América Latina<sup>36</sup>, cuestionan la recurrente interpelación al abolicionismo por carecer de un programa específico<sup>37</sup> en el siguiente sentido:

Los hombres y mujeres de carne y hueso, en su carácter de individuos sensibles y racionales son únicos e irrepetibles, y en consecuencia únicos e irrepetibles serán los problemas que los tengan como protagonistas. Ante cada controversia, el espíritu creativo de los directamente involucrados deberá prevalecer sobre las soluciones universales y fácilmente objetivables (p. 55).

Es decir, a partir de los abolicionismos europeos se reivindica la abolición del sistema penal para hacer énfasis en

---

los centrales, sino que son fenómenos derivados y, por ende, presentan una particularidad diferencial que es imposible de analizar con las categorías del saber central" (ÁVILA & POSTAY, 2012, p. 51).

36 Por ejemplo: "Las patéticas condiciones de la vida carcelaria, la prisión preventiva como casi único castigo, la violencia policial normalizada, las ejecuciones extrajudiciales, [...] hacen que la realidad de los sistemas penales latinoamericanos sea más deslegitimante que cualquier teoría o postulado técnicoacadémico" (p. 52).

37 Ambos autores (2012) recuerdan la frecuente pregunta de: "¿qué hacer, entonces con los abusadores de menores, con quienes asesinan, o roban a las ancianas en la calle?" (p. 54).

los intercambios personales que ofrece la comunicación directa entre los sujetos, y por ello propondrá la necesidad de sustituir el sistema de justicia criminal por formas de regulación autónomas de las situaciones problemáticas.

De otro lado, la propuesta abolicionista de Francés y Restrepo (2016), derivada a partir de la obra de Vincenzo Guagliardo (2013), que toma los elementos culturales de los abolicionismos europeos, resalta que estos restringieron el objeto de la abolición únicamente al sistema penal, a pesar de que se refirieron explícitamente al fenómeno del castigo en general. Las autoras resaltan este aspecto de la siguiente manera:

Se trata de una perspectiva que permite entender muchas cosas, y que hace avanzar la que fuera la interesante postura de Hulsman [sic]. Al mismo tiempo, es evidente que se retoman muchas de las ideas que ya Tolstói [sic] planteara en su novela *Resurrección*. Pero se va más allá, asumiendo que la idea misma de la culpa es algo a repensar, pues lo que hace es ocultar bajo esa forma la más amplia idea “religiosa” del inconsciente colectivo: el rito de la cacería al chivo expiatorio [...] es decir, que se basa en una cultura del castigo del Otro, del hereje, de la bruja, del loco, del delincuente, del mafioso, del pedófilo, del terrorista, del enemigo. Por ello se sostiene que la cárcel no es el único espacio criminógeno (evidencia de la que afirma parte todo abolicionista), sino que lo es el mismo sistema de vida, la concepción del mundo, esa cultura de la que se hablaba (pp. 894-895).

Entonces, Guagliardo reivindica la abolición del castigo, en tanto este se encuentra presente en la base de las instituciones y de la sociedad misma. Por esto, su aporte más significativo es reconocer el componente cultural de los abolicionismos europeos, como insumo para –según Francés y Restrepo (2016)– plantear la existencia de una “cultura del

*castigo*", que se sirve del chivo expiatorio para prolongar su existencia y fortalecerse. Guagliardo (2013) aclaró que:

Ser abolicionista es simplemente estar convencido de la imposibilidad de reforma del sistema penal. No puedo ser extremista en el ámbito político porque quiero hacer todo lo que sea posible en el presente para que haya menos cárceles y tribunales de conciencia. Por eso, el abolicionismo es extremista en el ámbito cultural, porque para realizarse tiene que exigir un cambio de mentalidad, una puesta en discusión de sí mismo, una mirada diferente sobre la miopía de la sumisión voluntaria: a partir del rechazo del muy antiguo rito del chivo expiatorio sobre el que se funda nuestra civilización y que nos hace a todos ciegos, arrastrándonos a un camino suicida (pp. 36-37).

Por lo tanto, la abolición del sistema penal está acompañada por la supresión de otras medidas punitivas que también se sirven del chivo expiatorio, y que constituyen las manifestaciones culturales que sustentan la existencia del sistema penal<sup>38</sup>.

Las características de la mayoría de estas visiones abolicionistas planteadas desde América Latina consisten en ser conscientes del lugar en que son propuestas, pues reconocen abiertamente que la historia de este margen del mundo tiene unas particularidades que requieren explicaciones históricas diferenciadas y matizadas. Por ello, se formulan críticas específicas al sistema penal, y a la forma

---

38 Sin embargo, debe reconocerse que, tal como explica ANITUA (2005), el surgimiento del sistema penal en Europa, el Estado y el capitalismo son dos factores "de un nuevo diagrama en el que se podrán desarrollar y ampliar formas de ejercicio del poder entre los cuales el poder punitivo es quizás el más importante" (p. 15). En consecuencia, también es necesario dirigir la mirada al Estado y al capitalismo como elementos que reproducen y hacen posible el sistema penal para abolirlo.

en que los abolicionismos europeos postulan su abolición, y por ello el objeto de los abolicionismos latinoamericanos trasciende al sistema penal, y se centra en atacar la cultura punitiva o del castigo<sup>39</sup> que sustenta la burocracia penal.

Sin embargo, el merecimiento de estas críticas a los planteamientos abolicionistas dados en Europa no significa que sean posturas colonialistas *per se*, pues afirmar o negar esto implica plantear una investigación que haga una descripción general, tanto de los abolicionismos europeos como de las teorías decoloniales, y que argumente si existen en los primeros algunos rasgos de eurocentrismo.

No obstante, Bosio<sup>40</sup> (2014) resaltó que tanto las propuestas de Christie (1984) de crear unas condiciones para que la comunidad asuma sus propios conflictos, como las de Bernat y Hulsman (1984) de diferenciar los modelos de resolución de conflictos, “han sido pensadas para un contexto y condiciones muy particulares” (p. 30), y por ello propone desde la perspectiva decolonial un camino diferente, pues “América Latina tiene una paleta de tejidos culturales donde distintos tipos de culturas y [de] pueblos originarios han resuelto sus conflictos de manera absolutamente original”. Sin embargo, Bosio reconoce que aunque Christie es un pensador situado, “el problema es que sus fórmulas se han repetido en Latinoamérica sin haberlas pasado por el prisma crítico local”.

---

39 La caracterización de la cultura del castigo en este texto excede su espacio. Sin embargo, para una su identificación sucinta véase FRANCÉS y RESTREPO (2016, especialmente las páginas 897 a 900).

40 Licenciada en abogacía, DEA en Antropología por la Universidad de Barcelona, magíster en Ciencias Sociales de la EHESS de París. Docente-investigador asociado en el marco del doctorado en Estudios Culturales Latinoamericanos 2014-2019, bajo la coordinación académica de Catherine Walsh.

En el mismo sentido, Bosio (2014) critica la salida de la resolución de los conflictos propuesta por Bernat y Hulsman (1984) al derecho civil, en la medida en que –según aquella rama civil sirvió para “normalizar la cultura colonial, con su política de regulación de las relaciones familiares, la regulación del control de los nombres, el sometimiento de la mujer, [...] la uniformización educativa, lingüística y científica” (p. 32); por lo tanto, el tamiz decolonial impediría que se recurra al derecho civil como método de resolución de conflictos.

Entonces, en tanto que las posturas decoloniales permiten entender mejor los contextos en que ha habido dominación colonial, la propuesta de este texto es suscitar una lectura de los abolicionismos europeos<sup>41</sup> y los latinoamericanos a partir de la decolonialidad, que permita entender mejor los contextos punitivos latinoamericanos y no abordar la cuestión de si aquellos son o no colonialistas.

#### 4. LA PROPUESTA DECOLONIAL

Este texto parte del concepto de decolonialidad brindado por el grupo modernidad/colonialidad<sup>42</sup> que se convierte en un referente epistemológico importante para la comprensión de nuevas formas de abordar el análisis de problemáticas

---

41 Este tipo de análisis ya han sido realizado con anterioridad. Así, GIGENA (2011) planteó que FOUCAULT mantiene intacto el eurocentrismo, pues no consideró sus aspectos estructurantes como el hecho de no considerar la diferencia colonial como co-constitutiva de la modernidad, entre otros.

42 Este grupo fue conformado en la última década del siglo XX por un conjunto de académicos latinoamericanos y algunos norteamericanos de distintas disciplinas de las ciencias sociales, que se fijó la tarea de estudiar y difundir la propuesta decolonial como categoría epistémica que debería acompañar el estudio de cualquier fenómeno social (CASTRO-GÓMEZ & GROSGOUEL, 2007, p. 10).

dogmáticas o político-criminales del sistema penal colombiano, como el que más adelante se abordará. Dicho concepto parte de reconocer que no se acabó el colonialismo luego del fin de las administraciones coloniales y mucho menos con la conformación de los Estados nación de los países que antes fueron colonias, porque las dinámicas de la sociedad actual, que supone la división internacional del trabajo y la jerarquización étnico-racial de las personas, no se transformó de manera importante frente a lo que había antes del fin del colonialismo. Por ello este grupo dice que lo que sucedió fue “una transición del colonialismo moderno a la colonialidad global, proceso que ciertamente ha transformado las formas de dominación desplegadas por la modernidad, pero no la estructura de las relaciones centro-periferia a escala mundial” (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007, p. 13), y así aducen que el fin de la Guerra Fría marcó la terminación del colonialismo moderno, pero sin que ello signifique que sus relaciones desiguales también hayan finalizado, porque lo que sucedió después de esto lo van a denominar proceso de colonialidad global, que en palabras de Castro-Gómez & Grosfoguel (2007) implica “hablar del ‘sistema-mundo europeo/euro-norteamericano capitalista/patriarcal moderno/colonial’ (Grosfoguel, 2005) y no solo del ‘sistema-mundo capitalista’” (p. 13).

Por lo anterior, en este escrito interesa resaltar que las posturas decoloniales se caracterizan por plantear que con el fin del colonialismo no se han terminado las prácticas que imponen un mundo binario en donde unos referentes eurocéntricos marcan y califican a los “otros”, y que el sistema penal al constituirse en una herramienta moderna, ligada en sus orígenes y evolución al eurocentrismo

(Bossio, 2014, pp. 6, 9 y 39) y al capitalismo<sup>43</sup>, no se escapa de esas lógicas en las que unos creerán tener la posibilidad (poder, saber y ser) de pronunciarse sobre los otros y por ello podrán abordarse críticamente todas sus instituciones, entre ellas la que se aborda en este escrito, consistente en la imparcialidad que rodea las decisiones de los jueces penales en particular, porque la decolonialidad cuestiona la colonialidad del poder, del ser y del saber independiente de un marco temporal de referencia, y esta colonialidad está estrechamente ligada con el concepto de eurocentrismo y el que Castro Gómez denominó “*hybris* del punto cero”, como se analizará a continuación.

Cuando se habla de colonialidad se hace referencia a un sistema ideológico y político que ha justificado las lógicas de dominación de los “unos” sobre los “otros”, movimientos que han sido favorecidos por el conocimiento científico de las ciencias sociales y de algunos razonamientos filosóficos y planteamientos altruistas que mostraban la necesidad de civilizar al que se considera primitivo o atrasado (Gómez, 2010, p. 89). La colonialidad, en este sentido, también muestra la cara oscura de la modernidad<sup>44</sup> que desde la Conquista viene estableciendo unos patrones de poder a través de “la raza, el saber, el ser y la naturaleza de acuerdo con las necesidades del capital y para el beneficio

---

43 Para verificar esta relación se recomienda acceder a la obra de MELOSSI y PAVARINI (1980) que tienen como uno de sus objetivos “establecer una conexión entre el surgimiento del modo capitalista de producción y el origen de la institución carcelaria moderna” (p. 18).

44 Entendiendo modernidad en los términos de WALSH (2007), cuando expresa que este se debe definir “no como fenómeno intraeuropeo sino desde su dimensión global, vinculada con la hegemonía, periferización y subalternización geopolítica, racial, cultural y epistémica que la modernidad ha establecido desde la posición de Europa como centro” (p. 104).

blanco-europeo como también de la élite criolla” (Walsh, 2007, p. 104).

Dentro del marco de la colonialidad, el eurocentrismo se ha entendido como una actitud colonial frente al conocimiento “que se articula de forma simultánea con el proceso de las relaciones centro-periferia y las jerarquías étnico/raciales” (Castro-Gómez & Grosfoguel, 2007, p. 20), en el que el único conocimiento válido, universal y neutral es el que se produce en Europa (occidental), negando los saberes, prácticas y costumbres de otros pueblos. Walsh (2007) define esta situación de imposición jerárquica como un logocentrismo occidental que representa a la única racionalidad capaz de ordenar el mundo.

En este contexto, y teniendo en cuenta que será importante para el análisis de la situación específica que se presentará más adelante sobre la imparcialidad de las decisiones judiciales en Colombia, se debe hacer referencia al concepto desarrollado por Castro-Gómez (2005) de la “*hybris* del punto cero”, denominada *hybris*<sup>45</sup>, que en la etimología griega se entiende como el intento de transgresión de los límites que los dioses han impuesto a los hombres mortales y terrenales y por ello se entiende como un acto de soberbia y por ello los griegos “decían que [la *hybris*] es el peor de los pecados, pues supone la ilusión de poder rebasar los límites propios de la condición mortal y llegar a ser como los dioses. [...] entonces el desconocimiento de la *espacialidad* es por ello un sinónimo de arrogancia y desmesura” (pp. 18-19), ya que se trata de la ubicación de una

---

45 El diccionario manual Griego (del Griego clásico al español) define el concepto de *hybris* (ὕβρις) como: “ser soberbio, insolente, descarado; vivir disolutamente; maltratar, injuriar, afrentar, deshonorar, mofarse; desbordarse; comportarse de manera injusta u ofensiva” (recuperado el 20 de mayo de 2018 de <https://empezandoafilosofar.files.wordpress.com>).

persona o grupo de personas en un “no lugar” desde donde se puede observar todo adoptando una mirada soberana sobre el mundo. El autor se refiere a la posición adoptada por científicos y filósofos ilustrados que “están convencidos de que pueden adquirir un punto de vista sobre el cual no es posible adoptar ningún punto de vista” (Castro-Gómez, 2005, p. 18) y en este trabajo se intenta mostrar cómo esta posición también es adoptada por el juez bajo un manto de neutralidad y objetividad que necesariamente implica su cargo.

La relación de la propuesta de la “*hybris* del punto cero” con las diferentes formas de colonialidad está en que esa ciencia objetiva e imparcial que se generó desde Europa occidental fue la que construyó la “historia universal”, en la cual los pueblos colonizados aparecen en la escala más baja de desarrollo y son a los que se les impuso los mismos fines que debían tener para alcanzar un desarrollo económico, social y político (Castro-Gómez, 2005). Esa observación imparcial permitirá fortalecer la división entre el intelecto, que está ubicado en un escaño superior, y el cuerpo y el contexto social, ubicados en condición de inferioridad, lo que legitima la separación entre el mundo material y el simbólico, que es el que debe ser alcanzado a través del genio y la inteligencia. Esta postura es criticada por Bourdieu (1999), quien dirá que esa actitud pretende alejarse del ruido del entorno humano y ello se puede ejemplificar frente a la labor del juez dentro del sistema penal colombiano cuando asume una posición de imparcialidad que lo hace alejarse por completo de la realidad material y espiritual que rodeó la situación conflictiva que se tratará como delito.

Teniendo en cuenta los puntos de partida para el funcionamiento y evolución de la colonialidad, Quijano (2000) habla de tres formas de colonialidad que determinan la

manera como se materializan esas relaciones de dominación de unos pueblos a otros y que por lo tanto permiten dar continuidad al proyecto colonial y de subalternización: la colonialidad del poder, del saber y del ser.

La colonialidad del poder busca establecer los patrones de poder moderno que parten del concepto de raza, pero también, como lo expresa Walsh (2007) en el control del trabajo, la estabilidad del Estado y la producción de conocimiento. Para Quijano (2000), los dos elementos más importantes de esta forma de colonialidad serán la raza y el control del trabajo:

Así, cada forma de control del trabajo estuvo articulada con una raza particular. Consecuentemente, el control de una forma específica de trabajo podía ser al mismo tiempo el control de un grupo específico de gente dominada. Una nueva tecnología de dominación/explotación, en este caso raza/trabajo, se articuló de manera que apareciera como naturalmente asociada. Lo cual, hasta ahora, ha sido excepcionalmente exitoso (p. 205).

Por su parte, la colonialidad del saber parte del eurocentrismo como la perspectiva única, lo que supone descartar por completo la producción intelectual de grupos y personas que no estaban dentro de esa categoría eurocéntrica, como los indígenas y afrodescendientes, lo que además llevaba a descartar también su capacidad intelectual. Con esta forma de colonialidad se hegemonizó un sistema de conocimiento de y desde Europa, que al entenderse como sistema universal, "subalternizó otras representaciones y saberes que quedaron relegados a simples objetos de conocimiento, silenciados, y sin poder de enunciación" (Gómez, 2010, p. 90).

Y en lo que se refiere a la colonialidad del ser, supone la imposición de unos seres sobre otros, llevando ello al control y persecución de diferentes subjetividades, con lo

que se continúa con esa tarea para mantener los patrones de racialización, colonialismo y dominación que se vienen agudizando con las formas de colonialidad ya mencionadas; no se trata solo del aspecto individual de las personas, sino de cómo ese ser se ve colonizado con criterios que también tienen que ver con el espacio que ocupa, y a eso Walsh (2007) lo ha denominado la cartografía imperial que fusiona la raza y el espacio para llevar a los demás a la condenación, la subordinación y el olvido epistémico. Escobar (2003) la entiende:

Como la dimensión ontológica de la colonialidad, en ambos lados del encuentro; [...] la colonialidad del ser apunta hacia el "*exceso ontológico*" que ocurre cuando seres particulares se imponen sobre otros y, además, encara críticamente la efectividad de los discursos con los cuales el otro responde a la supresión como un resultado del encuentro (p. 62).

## 5. REFLEXIONES FINALES: APUESTAS POR UN ABOLICIONISMO DECOLONIAL

Muchas de las posturas abolicionistas de origen latinoamericano que se han mencionado se centran en las posturas de autores de lo que se ha denominado desde Occidente como el primer mundo (Europa occidental y Estados Unidos). Esta posición eurocentrada del conocimiento muestra la falta de contextualización regional en torno al asunto penal y criminal y se limita a hacer generalizaciones, desarrolladas en esas otras esferas, que se supone pueden ser aplicadas a cualquier entorno, olvidando que América Latina, Asia o África tienen sus propias realidades sociales y por tanto sus propios asuntos punitivos (Postay, 2012, p. xviii).

Por ello, la invitación que hacemos en este trabajo es seguir esa labor crítica que los abolicionismos latinoamericanos

le plantean al sistema penal y al castigo en general, pero que dicha actividad se deconstruya, de tal manera que se piense partiendo de otras posibilidades desde las que tal vez no haya sido abordada con anterioridad. En concreto, nuestra propuesta es apostar por la construcción de abolicionismos decoloniales, pensados desde Latinoamérica para la realidad latinoamericana, y en este breve apartado pretendemos mostrar cómo a través de la crítica a la imparcialidad de las decisiones judiciales puede pensarse en conjunto el abolicionismo y la decolonialidad.

Para plantear la crítica desde estas dos perspectivas es necesario recurrir a Bosio (2014), que se viene planteando los posibles abolicionismos decoloniales teniendo en cuenta las características coloniales del sistema penal:

Se trata de una nueva forma de gestionar la violencia cuyo proyecto es la homogenización y estandarización del mundo, a partir del despliegue de un esquema de poder colonial como sistema-mundo. El discurso punitivo por lo tanto, es un discurso hegemónico que consolida la jerarquización, la persecución racial por un lado, instalando legalmente el epistemicidio, la gestión racial y las regulaciones coactivas de la población por medio de saberes dados en llamarse ciencia (p. 40).

Por ello son necesarias nuevas formas más incluyentes de atender esas situaciones problemáticas y no de manera exclusiva en la solución ofrecida por nuestro sistema judicial, que a través del uso del lenguaje, y especialmente del discurso de la imparcialidad judicial, arroja de buenas intenciones el acto de castigar, pues ella se encarga de legitimar la decisión de infligir dolor a alguien a través de la pena.

Como ya se describió arriba, la imparcialidad supone la existencia de un sujeto que está en una posición diferente a los demás que intervienen en el proceso penal. En este sentido,

la crítica que podría plantearse desde los abolicionismos europeos a la imparcialidad consiste en que, a través de ella, se vigoriza un uso amañado del lenguaje que facilita la expropiación del conflicto a las víctimas, en la medida en que exige la resolución de la situación problemática a partir de los criterios ofrecidos por el derecho penal, impidiendo así la revitalización de los lazos sociales destruidos.

Sin embargo, esta crítica requiere ser completada por las posturas decoloniales, como se puede ver en las siguientes observaciones:

- Hay que ser más incisivos con la crítica sobre el robo al conflicto, pues cuando el juez se ubica en esa posición de imparcialidad, se está quedando con la decisión del conflicto, arropando esta decisión con su objetividad, pero el criterio por el que lo hace está relacionado con la colonialidad del ser, del saber y del poder, porque entiende que las otras personas están en una condición de subordinación, por el tipo de personas que son, por el nivel bajo de formación que suelen tener y porque no ostentan la misma posición privilegiada de poder de aquel que decide enviar o no a prisión a otra persona “administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley”<sup>46</sup>.

- La colonialidad construye un mundo binario de referentes eurocéntricos y su crítica decolonial señala, por un lado, los problemas de partir de esa diferenciación entre unos (buenos) y otros (malos), y por otro, los inconvenientes de que unos puedan calificar o juzgar a los otros, que en el caso concreto del derecho penal revisten la etiqueta de delincuentes cuando fueron condenados imparcialmente

---

46 Expresión usada en todas las sentencias judiciales por mandato expreso de la normatividad colombiana en el Artículo 280 del Código General del Proceso.

por la autoridad judicial. Esa visión binaria además permite la consolidación de las lógicas de dominación que encuentran su legitimación en figuras como la imparcialidad al momento de proferirse la decisión judicial, especialmente cuando esta es condenatoria.

- Es de suma importancia la figura de la “*hybris* del punto cero” que nos recuerda al juez ubicado en un “no lugar” desde el que todo se puede ver y todo se puede juzgar, pero difícilmente esa posición puede ser juzgada y eso le permite una visión soberana del mundo. Desde allí se explica la pretendida imparcialidad que solo replica esas prácticas coloniales e invisibiliza “el lugar particular de enunciación para convertirlo en un lugar sin lugar, en un universal” (Castro-Gómez, 2005, p. 61). Además esa *hybris* fortalece la distinción entre intelecto (lugar más alto) y cuerpo material de las personas (lugar más bajo) y establece la necesidad de alejarse de esas vivencias y realidades para que el intelecto pueda obrar y hacer lo suyo, lo que desde la imparcialidad ha significado que el juez se aleje de las realidades y de las personas de carne y hueso que vivieron una situación conflictiva, y que él se dará en llamar, desde su ubicación privilegiada, delito.

- Una manera de abordar el abolicionismo desde una perspectiva latinoamericana se puede desarrollar en la crítica a los autores europeos y de nuestro continente, que cuando ofrecen la salida al sistema penal proponen el recurso al derecho civil como forma de resolver los conflictos, porque ello llevaría también el problema de la *hybris* si se tiene en cuenta que en Colombia a los jueces y tribunales civiles también se les exige actuar con imparcialidad; y por lo tanto, no serían resistentes a la óptica no-punitiva. Esto, llevaría en general, a renunciar *ab initio* a todas las formas en que terceros pueden imponer a otros decisiones vinculantes en relación con sus conflictos.

- Por último, la imparcialidad en las decisiones judiciales representa las tres formas de colonialidad, las del poder, del saber y del ser, en la medida en que las decisiones imparciales de los jueces penales se siguen realizando desde un concepto racializado y de control capitalista del trabajo (algunos de estos apuntes ya vienen siendo evidenciados, aunque no en estos términos por el abolicionismo eurocéntrico y la criminología crítica), teniendo en cuenta la invisibilización del intelecto (incluida también la capacidad intelectual) de los “otros” y con el control de sus subjetividades<sup>47</sup>.

De esta manera las propuestas que se planteen por parte de los abolicionismos latinoamericanos deben aportar herramientas de análisis que faciliten desenmascarar la actitud colonial que existe en las decisiones judiciales, para afirmar que una forma de abolirlas es iniciar un proceso que facilite su crítica a partir de las perspectivas y categorías decoloniales.

## 6. CONCLUSIONES

La imparcialidad judicial es un derecho y una perspectiva: los ciudadanos tienen a su disposición herramientas

---

47 En este punto es fundamental hacer mención de uno de los más viejos textos que haga referencia a una postura abolicionista del castigo: “Se planteaba una pregunta muy sencilla: ¿Por qué razón y con qué derecho unos hombres encierran, atormentan, deportan, azotan y matan a otros hombres cuando ellos mismos son exactamente a aquellos a quienes torturan azotan y matan? [...] / Había allí muchos razonamientos inteligentes, científicos, interesantes, pero no existía respuesta para la pregunta básica, ¿Con qué derecho unos castigan a otros? No sólo no había respuesta, sino que todos los argumentos conducían a explicar y justificar el castigo, cuya necesidad se reconocía como axioma” (TOLSTOI, 2010, pp. 431-432).

legales para advertir que el juez de su caso no es imparcial. Así mismo, la imparcialidad permite que las personas que ostentan la calidad de jueces asuman una visión de la realidad –construida a partir de un marco jurídico concreto– que distingue entre objeto juzgado y sujeto que juzga, utilizando categorías que reproducen dicotomías, pues en las decisiones judiciales hay sujetos vencedores y sujetos vencidos.

Sin embargo, también se señaló que al conectarse el logro de la imparcialidad con el hecho de prescindir de quien se es, la consecución de esta finalidad es una utopía, pues ello implicaría una despersonalización de quien juzga, pues no es posible juzgar desde ningún lugar en la medida en que la identidad es un vehículo de parcialidad.

De otro lado, los abolicionismos europeos son un necesario e ineludible punto de partida para sustentar la abolición de un sistema penal en concreto, de ahí que no sea correcto ignorar los argumentos planteados por ellos, pues fueron las primeras perspectivas que cuestionaron la legitimidad del castigo penal estatal en Europa.

Por esto, el punto de partida de los abolicionismos latinoamericanos debe tener dos frentes. El primero es elaborar una deconstrucción de los conceptos utilizados por los abolicionismos europeos para hacer una redefinición de ellos que esté localizada en un contexto concreto. El segundo es reconstruir la historia del sistema penal –y del castigo– a partir de una contextualización que tenga en cuenta el margen latinoamericano. Ser consciente de estos dos retos podría facilitar la utilización de las herramientas conceptuales que brindan las perspectivas decoloniales.

En este sentido, las propuestas decoloniales, que parten de reconocer que una cosa fue el fin del colonialismo y otra la continuación de la colonialidad que permea todas las relaciones sociales, políticas, económicas y culturales –que

además están rodeadas de la globalización–, ponen en evidencia que seguimos viviendo en sociedades desiguales y que bajo una perspectiva eurocéntrica unos se imponen sobre otros que han sido caracterizados como subordinados por criterios de raza, intelecto y posición de poder.

La “*hybris* del punto cero” nos recuerda la posición de los intelectuales occidentales que están ubicados en el “no lugar” que les permite decidir sobre cualquier cosa de manera soberana y sin que se pueda discutir sobre ello. En este sentido, la pretendida imparcialidad del juez la ubicamos en este “no lugar” que no permite cuestionar los criterios que permiten que una persona pueda castigar a otra y facilita el juzgamiento de realidades muy disímiles entre sí: los “delitos”.

Esto parecería implicar que en el plano del derecho se deba renunciar a la imparcialidad. Sin embargo, a pesar de todos los problemas que ella representa a la luz de las anteriores perspectivas, no se puede ignorar que actualmente el poder punitivo en Colombia vive un momento de exaltación, de ahí que a la imparcialidad le quede la única función de proteger a quien es procesado de la utilización del poder punitivo, mientras se va logrando la abolición de la cultura del castigo y con ella la del sistema penal.

Con todo, la propuesta final de este escrito es empezar a pensar nuevas formas de abolicionismos latinoamericanos y por ello se habla de abolicionismos decoloniales que puedan criticar y deconstruir el origen mismo de las propuestas abolicionistas del castigo de corte eurocentrado y, para ello, se presentan algunas medidas específicas que pueden llevarse a cabo, producto de lo que se mencionó de muchos de los autores citados:

- Analizar el abolicionismo desde la perspectiva decolonial, al margen de si el primero es o no una teoría

eurocéntrica, es una forma de procurar a toda costa la contextualización de saberes y deconstruir los poderes injustos, especialmente el poder punitivo.

- La decolonialidad invita a pensar una visión contextualizada de la historia latinoamericana, no olvidando el lugar y el objeto para el que se proponen muchas de las teorías abolicionistas y críticas del sistema penal.

- Ante las dificultades de la *hybris* del punto cero que se puede dar con la imparcialidad judicial, además de pensar en soluciones más contextuales y más propias de cada comunidad, se deben procurar soluciones en las que los afectados por la situación conflictiva (hoy denominados delincuente y víctima) puedan darse explicaciones mutuas, encuentros cara a cara con terceros que estén ubicados en puntos asequibles para aquellos.

- Mucho más importante a efectos del punto de partida de este escrito es que la decolonialidad debe servir a que las propuestas abolicionistas dejen de limitarse a la abolición de la prisión o del sistema penal, lo que supone plantearnos un cambio cultural que no comienza sino con la reflexión personal e individual sobre los caminos que hemos tomado.

## 7. REFERENCIAS

AGUILÓ, J. (2003) De nuevo sobre “independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. En: BURGOS, G. (ed.), *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* (pp. 65-81). Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA.

AGUILÓ, J. (2009). Imparcialidad y concepciones del derecho. *Jurídicas*, 6(2), 27-45.

- AGUILÓ, J. (2012). Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad. *Novos Estudos Jurídicos*, 17(2), 161-172. doi:10.14210/nej.v17n2.p161-172
- ANITUA, G. (2005) *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- ANITUA, G. (2012). Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena. En POSTAY, M. (comp.), *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia* (pp. 1-18). Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- ÁVILA, K., & POSTAY, M. (2012). Abolicionismo penal latinoamericano. La “no pena” regionalmente contextualizada ¿realismo marginal o utopía de la utopía? En POSTAY, M. (comp.), *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia* (pp. 43-58). Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.
- BARRY, B. (1997). *La justicia como imparcialidad*. Barcelona: Paidós.
- BERNAT, J., & HULSMAN, L. (1984) *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*. Barcelona: Editorial Ariel S. A.
- BERNAT, J., & HULSMAN, L. (1991) La apuesta por una teoría de la abolición del sistema penal. En FERRER, C. *El lenguaje libertario II* (pp. 181-206). Montevideo: Nordan-Comunidad.
- BOURDIEU, P. (1999). *Meditaciones pascalianas*. Barcelona: Anagrama.
- BOSIO, G. (2014). *Giro decolonial y cultura punitiva: repensando el abolicionismo*. Recuperado de: [https://www.academia.edu/9917385/Giro\\_decolonial\\_y\\_cultura\\_punitiva\\_repensando\\_el\\_abolicionismo\\_penal](https://www.academia.edu/9917385/Giro_decolonial_y_cultura_punitiva_repensando_el_abolicionismo_penal)
- BOVINO, A. (1992). La víctima como preocupación del abolicionismo penal. En BOVINO, A., & PASTOR, D. (eds.), *De los delitos y de las víctimas*. (pp. 261-279). Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc S. R. L.

- CAMUS, A. (1996). *Reflexiones sobre la guillotina*. Madrid: Alianza Editorial S. A.
- CASTRO-GÓMEZ, S. (2005). *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- CASTRO-GÓMEZ, S., & GROSGOQUEL, R. (2007). Prólogo. Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico. En CASTRO-GÓMEZ, S., & GROSGOQUEL, R. (eds.), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 9-23). Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central –Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos– y Pontificia Universidad Javeriana –Instituto Pensar–.
- CHRISTIE, N. (1984). *Los límites del dolor*. Fondo de Cultura Económica.
- CHRISTIE, N. (1992). Los conflictos como pertenencia. En BOVINO, A., & PASTOR, D. (eds.). *De los delitos y de Las víctimas* (pp. 158-182). Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc S. R. L.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2004, 31 de agosto). Ley 906 de 2004. Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. DO n.º 45.658.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2012, 12 de julio). Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. DO n.º 48.489.
- CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA (2009, 29 de octubre). Sentencia C-762 [M. P. Juan Carlos Henao Pérez].
- CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA (2011, 10 de agosto). Sentencia C-600 [M. P. María Victoria Calle Correa].
- CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA (2015, 16 de julio). Sentencia C-450 [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

- CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA (2016, 14 de septiembre). Sentencia C-496 [M. P. María Victoria Calle Correa].
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (1993). La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria. *Papers d'estudis i formació*, 12, 9.
- ESCOBAR, A. (2003). Mundos y conocimientos de otro modo. El programa de investigación de modernidad/colonialidad latinoamericano. *Tabula Rasa* (1), 51-83.
- FERRAJOLI, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- FRANCÉS, P., & RESTREPO, D. (2016). Con Hulsman, para avanzar un poco más. El Abolicionismo de la Cultura del Castigo a partir de la obra de Vincenzo Guagliardo. En PÉREZ, F. (ed.), *SERTA: in memoriam Louk Hulsman*. (pp. 873-910). Ediciones Universidad de Salamanca.
- FOLTER, R. S. DE (1989). Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de Ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. En BONDANZA, M., & CIAFARDINI, M. (trads.), *Abolicionismo penal* (pp. 57-85). Buenos Aires: Ediar.
- GALEANO, M. E. (2004). *Estrategias de investigación social cualitativa. El giro de la mirada*. Medellín: La Carreta Editores.
- GIGENA, A. I. (2011). Lecturas poscoloniales y decoloniales de la analítica foucaultiana para el análisis en contextos de herencia colonial. *Confluente. Rivista di Studi Iberoamericani*, 3(2), 1-21.
- GÓMEZ JARAMILLO, A. (2008). *Un mundo sin cárceles es posible*. México, D. F.: Ediciones Coyoacán.
- GÓMEZ QUINTERO, J. D. (2010). La colonialidad del ser y del saber: la mitologización del desarrollo en América Latina. *El Ágora USB*, 10(1), 87-105.

- GUAGLIARDO, V. (2013) *De los dolores y las penas. Un ensayo abolicionista y sobre la objeción de conciencia*. España: Traficantes de Sueños.
- LAMNEK, S. (1980) *Teorías de la criminalidad*. México: Siglo XXI Editores.
- LARRAURI, E. (1997). Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 50(1), 133-168.
- LORA, P. DE (2007). ¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado. *Doxa*, 30, 451-470.
- LUCART SIERRALTA, N. (2003). Clasicismo penal, interaccionismo y tratamiento penitenciario. *Capítulo Criminológico*, 31(1).
- MARTÍNEZ, M. (1990). *La abolición del sistema penal. Inconvenientes en Latinoamérica*. Bogotá: Temis.
- MATHIESEN, T. (2005). Diez razones para no construir más cárceles. *Nueva doctrina penal*, (1), 3-20.
- MELOSSI, D., & PAVARINI, M. (1980). *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. México: Siglo XXI Editores.
- MIR PUIG, S. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Repertor.
- MUÑOZ CONDE, F. (1985). *Derecho penal y control social*. España: Fundación Universitaria de Jerez.
- PASSETI, E. (2012). Ensayo sobre un abolicionismo penal. En POSTAY, M. (comp.), *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia* (pp. XV-XXII). Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.
- PAVARINI, M. (2011). Estrategias de lucha: los derechos de las personas detenidas y el abolicionismo. *Revista Crítica Penal y Poder*, (1), 56-68.

- PÉREZ TORO, W. (2003). De qué prescindir y por qué hacerlo. Anotaciones sobre abolicionismo penal. *Nuevo Foro Penal*, (65), 151-188.
- PÉREZ PINZÓN, A. (1989). *La perspectiva abolicionista*. Bogotá: Temis.
- POSTAY, M. (2012a). Cero, ladrillo y boxes. Apostillas táctico-estratégicas a modo de introducción. En POSTAY, M. (Comp.), *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia* (pp. xv-xxii). Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.
- POSTAY, M. (2012b) ¿De qué hablamos cuando hablamos de abolicionismo penal? *Rebelión*. Recuperado el 2 de noviembre de 2017 de <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=146757>
- QUIJANO, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En LANDER, E. (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 201-246). Buenos Aires: Clacso.
- RAWLS, J. (1997). *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- SANDOVAL CASILIMAS, C. A. (1996). *Investigación cualitativa*. Bogotá: Icfes.
- SCHEDLER, A. (2005). Argumentos y observaciones: De críticas internas y externas a la imparcialidad judicial. *Isonomía* (22), 65-95.
- TOLSTOI, L. (2010). *Resurrección*. Madrid: Pre-Textos.
- TRUJILLO, I. (2007). *Imparcialidad*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- WALSH, C. (2007). ¿Son posibles unas ciencias sociales/culturales otras? Reflexiones en torno a las epistemologías decoloniales. *Nómadas*, (27), 102-113.

ZAFFARONI, E. (1993). *En busca de las penas perdidas*. Bogotá: Temis.

ZAFFARONI, E. (2012). Prólogo. En POSTAY, M. (comp.), *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia* (pp. I-XIII). Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.

## CAPÍTULO 2

### PROXIMIDAD VERSUS CASTIGO

ANGÉLICA MARÍA PARDO LÓPEZ<sup>1</sup>

#### RESUMEN

La distancia entre los participantes del proceso penal es un factor clave que facilita y favorece que las reacciones sean altamente punitivas. En presencia de proximidad y conocimiento considerar un asunto penal se convierte en un tema de mayor complejidad en el contexto del cual los participantes son compelidos a buscar soluciones más allá de la imposición de castigo. La justicia restaurativa es una forma factible de aplicar esos postulados.

*Palabras clave:* castigo, retribución, proximidad, justicia restaurativa, prisión.

---

1 Centro de Investigación en Política Criminal, Universidad Externado de Colombia. angelicamaria30@gmail.com

## PROXIMITY VERSUS PUNISHMENT

## ABSTRACT

The distance between the participants of the criminal trial is a key factor that eases and favors the reactions to be highly punitive. In presence of proximity and knowledge, to consider a criminal issue becomes a matter of great complexity in the context of which the participants are compelled to look after solutions that transcend the imposition of a punishment. The restorative justice is a feasible way to apply those postulates.

*Keywords:* Punishment, Retribution, Proximity, Restorative Justice, Prison.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los conceptos de crimen y castigo parecen estar inevitablemente ligados. Frente a la noticia de una infracción penal, parece una continuación lógica pensar en cómo se va a castigar al autor de la conducta punible; cómo se le hará pagar por el daño que causó. Sin embargo, hay también otros caminos más humanos por los que se puede transitar y que pueden resultar más útiles para los involucrados. Dicho de otra forma, hay elementos que pueden obstaculizar que tomemos el sendero del castigo ciego, por lo cual estando en la disyuntiva y sin poder elegir el camino quizá más evidente y fácil, nos vemos apremiados a buscar otras soluciones. Este trabajo se propone estudiar esos elementos obstaculizadores del castigo como primera respuesta.

Los objetivos de este artículo son explorar el concepto del castigo y ponerlo en contexto a partir de su forma actual más común, que es la privación de la libertad; presentar el

concepto de proximidad desde la óptica abolicionista del profesor noruego Nils Christie; plantear el postulado de que la tendencia a castigar disminuye en presencia de la proximidad y ejemplificarlo a través de fuentes de diversa índole y, por último, plantear una propuesta en la cual el modelo de la justicia restaurativa juega un papel importante como escenario para aplicar el mencionado postulado y, por consiguiente, para facilitar la elección de caminos diferentes al castigo.

La información utilizada para la escritura de este artículo fue obtenida a partir de fuentes secundarias (informes, estudios académicos, artículos periodísticos y obras literarias y filosóficas) y la normatividad y jurisprudencia pertinente.

## 2. CASTIGO

Cuando ocurre un injusto de naturaleza penal el aparato estatal se activa y toma medidas encaminadas a castigar el hecho delictivo. Se trata de la imposición intencional de un mal a quien ha infringido la norma penal en razón a esa infracción y, paralelamente, de la emisión de un mensaje de censura y condena frente a tal comportamiento (Walen, 2016).

El castigo por excelencia en nuestra época es la privación de la libertad (ICPR, 2015). En otras palabras, la forma más generalizada en que los Estados expresan su reproche frente a la infracción penal es la prisión, que pese a las muchas críticas que se han formulado durante años (Western, Kling & Weiman, 2001; King, Mauer & Young, 2005; Kirchhoff, 2010; Neate, 2016; Glasmeier & Farrigan, 2017; Chang & Thompkins, 2002; Grassian, 2006), sigue creciendo globalmente de una forma que parece ser indefinida. De acuerdo con el Instituto para la Investigación de la Política Criminal –ICPR– por sus siglas en inglés (2015) más de diez millones

de personas en el mundo actualmente están privadas de su libertad. Hay países como Colombia, Grecia y Chipre que han duplicado su población carcelaria durante la última década y hay otros que, como el Salvador, incluso han llegado a triplicarla en el mismo período. Con la única excepción de Rusia (cuya población carcelaria ha disminuido en un 40%), el mundo entero muestra un apoyo irrestricto a la prisión como castigo (ICPR, 2015).

Así es que cuando hablamos de castigo, hablamos de prisión; la severidad del castigo se mide en años o meses de privación de la libertad. Ahora bien, es difícil esperar que la prisión, con sus duras condiciones y dinámicas, sirva a un propósito distinto que la sola imposición de dolor. Usualmente las prisiones están sobrepobladas, lo cual tiene repercusiones directas en la salud, alimentación, la disponibilidad de actividades resocializadoras y la seguridad de los reclusos.

Pero inclusive si la prisión fuera una institución que funcionara correctamente, sus funcionalidades intrínsecas (pérdida de autonomía en los aspectos básicos de la vida, pérdida de privacidad, pérdida de contacto con el mundo exterior y con el sexo opuesto) representan un considerable sufrimiento para quien allí se confina.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha declarado por dos veces un estado de cosas inconstitucional a nivel carcelario<sup>2</sup> esgrimiendo como fundamento la difícil situación de derechos humanos que viven los reclusos por causa, entre otras, de sobrepoblación carcelaria. Hoy en día, a pesar de los esfuerzos institucionales, la tasa de hacinamiento carcelario es del 45,6% (Inpec, 2018).

---

2 Corte Constitucional. Sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013. Esta última reiterada por la Sentencia T-762 de 2015.

Más allá de la experiencia brutal que significa la cárcel, cumplida la pena de prisión los exreclusos encuentran dificultades para conseguir empleo, se desestabilizan sus relaciones familiares, son estigmatizados, pierden las conexiones personales que les permitirían conseguir trabajo y, además, es posible que dentro de la cárcel hagan conexiones negativas que los conduzcan de nuevo hacia las vías delictivas. La cárcel incapacita para la vida en libertad, situación que atestiguan tanto el fenómeno de la institucionalización como el de la reincidencia. En cuanto a lo último y respecto del caso colombiano, encontramos que de acuerdo con el Instituto Nacional Penitenciario –Inpec– (2018), la tasa de reincidencia a nivel nacional es del 18%.

De modo pues que la pena de prisión tiene un carácter puramente retributivo y simbólico, pero no tiene la capacidad de remediar ni de solucionar los conflictos sociales que le dieron origen. ¿Cómo hacer para que la respuesta punitiva no sea la primera reacción que escogemos cuando ocurre una infracción penal? ¿Qué se necesita para empezar a dar a los conflictos una gestión más creativa que la simple retribución del dolor? En los apartes sucesivos exploraremos estas incógnitas.

### 3. PROXIMIDAD

Uno de los aportes más significativos de Nils Christie –quizá el representante más sobresaliente de la corriente del abolicionismo penal– es su desarrollo teórico sobre las posibles formas para que en la sociedad exista un menor grado de imposición de dolor (Rugeiro, 2014). Cuando Christie nos habla de “reparto de dolor” o de “imposición de dolor”, se está refiriendo a aquel dolor que se administra a través del castigo cuando un individuo infringe una norma de carácter penal (Christie, 1988).

La respuesta ante el injusto penal es marcadamente punitivista porque hay una serie de mecanismos dentro de nuestro sistema penal que favorecen y facilitan esa respuesta. Por un lado, el sistema simplifica la realidad social al centrarse en el delito y no en las personas, sus circunstancias y el contexto en el que viven. Por otro, neutraliza la culpa de quienes imparten el castigo al sacar el conflicto de la órbita de los interesados y ponerlo en manos de “especialistas” (Christie, 1977). Cuando ocurre un conflicto de carácter penal el Estado usurpa el puesto de la víctima y, en caso de que no lo tenga, asigna un representante al victimario. En adelante, el juicio es liderado por profesionales y gira en torno a cuál debe ser la dosis de dolor a imponer al infractor (el número de años que aquel debe pasar en la cárcel). En palabras de Christie, el Estado se les roba el conflicto a las partes y estas pierden la oportunidad de ocuparse de él (Christie, 1977).

La distancia que existe entre los participantes del proceso penal es tan grande que imponer un castigo –propiciar un sufrimiento– no supone una pena para nadie, como ordinariamente sucedería. Los jueces, fiscales, procuradores, abogados y defensores son ajenos a la víctima, al victimario y a sus situaciones únicas y exclusivas. Además de tratarse el particular caso solo de uno más entre cientos para tales operadores jurídicos, usualmente la distancia que existe entre ellos y los directamente implicados también es de carácter social, económico y espacial. Un fiscal que solicita una pena elevada de prisión para un infractor probablemente no tendrá en el futuro ningún contacto ni con el sindicado ni con su familia. Un juez que decide que cierto individuo debe purgar una pena de 20 años de prisión sin beneficios de redención puede hacerlo sin que el reo esté presente. Además, despacha día a día tantos casos que la suerte de quien priva de su libertad se le vuelve un asunto del todo

indiferente. Los operadores jurídicos hacen su trabajo, que se activa con la comisión del hecho delictuoso, y todo funciona casi mecánicamente de acuerdo con las previsiones normativas. Parece olvidarse el hecho de que detrás de este aparato hay seres humanos (Christie, 1988).

Al respecto, Christie propone varias condiciones que, de cumplirse, servirían de plataforma para evitar, o al menos disminuir la imposición de dolor. Estas condiciones se refieren al aumento del conocimiento entre los miembros del sistema penal y a hacer vulnerables a quienes ostentan posiciones de poder. Las formas de lograr tales objetivos son: 1) aproximar a las personas implicadas en el conflicto (por ejemplo, involucrar a quienes viven en la misma comunidad de las partes), y 2) no permitir que quienes intervienen en la gestión del conflicto puedan ostentar una calidad de “profesionales” o “especialistas”. El cumplimiento de estas premisas es pieza clave para obstaculizar la imposición de dolor y dar paso a que los conflictos se aborden de maneras más creativas (Christie, 1977; 1988).

En pocas palabras, lo que propone Christie es que aumente la proximidad entre los individuos relevantes en la toma de decisiones penales, lo cual conduciría a respuestas menos punitivas cuando surjan conflictos de tipo penal. Hechos tales planteamientos, debe quedar claro desde ahora que este estudio recogerá esos elementos bajo lo que de ahora en adelante llamaremos “proximidad”.

#### 4. PROXIMIDAD VS. CASTIGO

De acuerdo con tales planteamientos y como en adelante lo sostendremos, hay una relación inversa entre el castigo y la proximidad. Cuando aumenta la proximidad (la cercanía y el conocimiento entre los intervinientes del proceso penal) la propensión al castigo disminuye.

A continuación se presentan varios ejemplos provenientes de fuentes de diversa índole en los que se puede apreciar que en situaciones de proximidad, el impulso primario que dicta la necesidad de un castigo pierde peso en la balanza, lo cual nos permitirá en adelante proponer la aproximación de los sujetos en el contexto penal con el propósito de que se propicien las condiciones para que, en lugar de responder con el castigo, los participantes se vean en la obligación de imaginar de manera creativa soluciones mejores para cada caso.

#### 4.1. Fuente filosófica

##### 4.1.1. *Eutifrón*

“Eutifrón” es uno de los diálogos de juventud del pensador griego Platón. Dentro de la variada producción del filósofo, “Eutifrón” es uno de los diálogos en los que se estudian temas de ética (Woodruff, 2016). El tema de este diálogo se desarrolla alrededor de un encuentro de Sócrates con el joven Eutifrón. En este encuentro, por completo casual, Sócrates y Eutifrón se detienen a hablar en el camino. Sócrates pregunta a Eutifrón para dónde va y este le responde que se dirige al pórtico del rey<sup>3</sup> con el propósito de plantear una acusación por homicidio en contra de su padre.

Lo que había sucedido es lo siguiente: uno de los esclavos del padre de Eutifrón había matado a otro esclavo. Sin saber qué hacer al respecto, el padre de Eutifrón envió a alguien a hacer la correspondiente consulta al oráculo. En el entretanto, mandó a amarrar al esclavo homicida y lo dejó tirado en una fosa, donde, dada la demora del enviado,

---

3 Lugar en donde se ventilaban las acciones de tipo público-religioso.

murió de hambre, sed y la fatiga propia de la exposición continua a la intemperie.

A continuación se entabla todo un diálogo alrededor de la piedad, pero lo que para los efectos de este artículo nos interesa es la clara posición de Sócrates en relación con lo que se propone a hacer Eutifrón. Para Sócrates es por completo cuestionable que un hijo pretenda acusar a su padre. Esto significa que la relación de proximidad entre padre e hijo debería estar limitando este impulso, so pena de estar incurriendo en una trasgresión aún más seria que aquella del homicidio en cuestión.

El asunto de la proximidad acá es lo importante a la hora de valorar el comportamiento de Eutifrón, pues si se tratara de la acusación y eventual castigo de una persona extraña, la pregunta sobre la corrección del actuar de Eutifrón no sería tan acuciante. En últimas, aunque puede haber sido injusto el actuar del padre de Eutifrón (cuestión que queda inconclusa en el diálogo), la pregunta de Sócrates es si actuaría justamente Eutifrón tratando de que se imponga un castigo a su propio padre.

#### *4.1.2. Confucio: la piedad filial*

La piedad filial es un componente muy importante de la filosofía china antigua que podríamos describir como el sentimiento de respeto, consideración, lealtad y solidaridad que los hijos deben tener frente a sus padres, los padres frente a sus hijos, y que en general, debe emanar desde la familia y extenderse hacia el resto de la sociedad, la cual vendría a constituir una especie de familia extendida (Wong, 2017). De modo que la obligación moral que proviene del valor de la piedad filial es más fuerte entre mayor proximidad haya entre los individuos. En otras palabras, hay algunas

personas frente a las cuales estamos moralmente más obligados en virtud de nuestra relación con ellas (Wong, 2017).

En las *Analectas* (un cuerpo literario compuesto por los discípulos de Confucio que reúne sus enseñanzas) hay una notable coincidencia con el tema de Eutifrón. Por tal motivo, existen múltiples estudios que comparan e interpretan ambos ejemplos (Murphy & Weber, 2010; Liu, 2007).

En el pasaje 13:18 de las *Analectas* se dice:

El gobernador de She declaró a Confucio: “Entre mis súbditos hay un hombre con una integridad a toda prueba: cuando su padre robó una oveja, lo denunció”. Confucio comentó: “Entre mi gente, los hombres íntegros hacen las cosas de una forma diferente: el padre encubre al hijo, el hijo encubre al padre y hay integridad en lo que hacen”.

Como vemos, Confucio toma la misma posición de Sócrates cuando se presenta el dilema de qué debe hacerse cuando una persona próxima a uno comete una injusticia. Aunque ninguno de los dos da respuesta a qué es lo mejor que en tal caso una persona podría hacer, ambos coinciden –Confucio de forma más radical– en que exigir justicia y castigo ignorando los lazos de parentesco (de proximidad) no es correcto.

Liu Junping (2007), citando al filósofo chino Liang Shouming en su obra *La esencia de la cultura china*, aclara la posición de Confucio explicando que la vida de las personas transcurre de forma relacional. Desde que una persona nace, es posicionada en relación con otros, como por ejemplo padres y hermanos, y en ese contexto, actúa. Así mismo, Zhongying (2014) afirma que las personas no se preocupan por los otros con base en consideraciones abstractas sino con base en un sentimiento que proviene de una relación concreta asignada socialmente. De modo que, lejos de preocuparnos imparcialmente por la suerte

del prójimo, hay factores como el parentesco, la cercanía, el lenguaje, la religión, la raza y las costumbres, que ejercen un poder más allá del cálculo racional y nos mueven a actuar de determinado modo en relación con las personas con quienes compartimos esos aspectos (Liu Junping, 2007). Este análisis explicaría de forma más concreta por qué para Confucio no es “integral” el hombre que persiguiendo la justicia pretende incluso que su padre sea castigado.

## 4.2. Fuente literaria

### 4.2.1. *Antígona e Ismene*

La famosa tragedia de Sófocles (496-406 aC), *Antígona*, también nos ilustra sobre cómo la proximidad afecta nuestras actuaciones en relación con el cumplimiento de la ley. En breve, lo que ocurre en esta tragedia es que dos de los hermanos de Antígona, Etéocles y Polínices, se enfrentan en una guerra luchando cada uno en bandos diferentes. Mientras Etéocles luchaba por los intereses de su patria, Tebas, Polínices luchaba del lado del pueblo de Argos, por lo cual al hacerlo incurría en traición a la patria. El resultado de esa confrontación es que los dos hermanos murieron al mismo tiempo, el uno a manos del otro.

Una vez terminados los enfrentamientos, el rey de Tebas, Creonte, prohibió que se enterrara y se hiciera el debido funeral a Polínices, pues era un traidor. Sin embargo, Antígona, su hermana, desobedeció esta orden y en cuanto pudo ejecutó el funeral de su hermano.

Pues bien, debido a este desobedecimiento, Creonte ordenó la muerte de Antígona –incluso pasando por encima de su hijo Hemón, del que Antígona era la prometida– y en cuanto a Ismene –la otra hermana de Antígona, quien

sabía de sus planes de rebeldía frente a la prohibición y los había ocultado— la relevó de todo castigo.

Es importante notar que Creonte, a pesar de que no toma en cuenta la relación de proximidad entre Polínicés y Antígona a la hora de castigar a esta última por su transgresión, sí tomó en cuenta la relación existente entre Antígona e Ismene, pues no castigó a la última por haber mantenido en secreto los planes de su hermana. Por una parte, Creonte ha debido entender que la relación de proximidad entre Antígona y el hermano traidor impedía que ella obedeciera su orden, y por otra, el que haya perdonado la vida de Ismene es signo de que en esa segunda ocasión sí entendió que, en razón de su parentesco, Ismene no estaba en obligación de denunciar a su hermana.

### **4.3. Fuente normativa**

#### *4.3.1. Principio de no autoincriminación*

El deber de denunciar es una exigencia legal de carácter primariamente penal. Cuando cualquier particular o alguna autoridad pública tienen noticia de la comisión de un delito que pueda ser investigado de oficio, tiene la obligación de informarlo a la autoridad competente, quien deberá tomar las medidas que correspondan. En el sistema jurídico colombiano, este deber está consagrado en el Artículo 67 del Código de Procedimiento Penal. Debemos notar que los delitos que pueden ser investigados de oficio son precisamente las infracciones que se consideran más graves, por lo cual, es de preverse que una investigación exitosa terminará por castigar al culpable con cierto número de años de privación de la libertad.

Sin embargo, frente a esta exigencia existe también una excepción aún más importante, pues se trata de un

principio de rango constitucional: el principio de no autoincriminación. Este principio consiste en que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo o en contra de sus parientes más próximos. La protección frente a la autoincriminación está prevista en la mayoría de las constituciones del mundo, en relación con asuntos penales<sup>4</sup>. En Colombia, la Constitución Política contempla este derecho en su Artículo 33, y a nivel legal, en el Artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado en Sentencia C-1287 de 2001 que esta excepción es “[...] expresión concreta del valor superior de la dignidad humana y de los principios constitucionales de respeto a la autonomía de la voluntad, a la libertad de conciencia y de protección a la unidad e intimidad familiares”. De acuerdo con la Corte en otros pronunciamientos, esta medida “[...] tiene como fundamento la protección de los lazos de amor, afecto y solidaridad, y en general, el respeto a la autonomía y la unidad de la institución de la familia [...]” (Corte Constitucional, 2017).

De modo que no solo en los ámbitos filosófico (casos de Eutifrón y las ovejas de Confucio) y literario (Antígona), sino también en lo normativo, encontramos buenos ejemplos de cómo la proximidad se torna un obstáculo frente a la persecución y búsqueda de una respuesta punitiva. A continuación analizaremos dos estudios que cuentan con datos empíricos que ratifican esta misma posición.

---

4 104 países consagran en sus constituciones el derecho a no incriminarse a sí mismo en juicios penales. De estos, 29 (la mayoría Latinoamericanos) también consagran el derecho a no incriminar a las personas más próximas. Otros tantos tienen una previsión constitucional más amplia consistente en el derecho a no dar ningún tipo de evidencia en el contexto de un juicio penal. Información detallada al respecto puede ser encontrada en <http://constituteproject.org>

#### 4.4. Fuente empírica

##### 4.4.1. *Círculos de ética*

En el año 2015, los investigadores estadounidenses Cristina Wildemurth, Carlos A. de Mello e Souza y Timothy Kozitza trabajaron en un estudio sobre el impacto de la proximidad en el razonamiento moral. Su hipótesis era que cuando hay proximidad el énfasis en la justicia que hace un sujeto moral disminuye a la vez que su énfasis en el cuidado por el otro aumenta. Las personas tienden a preocuparse mucho más por los asuntos morales que afectan a quienes les son próximos que por aquellos con quienes tienen poco o ningún contacto. En otras palabras, la hipótesis del grupo de académicos era que las personas tienden a ser más severas cuando no están tan próximas, y que cuando ocurre lo contrario, aquella severidad se cambia por una preocupación por el porvenir del otro.

Para entender este estudio debemos visualizar a una persona (“agente moral”) alrededor de la cual hay múltiples círculos, los primeros más estrechos que los siguientes. Cada uno de estos círculos reúne a diferentes personas de acuerdo con su proximidad con el agente moral. En el círculo más cercano estarían la familia y los amigos más íntimos. En el segundo círculo estarían, por ejemplo, los colegas y los vecinos. En un círculo algo más lejano podrían ubicarse los conciudadanos y la gente que comparte culturas similares con la persona en cuestión. A medida de que los círculos se alejan del centro, las personas que se encuentran en ellos son menos próximas al agente moral. Ahora bien, las decisiones que toma el agente moral respecto de otras personas cambian dependiendo de su posición en los diferentes círculos.

El experimento sucedió así:

A 1.531 personas que trabajaban en el campo de recursos humanos se les presentó un caso frente al cual respondieron qué harían si se encontraran en tres distintas situaciones.

El caso consiste en que hay una empresa en la cual se celebra una reunión mensual. Es importante que los trabajadores vayan a esa reunión, pues dos faltas implican la pérdida de una prima que corresponde a más de un salario mensual. Al participante le corresponde reportar la falta de asistencia a tales reuniones.

*Situación 1:* El empleado A, quien falta a dos de las reuniones, es un trabajador confiable y concienzudo.

*Situación 2:* El empleado A, quien falta a dos de las reuniones, es un trabajador confiable y concienzudo, pero además tiene un hijo enfermo cuyo tratamiento ha socavado las finanzas de su familia.

*Situación 3:* El empleado A, quien falta a dos de las reuniones, es un trabajador confiable y concienzudo, pero además tiene un hijo enfermo cuyo tratamiento ha socavado las finanzas de su familia. Adicionalmente, el empleado A es amigo del participante, es decir, de quien debe reportar su ausencia a la compañía.

Esas situaciones fueron planteadas a los diferentes participantes del experimento al azar. Como podemos observar, en la situación 2 el empleado A es más próximo al participante que en la situación 1 (porque conoce sus circunstancias y está en posición de ponerse en su lugar –empatía–), y a su vez, en la situación 3 el empleado A es más próximo al participante que en la situación 2 (por razón de la amistad).

Puestos frente a estos hipotéticos escenarios, se les preguntó a los participantes si reportarían la ausencia y qué tan difícil sería tomar esa decisión.

Los resultados del experimento confirmaron la hipótesis inicial, pues en efecto, los participantes a quienes se asignó la situación 3 respondieron con menos severidad de lo que lo hicieron aquellos a quienes fue asignada la situación 2 y a su vez, estos respondieron con menor severidad que aquellos a los que fue asignada la situación 1. En otras palabras, entre más próximo es el empleado A, menos probabilidades hay de que el participante quiera reportar su ausencia y menos difícil le es tomar esa decisión. Inversamente, entre más distante psicológicamente está el empleado A del agente moral, hay más probabilidades de que este último reporte su ausencia y se produzca el respectivo castigo (pérdida de la prima).

#### *4.4.2. Sentido de la justicia*

En 2015, los profesores escandinavos Flemming Balvig y Helgi Gunnlaugsson publicaron un estudio sobre las actitudes de la gente frente a los castigos. El motivo de este estudio fue la percepción de que el público parecía pedir castigos incluso más severos que los que imponían las cortes a los infractores penales. La intención era pues, comprobar si esa actitud punitivista era una realidad en los pueblos escandinavos.

La investigación se basa en la idea de que cuando el conocimiento de un fenómeno y la proximidad a él son mínimas, las reacciones se basan en las expectativas y las preconcepciones. En cambio, con un mayor conocimiento y un mayor grado de proximidad, las reacciones inicialmente punitivistas se empiezan a convertir en decisiones complejas.

El estudio diferencia entonces tres tipos de “sentidos de la justicia”. El primero es el “sentido general o espontáneo de la justicia”. El segundo es el “sentido informado de la

justicia” y el tercero es el “sentido concreto de la justicia”. La diferencia entre estos elementos radicaba en la cantidad de información que se dio a los participantes de la investigación respecto a ciertos casos de relevancia penal frente a los cuales debían responder qué se debería hacer.

Un primer grupo de personas respondió a preguntas generales como: “¿cree que los castigos en este país son muy suaves, adecuados o muy severos?” En este grupo se evaluó el sentido general o espontáneo de la justicia.

A un segundo grupo de personas se les presentaron casos penales reales. Se trataba de delitos de violencia intrafamiliar, tráfico de estupefacientes, robo con armas, violación, desfalco bancario y violencia callejera. Cada uno de los casos se les explicó por escrito en una página. Una vez los participantes estudiaran los casos debían responder: 1) qué sanciones creían que el infractor debía recibir; 2) qué sanciones creían que la gente en general escogería y 3) qué sanción creían que podría imponer una corte. Los participantes debían escoger de entre una lista de respuestas alternativas que contenía por ejemplo: no imponer ningún castigo, una multa pequeña, servicio comunitario, tratamiento y diferentes términos de privación de la libertad. En este grupo se evaluó el sentido informado de la justicia.

Un último grupo siguió la anterior dinámica, pero adicionalmente le fue presentada una película que mostraba uno de los casos descritos en los cuestionarios. La intención de esto era aumentar la proximidad entre los participantes y el infractor. Después de ver la película, los participantes completaron de nuevo el cuestionario sobre las posibles sanciones a imponer y después discutieron el caso en grupos focales durante dos horas. Para mejorar la discusión, los participantes tenían la posibilidad de preguntar a un moderador más información sobre el caso y sobre las consecuencias de las posibles sanciones. Al final

de la reunión se les dio la oportunidad a los participantes de que expresaran por tercera vez su opinión sobre lo que creían que se debería hacer con el infractor. En este grupo se evaluó el sentido concreto de la justicia.

Respecto al sentido general de la justicia, los resultados mostraron claramente que los participantes se inclinaban por sanciones más severas.

Respecto al sentido informado de la justicia, se encontró que los participantes del experimento respondieron inclinándose por castigos equiparables a los que se impondrían en las cortes, es decir, la exigencia de severidad resultó menor que la del primer grupo.

Por último, respecto al sentido concreto de la justicia, el resultado fue que después de ver la película (aumento de la proximidad) y haber discutido en subgrupos (aumento del conocimiento) los participantes cambiaron su posición inicial y pasaron a tener una mucho menos punitivista. El estudio encontró que la inclinación por sanciones menos severas depende en gran medida del entendimiento de que la prisión tiene profundas consecuencias negativas para el infractor.

En suma, los tres grupos mostraron, consistentemente con las consideraciones iniciales, que cuando hay un mayor conocimiento de la complejidad de los casos, cuando hay un mayor entendimiento de los efectos negativos del castigo (prisión) y cuando hay una mayor proximidad con el ofensor, las reacciones se vuelven menos punitivas.

Para los propósitos del estudio escandinavo estos resultados son muy relevantes porque el sentido público de la justicia se utiliza usualmente para legitimar una política criminal cada vez más restrictiva. De cara a este estudio, sin embargo, se hace evidente que el endurecimiento punitivo no se puede legitimar a través una supuesta exigencia

pública, sino que, si eso es lo que se pretende, se debe buscar otra forma de legitimación.

## 5. PROPUESTA

Las anteriores fuentes ejemplifican cómo las decisiones sobre la suerte de otro, en cuanto ese otro ha infringido la norma, se complejizan en la medida en que hay más proximidad entre quien o quienes deben tomar la decisión y el infractor. La justicia deja de ser ciega cuando se trata de quienes nos son próximos.

El hecho de no conocer, de no pertenecer a la comunidad del infractor y de no tener ningún lazo de proximidad con él genera una situación en la cual tomar una decisión altamente punitiva es fácil. En contraste, cuando se conocen realmente la persona, las circunstancias, el carácter, las costumbres, el pasado y las posibilidades de quien infringe la ley, así como su víctima y todas las anteriores particularidades respecto de ella, la decisión se vuelve un problema complejo que ha de ser abordado desde muchos ángulos y de manera creativa. En presencia de toda aquella información, reaccionar con uno, dos, o veinte años de prisión sería sencillamente demasiado simple. Volviendo un poco al ejemplo de Eutifrón, recordemos que Sócrates cuestiona qué tan profundo es el entendimiento que tiene Eutifrón de la justicia cuando se propone exigir el castigo de una persona tan próxima como lo es su padre. ¿Acaso no se podría hacer algo mejor que eso?

En ese sentido, y de acuerdo con las observaciones iniciales sobre los planteamientos de Nils Christie, la propuesta de este trabajo es incorporar a los juicios penales relaciones de proximidad de modo que se imponga entre los participantes del mismo imaginar soluciones más útiles y creativas cuando se presenten conflictos de naturaleza penal.

La justicia restaurativa es una buena herramienta para lograr ese propósito, pues su característica central es la creación de un escenario en el cual la víctima, el victimario y los diferentes miembros de sus comunidades participan, se aproximan. Esto responde a que uno de los principales objetivos de la justicia restaurativa es que todas las personas que fueron afectadas directa o indirectamente por la infracción tomen parte del proceso (Austin, 2016).

En las reuniones que tienen lugar en el contexto de la justicia restaurativa debe haber un diálogo estructurado en el cual los participantes puedan conversar acerca de lo que pasó, por qué pasó y cómo afectó a cada miembro del grupo. El diálogo facilita el surgimiento de empatía entre los participantes y la expresión de diferentes emociones y sentimientos, como la culpa, la vergüenza y la simpatía por el otro (Austin, 2016). Para utilizar el vocabulario empleado en la investigación estadounidense que anteriormente referimos, el diálogo en el proceso penal-restaurativo situaría a las personas en círculos de ética más próximos.

El procedimiento termina con la petición de disculpas, la promesa de que los hechos no se repetirán y el acuerdo sobre el modo de restauración de la víctima. La indemnización dineraria, el trabajo comunitario, las disculpas públicas, el trabajo voluntario en las organizaciones de la comunidad de la víctima son algunas de las posibles alternativas que se podrían dar con el fin de que la víctima sea compensada. Corresponde a los participantes del proceso decidir, de acuerdo con la infracción y con todas las circunstancias, cuál es la mejor respuesta que se puede dar (Austin, 2016; Gavrielidis, 2012). Prevemos que tal como en el experimento sobre el sentido de la justicia en los países escandinavos, la respuesta trascenderá las actuales previsiones punitivas legales. En últimas, se trata de una especie de democracia directa aplicada al proceso

penal, una democracia en el sentido más auténtico de la palabra, en la que todos tienen voz y se tratan los asuntos hasta que todo se diga, al final de lo cual se produce una decisión conjunta.

Adicionalmente, habría que impedir que quienes participan del proceso penal-restaurativo ostenten posiciones de poder. Si hay autoridades públicas, por ejemplo, estas deben actuar desde su posición como miembros de la comunidad, no desde su posición de poder. Así mismo, se debe evitar que haya participantes que actúen cumpliendo el rol de especialistas de la justicia, lo cual quiere decir que la solución debe ser alcanzada mediante acuerdo y que no debe haber personas particularmente asignadas para ocuparse del asunto y resolverlo (como tradicionalmente son el fiscal, los jueces, el procurador, etcétera). En tal contexto, el papel de las autoridades estatales debe ser vigilar y garantizar que las decisiones que se tomen cumplan con los principios y garantías constitucionales.

En pocas palabras, una buena fórmula para lograr que la gestión judicial de las infracciones penales no se dirija a castigar de forma estéril al victimario (prisión) es: 1) incluir a todos los posibles involucrados en el conflicto, aproximarlos y hacer que aumente el conocimiento que tienen los unos de los otros; 2) cambiar de foco: pasar de perseguir la retribución de dolor a perseguir la restauración de la víctima; y, por último, 3) aspirar a la reintegración en lugar de la exclusión del victimario. Todo esto es posible con una herramienta que ya ha sido lo suficientemente estudiada: la justicia restaurativa.

## 6. CONCLUSIONES

- El sistema penal, como está concebido, favorece y facilita la naturalización de la reacción punitiva (que es

intrínsecamente simplista) frente a la comisión de infracciones de tipo penal. Esto se debe a que los intervinientes del proceso se encuentran, bajo diferentes respectos, distantes los unos de los otros.

- Si se introducen al sistema penal ciertos elementos como una mayor proximidad y conocimiento entre sus intervinientes es probable que la solución a la que se llegue trascienda la respuesta punitiva.

- Es necesario que las personas involucradas se ocupen de su conflicto y que este no sea delegado a los que el profesor Christie ha denominado “especialistas de la justicia”. Así mismo, la igualdad y el principio democrático deben primar en estos procesos, por lo cual dentro de ellos ningún participante debe ostentar posiciones de poder.

- La justicia restaurativa, por su fin de resolución de conflictos y su naturaleza comunitaria, constituye un escenario propicio en el que se pueden incorporar esas propuestas.

## 7. REFERENCIAS

AUSTIN WALTERS, M. (2016). Challenging orthodoxy: towards a restorative approach to combating the globalization of hate. En SCHWEPPE, J., & AUSTIN WALTERS, M. (eds.), *The Globalization of hate*. Oxford University Press.

BALVIG, F., GUNNLAUGSSON, H., JERRE, K., THAM, H., & KINNUNEN, A. (2015). The public sense of justice in Scandinavia: A study of attitudes towards punishments. *European Journal of Criminology*, 12, 342-361. doi:10.1177/1477370815571948

CHANG, T., & THOMPSON, D. (2002) Corporations Go to Prisons: The Expansion of Corporate Power in the Correctional Industry. *Labor Studies Journal*, West Virginia University Press, 27(1), 45-69. doi: doi.org/10.1353/lab.2002.0001

- CHRISTIE, N. (1977, enero). Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, 17, 1-15.
- CHRISTIE, N. (1988). *Los límites del dolor*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- CONFUCIO (s. f., 2014). *Analectas* (Cabrera, J., trad.). s. l.: Kailas.
- CONGRESO DE COLOMBIA (2000, 24 de julio). Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. DO n.º 44.097.
- CONGRESO DE COLOMBIA (2004, 31 de agosto). Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. DO n.º 45.657.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1988). Sentencia T-153 de 1998. Sala tercera de revisión.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2001). Sentencia C-1287 de 2001. Sala Plena.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2013). Sentencia T-388 de 2013. Sala primera de revisión.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2015). Sentencia T-762 de 2015. Sala quinta de revisión.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2017). Sentencia T-321 de 2017. Sala segunda de revisión.
- GAVRIELIDIS, T. (2012). Contextualizing restorative justice for hate crime. *Journal of Interpersonal Violence*, 3625-3643.
- GLASMEIER, A. K., & FARRIGAN, T. (2017, julio). The Economic Impacts of the Prison Development Boom on Persistently

- Poor Rural Places. *International Regional Science Review*, 30(3), 274-299.
- GRASSIAN, S. (2006, enero) Psychiatric Effects of Solitary Confinement. *Washington University Journal of Law & Policy*, 22, 327-383.
- INPEC, OFICINA ASESORA DE PLANEACIÓN (2018). *Informe estadístico abril de 2018*.
- KING, R. S., MAUER, M., & YOUNG, M. C. (2005). *Incarceration and Crime: A Complex Relationship*. Washington: The Sentencing Project.
- KIRCHHOFF, S. (2010, 13 de abril). *Economic impacts of prison growth*. Congressional research service.
- LIU JUNPING (2007). Rethinking Justice: Toward an East-West Approach in Understanding Filial Piety. *Contemporary Chinese Thought*, 39(1), 75-86.
- MURPHY, T., & WEBER, R. (2010, abril). Confucianizing Socrates and Socratizing Confucius: on comparing Analects 13:18 and the Euthyphro. *Philosophy East and West*, 60(2), 187-206.
- NEATE, R. (2016, 30 de septiembre). Prison food politics: the economics of an industry feeding 2.2 million. *The Guardian*.
- PLATÓN [396-395 aC, 1969] *Eutifrón* (Miguez, J. A., trad.). Madrid: Aguilar.
- RUGEIRO, V. (2014). Penal abolitionism. En BRUINSMA, G., & WEISBURD, D. (eds.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice* (pp. 3463-3474). Springer Reference. <https://doi.org/10.1007/978-1-4614-5690-2>

- SÓFOCLES (441 aC, 1968). *Antígona* (Godoy, G. trad.). Santiago de Chile: Ed. Universitaria.
- THE CONSTITUTE PROJECT (2018, 10 de junio). Recuperado de <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>
- WALEN, A. (2016, invierno). Retributive Justice. En ZALTA, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive/>
- WALMSLEY, R. (2015). *World Prison Population List* (11ª ed.). Reino Unido: Instituto para la Investigación de la Política Criminal.
- WESTERN, B., KLING, J. R., & WEIMAN, D. F. (2001, julio). The Labor Market Consequences of Incarceration. *Sage social science collections*, 47(3), 410-427. <https://doi.org/10.1177/0011128701047003007>
- WILDERMUTH, C., DE MELLO E SOUZA, C. A., & KOZITZA, T. (2015). Circles of ethics: the impact of proximity on moral reasoning. *J Bus Ethics*, 140(1), 17-42. <https://doi.org/10.1007/s10551-015-2635-z>
- WONG, D. (2017, primavera). *Chinese Ethics*. En ZALTA, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/ethics-chinese/>
- WOODRUFF, P. (2016, invierno). Plato's Shorter Ethical Works. En ZALTA, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/plato-ethics-shorter/>
- ZHONGYING CHENG (2014). On Confucian Filial Piety and Its Modernization: Duties, Rights, and Moral Conduct. *Chinese Studies in Philosophy*, 20(2), 48-88. doi: 10.2753/csP1097-1467200248

## 8. BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

MASSACHUSETTS INSTITUTE FOR A NEW COMMONWEALTH (2013).  
*Crime, Cost, and Consequences: Is It Time to Get Smart on Crime?*  
Boston: Community resources for justice.

### CAPÍTULO 3

## LA POLÍTICA CRIMINAL EN ESTADOS UNIDOS Y PRÁCTICAS POLÍTICO-CRIMINALES SIMILARES EN COLOMBIA

CAROLINA ANDREA SIERRA CASTILLO<sup>1</sup>

#### RESUMEN

Describir la política criminal de un país, desde su concepción amplia, supone analizar variables que no se limitan a la información suministrada por el sistema penal<sup>2</sup>. Sin embargo, no es menos importante analizar las conductas que efectivamente se persiguen con la fuerza punitiva

- 
- 1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Cultura Jurídica, Seguridad, Justicia y Derecho de la Universidad de Girona –España–, especialista en Instituciones Jurídico-Penales de la Universidad Nacional de Colombia.
  - 2 Este documento comprende el concepto de política criminal como un concepto amplio en el que se reúnen las distintas alternativas que tiene el Estado para prevenir el fenómeno criminal o para darle respuesta (véase C-646/01). La discusión sobre la distinción entre derecho penal y política criminal la plantea CLAUSE ROXIN a finales del siglo XX en su libro *Política criminal y sistema del derecho penal*, en el que pone en duda la separación positivista entre el derecho penal y las políticas sociales. ROXIN plantea una relación de unidad dialéctica entre el sistema penal y la política criminal como una necesaria unidad dialéctica.

del Estado. El objetivo de esta investigación es analizar la incoherencia entre el discurso y la práctica de la política criminal colombiana, desde la posible réplica de las decisiones político-criminales de un país como Estados Unidos y su intromisión efectiva en las libertades sociales e individuales de los ciudadanos.

La metodología de análisis consiste, a partir de variables comparables y desde la criminalización terciaria, en estudiar el panorama general de la política criminal en Estados Unidos, con el fin de evaluar la posible incidencia de sus prácticas en la realidad colombiana. También se analiza la influencia de las prácticas o movimientos minoritarios de justicia restaurativa que se vienen adelantando en Estados Unidos. A partir de un método cualitativo, se pretende comprender la política criminal macro estadounidense, y lo que se denomina en el documento la política criminal disidente de esta política criminal mayoritaria. Para efectos de lo anterior, las preguntas de investigación giran en torno a ¿quiénes están en la cárcel?, ¿por qué delitos?, ¿cuáles son los límites de afectación de derechos y con qué objeto?

Las anteriores variables nos ayudan a tener un acercamiento desde la criminalización terciaria al panorama general de la política criminal. Sin embargo, para obtener el panorama completo desde la criminalización terciaria, es importante incluir también los movimientos minoritarios, los proyectos disidentes de esa política criminal general, y sobre todo, la injerencia que esta política criminal alterna tiene en los territorios, más aún en un sistema federado como lo es Estados Unidos. Si bien las variables de análisis en su mayoría refieren a la situación carcelaria, no se delimita el objeto de estudio a la política penitenciaria, dado que el enfoque no es analizar el sistema penitenciario, sino las causas de algunas variables que lo determinan.

Esta investigación plantea que, si bien en Estados Unidos existe una respuesta a la criminalidad desde un enfoque retribucionista de persecución y represión penal, existe una contracorriente con un discurso político criminal disidente que desde lo micro también incide en los resultados locales. Lo que sugiere esta investigación, sin el ánimo de ser exhaustiva, es la posible réplica en Colombia de prácticas retributivas en las decisiones político-criminales, y por tanto un choque con el discurso a la luz de los postulados constitucionales. Lo anterior es importante con el fin de entender el origen de los problemas en nuestro sistema penitenciario, dado que sin una comprensión ontológica de sus antecedentes y elementos que lo componen, no es posible plantear soluciones a sus problemas estructurales.

*Palabras clave:* política criminal, retribucionismo, justicia restaurativa, sistema penitenciario.

#### CRIMINAL POLICY IN THE UNITED STATES AND SIMILAR CRIMINAL PRACTICES IN COLOMBIA

##### ABSTRACT

Describing the criminal policy of a country, from its broad conception, involves analyzing variables that are not limited to the information provided by the criminal system. Nevertheless, is not minor to analyze which behaviors are being prosecuted by the State. The purpose of this work is to analyze the incoherence between de practice and the discourse of the Colombian's criminal policy, from the view of the United States criminal decisions.

The methodology of this work consists in studying the general frame of the criminal policy in the United States, in order to evaluate the possible incidence of its practices in

the Colombian reality. All above from comparable data. The influence of minority practices or movements of restorative justice that are being executed in some states of the United States are also analyzed. From a qualitative method, we aim to understand the criminal policy of the United States, and how is called in this document, the dissident criminal policy. For this purpose, the guiding research questions are: Who is in jail? By which crimes? What are the limits of the State to affect rights and for what purpose?

The above variables help us to have an approach from the general frame of criminal policy. However, to obtain the complete picture, it is important to include also the minority movements, the dissident projects of that general criminal policy, and above all, the interference that this alternative criminal policy has in the territories, even more, in a federated system as it is in the United States. Although the mostly analysis data refers to the prison situation, the purpose of this work is not limited to penitentiary policy, instead, the purpose is to analyze the causes of his *stato quo*.

This research suggests that although there is a response to crime from a retribution perspective, there is a dissenting criminal political answer that also affects the local results from the micro level. What this research suggests, without the intention of being exhaustive, is the possible replication in Colombia of retributive practices in political-criminal decisions, and therefore, incoherence between practice and discourse in the light of constitutional postulates. The foregoing is important in order to understand the origin of the problems in our prison system, given that without an ontological understanding of its antecedents and elements that compose it, it is not possible to propose solutions of structural problems.

*Keywords:* Criminal Policy, Retribution, Restorative Justice, Prison System.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el año 2016 Estados Unidos era el segundo país con la tasa más alta de personas privadas de la libertad en el mundo, 655<sup>3</sup>, seguido por el Salvador con 597 (World Prison Brief, 2017). Lo anterior, como se analizará a lo largo de este documento, ha sido producto de respuestas de política criminal con enfoque retributivo. Esto ha conllevado a que sectores académicos norteamericanos, con la inclusión de programas con un enfoque distinto, intenten limitar la fuerza punitiva que consideran desbordada<sup>4</sup>. Este documento plantea que el sector opositor de esa política criminal mayoritaria denuncia, aun de forma indirecta, la insostenibilidad del régimen penitenciario retributivo.

Ahora bien, el objetivo de este documento no es realizar una comparación entre la política criminal estadounidense y la política criminal colombiana, en tanto que el sistema penal y penitenciario difieren entre sí desde el discurso iusfilosófico que los sustenta. Lo que se pretende es analizar la posible influencia o réplica de prácticas de criminalización terciaria en Estados Unidos, en el *statu quo* de nuestro sistema, y que, pese a contener estos dos sistemas un espíritu ontológico distinto, en ciertas prácticas penitenciarias Colombia no parece ser un régimen divergente. Lo anterior conlleva a inferir una incoherencia entre el discurso político-criminal y la práctica de criminalización terciaria en nuestro país.

El fundamento constitucional de la política criminal en Colombia en algunos casos presenta desconexión en la

---

3 El primer país es la isla Seychelles ubicada en el océano Índico.

4 Se destacan entre otros proyectos: Insight Prison Project en California Crime and public policy de la Universidad de Minnesota y Death Penalty Project de Cornell Law School.

práctica legislativa<sup>5</sup>. No es raro así que el escenario en el sistema penitenciario contenga similitudes en ese sentido. Este documento se centrará en analizar la criminalización terciaria como parte de la política criminal en Estados Unidos, y el análisis de la influencia que puede ejercer sobre la política pública en Colombia. Así las cosas, se examina si existe alguna incidencia de la política criminal represiva y punitivista de Estados Unidos en las incoherencias de la política criminal colombiana.

## 2. POLÍTICA CRIMINAL Y PENITENCIARIA EN ESTADOS UNIDOS

### 2.1. Tendencia general de la política criminal estadounidense

La historia de la sanción penal en Estados Unidos no ha sido siempre de la corriente retributiva. Históricamente, más precisamente antes de 1960, este país contempló como política penitenciaria la finalidad de la sanción penal con corte utilitarista y de tratamiento rehabilitador. En ese entonces su sistema penal se caracterizaba por contar con las denominadas sentencias indeterminadas. Con ellas se permitía que el juez, atendiendo a la situación particular del individuo, impusiera la sanción que a su juicio consideraba más conveniente para el fin resocializador. La sanción podría tratarse desde la privación de la libertad, la pena pecuniaria, la libertad condicional, entre otras privaciones (Jeremy Travis, 2014).

---

5 Para más ilustración sobre este aspecto pueden consultarse RICARDO ANTONIO CITA TRIANA e IVÁN GONZÁLEZ AMADO (2017).

Este sistema recibió grandes críticas por la ambigüedad y no garantía de legalidad que representaban las penas indeterminadas. Sin embargo, el giro de la política realmente lo marcó la declaración de la guerra contra las drogas del presidente Nixon en la década de 1970. En este período se eliminaron las sentencias indeterminadas con el objetivo de dar mayor garantía a los procesados, aunque paradójicamente, y no muchos años después –como lo analizaremos con las denominadas *Mandatory minimum sentences*–, la determinación de la sanción se pondría al servicio ya no de la garantía del victimario, sino de la función de la prevención general.

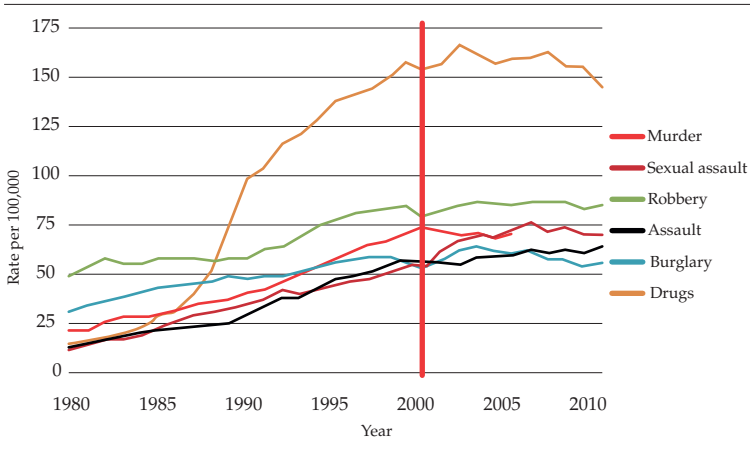
Como se evidencia en el gráfico 3.1, la tasa de encarcelamiento en el delito de drogas presenta un aumento sostenido durante la década de 1980 hasta aproximadamente el año 2000. Por su parte, la ilustración 3.1 narra de manera abreviada los enfoques de la respuesta penal para estos delitos. Al analizar los dos recursos anteriores, podemos evidenciar cómo se aumenta la tasa de encarcelamiento por el delito de drogas en la medida en que se aplica un régimen con enfoque retributivo, y a la inversa, disminuye con la inclusión de políticas que pertenecen a lo que en este documento denominamos la criminalización terciaria disidente.

El incremento en los *quanta* punitivos para determinados delitos es comúnmente utilizado como estrategia principal para combatir la criminalidad, además del componente populista que representa en el legislativo<sup>6</sup>.

---

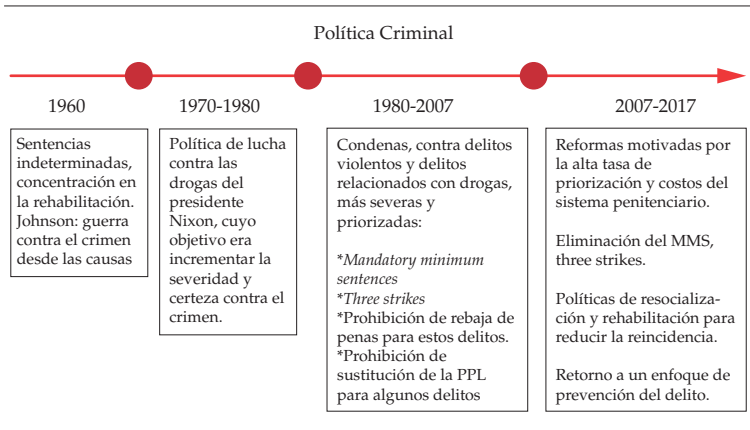
6 El populismo punitivo es entendido como la electorización de la inseguridad ciudadana en la que el sistema penal se convierte en la respuesta de los políticos a la violencia social (MONTES, 2015).

GRÁFICO 3.1. COMPORTAMIENTO HISTÓRICO DE LOS DELITOS EN ESTADOS UNIDOS



Fuente: Jeremy Travis (2014).

ILUSTRACIÓN 3.1. CRONOLOGÍA HISTÓRICA DE LAS POLÍTICAS ESTATALES



Fuente: elaboración propia a partir de Jeremy Travis (2014), FAMM (2016) y Marcus-Antonio Galeste (2014).

La cadena perpetua como estrategia para combatir el crimen, desde una perspectiva de populismo punitivo,

genera réditos electorales; sin embargo, para sistemas penitenciarios con enfoque de garantía de derechos<sup>7</sup>, esta es una de las políticas más preocupantes de los sistemas penitenciarios con políticas distintas, como es el caso de los Estados Unidos.

La cadena perpetua y la pena de muerte, al ser consideradas las sanciones más drásticas, terminan por subir el baremo punitivo en los estados que las contemplan. Carolina del Norte, Utah, Alabama, Nevada y Massachusetts tienen en promedio el 22% de su población privada de la libertad condenada a cadena perpetua. Todos estos estados, con excepción de Massachusetts, tienen pena de muerte y altas tasas de encarcelamiento. De estos estados, únicamente Nevada y Massachusetts han realizado reformas legales tendientes a disminuir el tiempo de prisión para los delitos no violentos relacionados con drogas (Families Against Mandatory Minimums, FAMM, 2016).

La existencia de la pena de muerte en Estados Unidos denota el fuerte carácter retribucionista de la política criminal de este país. Actualmente el 63% de los estados tienen pena de muerte. Colorado, Oregon, Pensilvania y Washington han adoptado la política de *moratorium execution*, que consiste en la suspensión de todas las ejecuciones de muerte. En algunos casos puede corresponder a un paso de transición hacia la abolición de la pena de muerte, un primer momento en el que se disminuye su aplicación antes de modificar la legislación, como fue el caso de Illinois, Nuevo

---

7 La política penitenciaria con enfoque en garantía de derechos es aquella que comprende el goce efectivo de los derechos legalmente reconocidos, bien a nivel nacional o internacional (OACNUDH, 2004), verbigracia, en Colombia el carácter de *ultima ratio* del derecho penal con el que se privilegia el derecho a la libertad individual y se justifica la pena y su fin en una expectativa de vida en libertad del condenado.

México, Washington D. C. y New Jersey (Hood, 1996). Sin embargo, también puede corresponder a la imposibilidad fiscal o constitucional de aplicar su ejecución. Lo anterior ha generado el denominado efecto del corredor de la muerte, personas condenadas a pena de muerte sin que se les establezca la fecha de la ejecución. Esta incertidumbre causa graves daños a esta población, que en algunos casos opta por el suicidio, sin nombrar los daños colaterales que representa para la familia (González, 2015).

MAPA 3.1. ESTADOS CON PENA DE MUERTE



Fuente: Bureau of Justice Statistics (2016). Tasa de encarcelamiento de presos sentenciados bajo la jurisdicción de las autoridades correccionales estatales o federales por cada 100.000 residentes de EE. UU., 31 de diciembre de 1978 a 2015.

La Corte Suprema de Justicia ha intentado limitar la aplicación de la pena de muerte con fundamento en la VIII Enmienda que establece: “no hay necesidad de que una coerción excesiva sea ejercida, que una multa excesiva sea impuesta, que sanciones crueles e inhabituales sean

infligidas". En 1972, con el caso *Furman vs. Georgia*, la Corte declaró que la pena de muerte era inconstitucional en 35 estados dada su falta de regulación, lo que conllevaba a la aplicación arbitraria, desproporcional y discrecional de la misma. Pese a lo anterior, en 1976 la Corte Suprema de Justicia reinstaura la pena de muerte, en el entendido de que bajo la VIII enmienda es permisible esta sanción siempre y cuando responda a una aplicación racional y proporcional a los hechos cometidos<sup>8</sup>. Véase como la racionalización de la decisión de la Suprema Corte tiene un componente netamente retributivo. La Corte Suprema de Justicia mantiene el argumento retributivo en el sentido de que exige que el dolor infligido no supere la gravedad el daño cometido.

En el año 1988, la Corte Suprema prohibió la ejecución capital de menores de 15 años. Bill Clinton (1994) extendió nuevamente la aplicación de esta ley, y solo hasta el año 2005, más de una década después, la Corte Suprema declara inconstitucional la ejecución en menores de edad (*Roper v Simmons*). En el año 2002, con el caso *Atkins v Virginia*, la Corte Suprema prohíbe la ejecución de las personas con retraso mental.

Se calcula que antes de 1976 en Estados Unidos se ejecutaron más de 14.000 personas, y que desde ese año a la fecha la cifra asciende aproximadamente a 1.500 (Death Penalty Information Center, 2017). De los gráficos 3.2 y 3.3 es interesante observar cómo los estados que aún mantienen la pena de muerte vigente, es decir con ejecuciones practicadas en los últimos años, a la vez tienen altas tasas

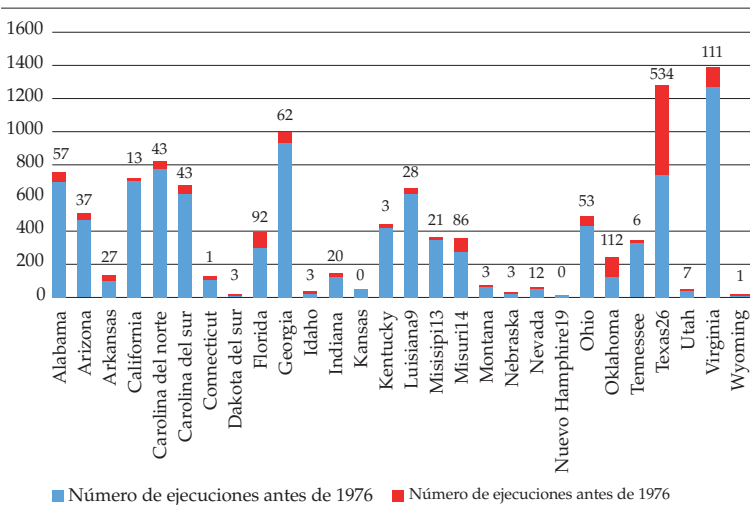
---

8 Corte Suprema de Justicia, *Gregg v Georgia*: "It involves the unnecessary and wanton infliction of pain or because it is grossly disproportionate to the severity of the crime".

de personas privadas de libertad, como es el caso de Oklahoma, Georgia, Texas, entre otros.

De todo lo anterior, es posible afirmar que Estados Unidos ha sido el ejemplo para el mundo occidental de una política criminal de corte punitivista y represiva. En diferentes escenarios académicos y políticos se repite que este país tiene la tasa de población privada de la libertad más alta del mundo, 666 por cada 100.000 habitantes (Bureau of Justice Statistics, 2016), lo que representa casi el 25 % de la población mundial privada de la libertad y el 66 % de la población de Estados Unidos<sup>9</sup>.

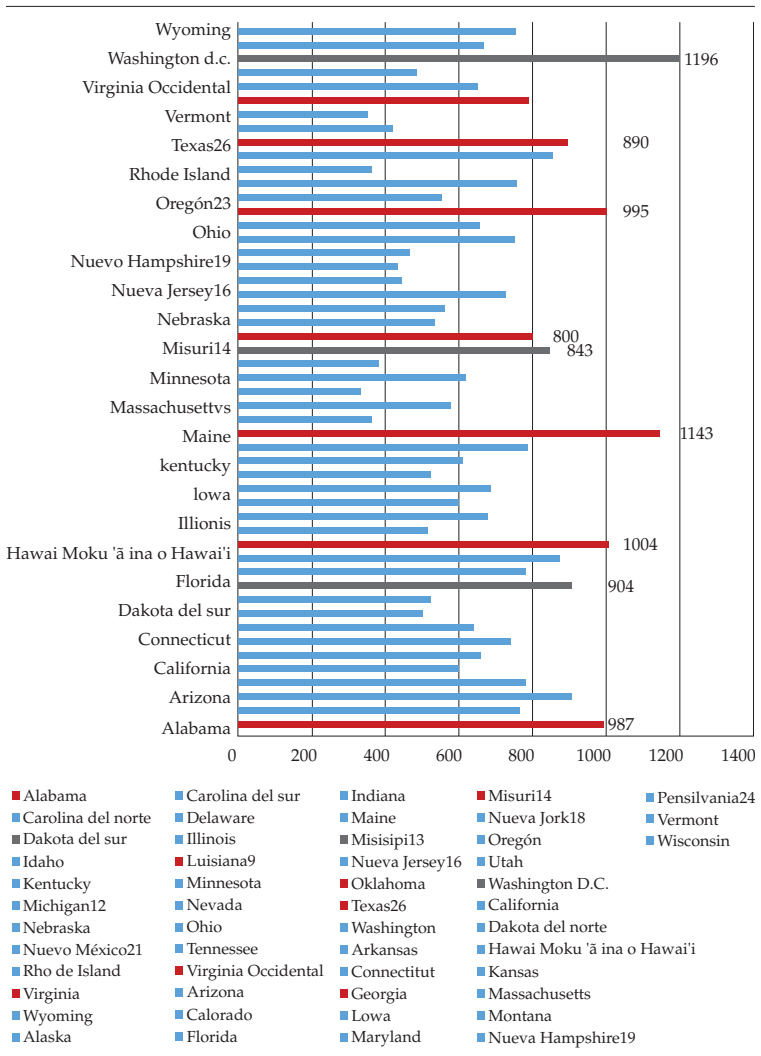
GRÁFICO 3.2. EJECUCIONES EN ESTADOS CON PENA DE MUERTE ANTES DE 1976 Y DESPUÉS DE 1976



Fuente: elaboración propia con información de [https://deathpenaltyinfo.org/state\\_by\\_state](https://deathpenaltyinfo.org/state_by_state)

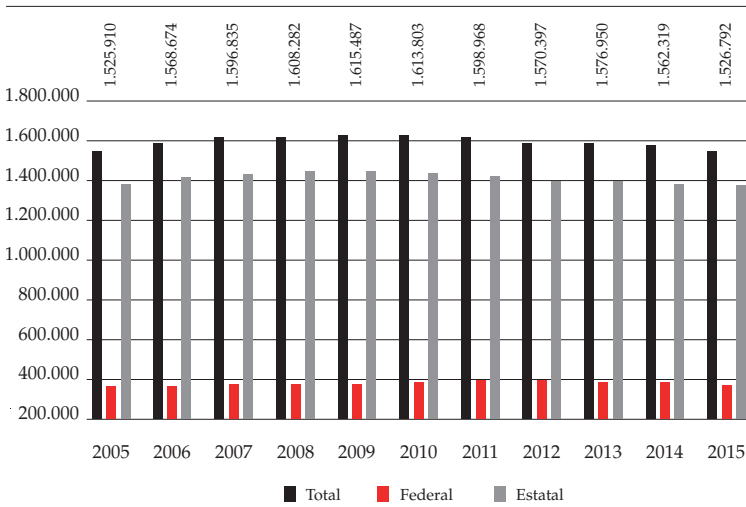
9 Cálculos propios con información de JESSICA JACOBSON (2017).

GRÁFICO 3.3. TASA DE POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD POR ESTADO (2016)



Fuente: elaboración propia con información <https://www.prisonpolicy.org/global/2016.html>

GRÁFICO 3.4. POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD  
EN ESTADOS UNIDOS (2005-2015)



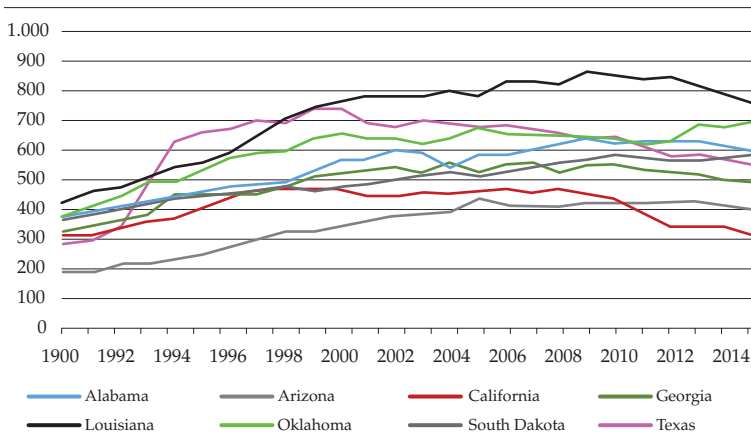
Fuente: Bureau of Justice Statistics (2016), U. S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Prisoners in 2015.

En el año 1993 los estados inician una tendencia de represión contra la reincidencia. La denominada ley de los “*three strikes and you are out*” pretendía enviar a cadena perpetua aquellas personas que reincidieran por tercera vez, “*tercer strike*”. La gran controversia surgió con relación a lo que cada estado consideraba “*strike*” ¿Un delito violento, al menos dos delitos violentos de los tres exigidos? No obstante, el solo hecho de haberse elevado esta política a nivel federal en el año 1994<sup>[10]</sup>, y de haberse adoptado paulatinamente en más del 50% de los estados, demuestra el enfoque punitivista de la política criminal estadounidense.

10 Ley que entró en vigor en algunos estados por primera vez en Washington en 1993, seguida de California, marzo de 1994. A través de la denominada Law Enforcement Act of 1994 se incorpora a nivel federal.

Washington D. C., por ejemplo, tiene la tasa de población privada de la libertad más alta en Estados Unidos (1.196 personas), seguido de Lousiana (1.143), Georgia (1.004), Alabama (987), Oklahoma (995) y Dakota del Sur (904): véase el gráfico 3.5. Todos estos estados, con excepción de D. C., aún utilizan la pena capital, y a la vez tienen la mayor tasa de homicidios al año, lo que podría indicar la poca eficacia del castigo represivo en la reducción de la criminalidad. Los índices de criminalidad no ceden ante el aumento de la población carcelaria. Seis de los siete estados con mayor tasa de encarcelamiento tienen la mayor tasa de homicidios al año.

GRÁFICO 3.5. COMPORTAMIENTO HISTÓRICO DE LA POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD



Fuente: elaboración propia con base en información de: Carson (2016), Bureau of Justice Statistics, Tasa de encarcelamiento de personas condenadas bajo la jurisdicción estatal o federal por 100.000 residentes estadounidenses, diciembre 31, 1978-2015.

En los últimos años y debido a los altos costos de este sistema de justicia, se cuestionan sus resultados. ¿Quiénes son los beneficiarios del encarcelamiento masivo? ¿Protege la cárcel a los ciudadanos contra el crimen? Estudios han

evidenciado que las cárceles privadas obtienen más del 50% de sus utilidades a través del pago estatal, las compañías telefónicas cobran hasta 25 dólares por una llamada telefónica de quince minutos, y en general, los costos de este sistema ascienden a los 182 billones de dólares anuales (Peter Wagner, 2017). Todo esto parece explicarse ante un esquema de privatización de las prisiones en el que solo es rentable con un alto número de personas privadas de la libertad (Greene & Allalrd, American Civil Liberties Union, 2011).

TABLA 3.1. ESTADOS CON TASAS MÁS ALTAS DE PPL,  
TASA PPL, TASA DELITOS VIOLENTOS (2016)

Estado	Tasa población privada de la libertad (2016)	Tasa crimen violento (2016) <sup>1</sup>
Alabama	987	532
Arizona	901	470,1
Dakota del Sur	904	632,9
Georgia	1004	397,6
Luisiana	1143	566,1
Oklahoma	995	449,8
Washington D. C.	1.196	302,2

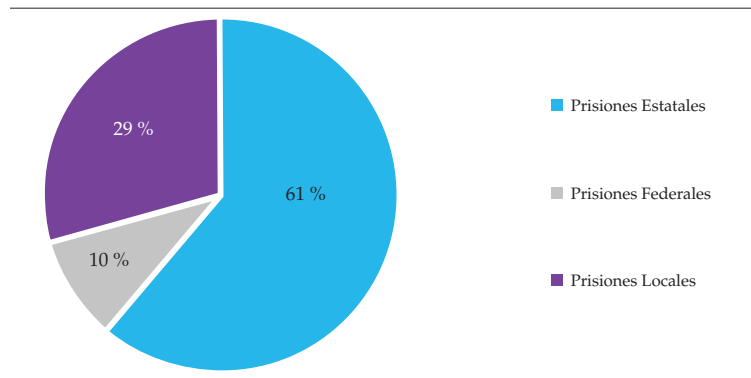
Fuente: elaboración propia a partir de información de Prison Policy Initiative y FBI: U.S. Department of Justice: Federal Bureau of Investigation (2018).

<sup>1</sup> Crimen violento incluye los delitos de homicidio, violación, robo y asalto agravado.

Frente a la gran cuestión de garantismo penal en la política criminal de Estados Unidos, algunos datos vuelven a ponernos en perspectiva su corte punitivista. Del total de la población privada de la libertad, el 20,4% son sindicados (Prison Policy Initiative), lo que significa que 1 de cada 5 personas privadas de la libertad no se les ha desvirtuado su presunción de inocencia. En las cárceles federales el 50%

de la población se encuentra cumpliendo una condena por delitos relacionados con drogas. Del total de la población privada de la libertad en Estados Unidos, el 38,1 % es población afrodescendiente y el 1,5 % asiática (Census Bureau, 2018). Es una cifra alta en un país donde únicamente el 13,3 % del total de la población es afrodescendiente (Census Bureau, 2018). Todo lo anterior ha generado grandes críticas a la justicia criminal en este país, y a la situación de vulnerabilidad de los inmigrantes y afrodescendientes.

GRÁFICO 3.6. POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD  
SEGÚN TIPO DE CÁRCEL



Fuente: <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2016.html>, [https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/01/06/the-u-s-has-more-jails-than-colleges-heres-a-map-of-where-those-prisoners-live/?utm\\_term=.0eeb4c1fa831](https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/01/06/the-u-s-has-more-jails-than-colleges-heres-a-map-of-where-those-prisoners-live/?utm_term=.0eeb4c1fa831)

## 2.2. Política criminal minoritaria en Estados Unidos

La Universidad de Cornell ha implementado un proyecto denominado Death Penalty Project, con el que financia y promueve investigaciones donde se analizan las tendencias en los jurados, esto para efectos de crear estrategias de litigio en defensa de los condenados a muerte y así buscar obtener evidencia empírica sobre la discrecionalidad y prejuicios que operan en los jurados al momento de decidir. En uno

de los estudios realizado por esta Universidad, se logró evidenciar una tendencia de racismo y endurecimiento de las sanciones penales cuando el ofensor es un latino o afrodescendiente. Por ejemplo, se concluyó que los jurados de raza blanca son más propensos en apoyar la pena de muerte que los jueces afrodescendientes. La presencia de cinco hombres blancos en el jurado en un juicio de un afrodescendiente, con una víctima blanca, incrementa la posibilidad de pena de muerte; por el contrario, la presencia de hombres negros en el jurado, la reduce.

La mayoría de los jurados se refirieron a la prisión perpetua como *más fácil* de sobrellevar que la pena de muerte, con argumentos como que la persona tiene televisión, comida y no debe trabajar para vivir, lo que les impedía considerarla como un castigo para el homicidio. En Carolina del Sur, el 14% de los jurados consideraban que el único castigo aceptable para el homicidio era la pena de muerte, el 70% consideraban lo mismo frente a los reincidentes por homicidio y el 57% en relación al homicidio doloso. En los jurados hay una tendencia de iniciar la tasación de la sanción a partir del merecimiento de la pena de muerte. El 30% de ellos votaría por su imposición sin considerar los hechos específicos del caso (Blume, 2008). Estos estudios no sólo permiten generar estrategias de litigio sino también comprender el imaginario colectivo sobre el merecimiento de la sanción penal, y la dosificación de castigo esperado en la sociedad.

En el año 2007 California adoptó un programa que se concentró específicamente en la población privada de la libertad con problemas relacionados con el abuso de sustancias psicoactivas. El objetivo de este programa era disminuir el hacinamiento, entre otras cosas provocado por la ley de los tres crímenes puesta en marcha en el año 1994. A través de la ley 1453 de este año, aproximadamente 43.000

personas recuperaron su libertad. Las personas condenadas por delitos menores, no violentos y relacionadas con el consumo de drogas podrían acceder a la libertad condicional si se sometían a un tratamiento de rehabilitación de 90 días en prisión y 150 días en libertad. Este programa permitió identificar que la demanda en el tratamiento de drogas de la población privada de la libertad era mucho mayor que la oferta disponible. Se calculó que solo el 10% de quienes requerían tratamiento en efecto lo recibían (Marcus-Antonio Galeste, 2014).

En 2012 California modificó la ley de los “*three strikes*”, dándole el alcance que originariamente se quería dar, que era enviar a prisión perpetua a quienes reincidían por tercera vez en un delito grave o violento, y no como se había interpretado de aplicar la ley a cualquiera que hubiese reincidido por tercera vez en un delito donde incluso podría clasificar el hurto agravado. Esta reforma se aplicó con efecto retroactivo, lo que permitió revisar la sentencia de por lo menos 3.500 personas condenadas a cadena perpetua y sin posibilidad de libertad condicional.

A partir de la eficacia de programas dedicados a identificar y suplir las necesidades sociales de las personas condenadas<sup>11</sup>, en 2008 el Departamento de Justicia de Estados Unidos creó la estrategia denominada Second Chance Act Adult Offender, con el fin de facilitar el reingreso a la comunidad de los pos-penados. Esta estrategia se construyó con el propósito de lograr una reducción en los riesgos asociados al delito a través de tratamientos de rehabilitación que incluían componentes de conexión con la familia, servicio médico y de enfermedades mentales, subsidio de vivienda, asistencia psicosocial y vinculación laboral.

---

11 Un ejemplo de estos programas es el Boston Reentry Initiative, BRI.

Nueva York no se queda atrás en la implementación de estas políticas. En los últimos años realizó un giro en su política criminal, cambiando el enfoque represivo a un enfoque de asistencia social. En el año 2007 Nueva York derogó la pena de muerte. En 2009 promulgó una ley en la que se otorgó la facultad discrecional a los jueces de imponer sanciones por el delito de droga de acuerdo con las circunstancias individuales del caso. Esto es, no existe la obligación de imponer una sanción de pena privativa de la libertad, dado que existe la opción de enviar al victimario a tratamiento de rehabilitación bajo supervisión. También eliminó para los delitos de droga las llamadas *minimum mandatory sentences*<sup>12</sup>.

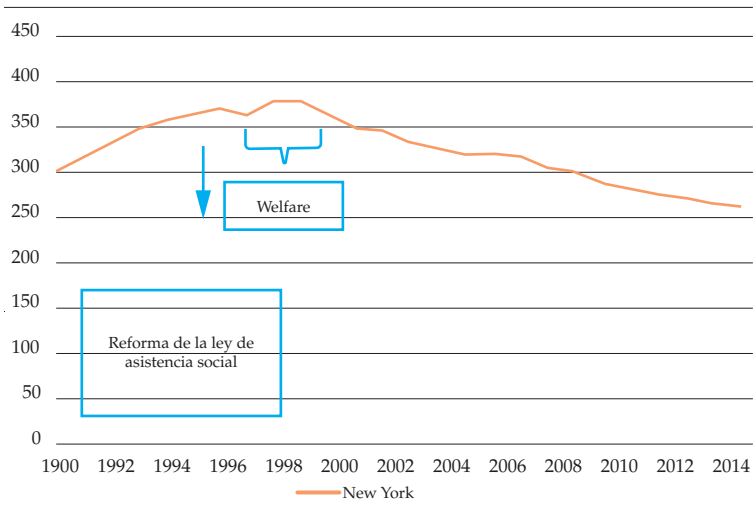
A partir de lo anterior, Nueva York ha venido presentado una reducción en la tasa de la población privada de la libertad (véase el gráfico 3.7); también los índices de criminalidad se han disminuido. Lo anterior parece responder a una política de fortalecimiento de los servicios de asistencia social (véase el gráfico 3.7). Esto no solo ha permitido tanto la reducción de la tasa de encarcelamiento hasta en un 50 %, sino también la reducción en la reincidencia<sup>13</sup>. Aunque no es posible describir una correlación directa entre la tasa de encarcelamiento y la tasa de desempleo, políticas de asistencia social han colaborado con la reducción de la reincidencia en este país.

---

12 Las denominadas *minimum mandatory sentences* establecen una pena determinada a imponer a los condenados para ciertos delitos de índole federal o estatal. Frente a estos delitos los jueces quedan obligados a imponer dicha sentencia.

13 Con base en el estudio de BRI, este estado ha implementado el programa de *New York Reentry Initiative* (NYRI).

GRÁFICO 3.7. COMPORTAMIENTO HISTÓRICO DE LA POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD, NUEVA YORK (TASA)



Fuente: elaboración propia con base en información de Carson (2016), Bureau of Justice Statistics, Tasa de encarcelamiento de personas condenadas bajo la jurisdicción estatal o federal por 100.000 residentes estadounidenses, diciembre 31, 1978-2015; y Donostia (1999).

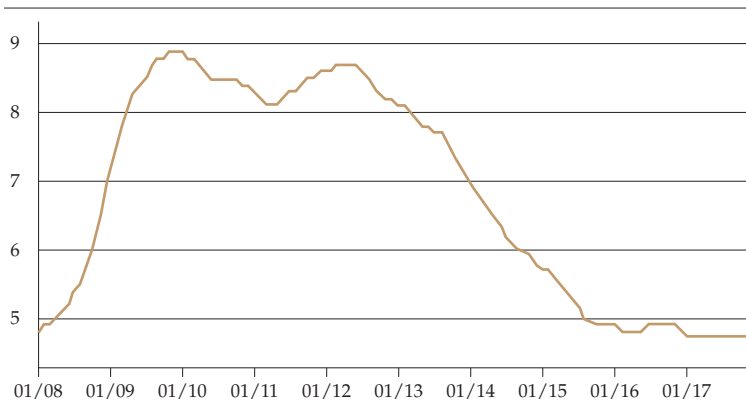
Previo al año 1996, la asistencia social de la ciudad de Nueva York se encontraba segregada de manera general en cinco programas<sup>14</sup>. En 1996 se estableció el programa Personal

14 i) Prestación económica periódica a familias con bajos ingresos y con hijos a cargo menores de 18 años (*Aid to Families with Dependent Children - AFDC*), ii) prestación económica periódica para ancianos y discapacitados con bajos ingresos (*Supplemental Security Income - SSI*), iii) prestación en especie: cupones intercambiables por alimentos para todas las personas con nivel de ingresos y de patrimonio inferior a un nivel determinado, iv) Programa de atención sanitaria (*Medicaid*) a personas con ingresos inferiores al umbral de pobreza, y v) *Earned Income Tax Credit - EITC*, desgravación al impuesto sobre la renta de trabajadores con bajos ingresos y con hijos menores a cargo. En casi todos los estados, la condición de beneficiario de *Medicaid* viene determinada por el previo acceso a las prestaciones económicas periódicas para ancianos, discapacitados o nivel de ingresos bajos. Dado lo anterior, las personas en situación de exclusión sin hijos a cargo, quedaban también excluidas de la cobertura sanitaria.

Responsability and Work Opportunity Reconciliation Act –PRWORA 1996–. Este programa consistió en la creación de un fondo específico para la financiación de programas de empleo, con la novedad de la implementación de medidas restrictivas para el acceso al Programa de Cupones de Alimentación. A diferencia de la asistencia social previa, este programa condicionaba el otorgamiento de beneficios a la participación en actividades laborales.

En 1998 se expide la ley de responsabilidad personal –Work Force Investment Act 1998–, en la que se incentivaba a la persona a trabajar, pues el Medicaid se condicionaba a la inserción laboral en un plazo de 24 meses, y la participación en actividades de utilidad pública. Una vez la persona ingresaba a trabajar, el subsidio se iba reduciendo en forma progresiva de acuerdo al nivel de ingreso. Como resultado de lo anterior, desde 1998-1999 la media de ingresos por familia ha venido creciendo, y la tasa de empleabilidad ha venido aumentando dos puntos cada año. El número de personas que se encontraban en estado de pobreza cayó en 1,8 millones (Donostia, 1999).

GRÁFICO 3.8. DESEMPLEO EN NUEVA YORK (TASA)



Fuente: Bureau of Labor Statistics, 2017 (United States Department of Labor).

Según se estima, del total de la población de Estados Unidos, el 17,8% es población hispana y el 13% población afrodescendiente. Nueva York es uno de los Estados con mayor población hispana. El 12% de la población de Nueva York son inmigrantes no nacionalizados, el 43,1% población blanca, el 24,4% población afrodescendiente y el 29% hispanos y latinos (United States Census Bureau).

En 2010 la tasa de encarcelamiento de afroamericanos fue 4,7 veces más alta que la tasa de encarcelamiento de la población blanca. Desde el año 1994 se ha reportado una disminución hasta de un 80% en los registros por delitos violentos, en los que la víctima es una persona blanca y el victimario un afrodescendiente (U. S. Department of Justice, 2017).

La justicia restaurativa, contrario a lo que comúnmente se piensa, ha dado mayores resultados en su implementación para ofensas graves que para delitos menores. A diferencia del sistema penal de corte principalmente retributivo, el proceso se inicia con la aceptación por parte del victimario de la ofensa y uno de sus principales objetivos es obtener la sanación tanto de víctima como de victimario, y que el ofensor sea empático con el sufrimiento causado a la víctima. A partir de los acercamientos entre víctima y ofensor, se pretende que este último asuma la responsabilidad y reduzca el daño causado en la medida de lo posible (Howard Zehr, 2003).

Existen distintas modalidades de procesos de justicia restaurativa: lo importante es la concepción ontológica de su propuesta. Si bien estos mecanismos se han iniciado con proyectos de poca incidencia legal dentro de las cárceles, su objetivo es derogar la justicia retributiva tradicional, en tanto que el crimen no se percibe como una ofensa contra el Estado sino que por el contrario reconoce la necesidad de sanación incluso en el mismo victimario. De esta manera,

a través de la empatía, el ofensor asume responsabilidad por el daño causado e intenta mitigarlo en la medida de lo posible (Howard Zehr, 2003). Como se observa, a diferencia del sistema penal con enfoque retributivo, en el que el ofensor busca hasta el último momento negar su responsabilidad en tanto que el objetivo del proceso y del sistema es dar a la persona lo que se merece, los procesos de justicia restaurativa propuestos buscan responder a las necesidades de todos los involucrados, y que cada cual asuma la responsabilidad que le corresponda. Tanto el Estado, la víctima y el ofensor.

Howard Zehr es uno de los pioneros en la implementación y desarrollo de mecanismos de justicia restaurativa en Estados Unidos. Este autor inicia la definición de los mecanismos de justicia restaurativa desmintiendo creencias que han venido desprestigiando este enfoque. En uno de sus libros clarifica que la justicia restaurativa no es únicamente para delitos menores y que, por el contrario, los mayores resultados se evidencian cuando estos mecanismos son utilizados en delitos violentos o delitos graves (Howard Zehr, 2003). Frente a los opositores de la justicia restaurativa, por ser un mecanismo que exige el perdón y reconciliación de la víctima, este autor explica que desde este enfoque se comprende que el perdón es un proceso individual de la víctima, y su objetivo no se focaliza en esto, ni se limita a un encuentro entre víctima y victimario. Por el contrario, los procesos de justicia restaurativa inician con cierto grado de aceptación en la responsabilidad por la ofensa y en la búsqueda de la reducción del daño causado. Por último, para el movimiento liderado por Zehr es muy importante resaltar que la justicia restaurativa, lejos de ser un mecanismo para-legal, es un mecanismo judicial que podría remplazar el sistema legal.

Algunos resultados de los programas implementados por el Zehr Institute for Restorative Justice, ubicado principalmente en Virginia, han arrojado que la tasa de reparaciones aumenta en los procesos de justicia restaurativa frente a procesos de la justicia ordinaria, 80 % frente 50 %. Además de la humanización de la justicia, en tanto comprende y suple las necesidades también de quien cumple la condena, se encontró que el 80 % de las víctimas que participaron en estos programas sienten que la justicia funcionó. El doble de víctimas que participaron en estos procesos manifiestan que obtuvieron justicia, frente a las víctimas del proceso ordinario. Otros Estados donde se han desarrollado programas parecidos, por ejemplo, la Eastern Mennonite University (EMU) y la James Madison University (JMU), también participan en este tipo de iniciativas en las que la policía y miembros de la comunidad han venido implementando mecanismos de justicia restaurativa con la población joven que por primera vez incurre en un delito leve (Jenner, 2015). Lo mismo ocurre con el Vera Institute of Justice, el cual tiene proyectos en aproximadamente 40 Estados que buscan reducir la masiva prisionalización en este país, reducir desigualdades sociales y promover la cultura de la legalidad (Vera Institute of Justice).

Ha sido especialmente el sector académico y organizaciones no gubernamentales quienes han emprendido la crítica sistemática a la política criminal descrita en el acápite anterior. Sin embargo, aproximadamente desde la década de 1970, la oposición a la política criminal mayoritaria en Estados Unidos trascendió el discurso divergente para permear la política criminal desde programas y enfoques alternativos.

Goodman y Jinks sostienen que mediante la noción de coerción se puede provocar cambios en las prácticas Estatales (Pozo, 2008). Según Goodman, la aculturación es el

proceso general de adoptar la creencia y los patrones de comportamiento de la cultura circundante sin recurrir a medios directos de influencia, sino al cambio del entorno social del agente. Para que un Estado pueda influenciar a otro, la aculturación requiere un tipo de acción que influya de una u otra manera la identidad colectiva del Estado considerado (Ryan Goodman, 2013).

La Convención Europea de Derechos Humanos suscribió en 1985 el protocolo n.º 6, mediante el cual se prohíbe la pena de muerte en todos los países parte. La Unión Europea podría ejercer algún tipo de influencia indirecta en Estados Unidos para la prohibición de la pena de muerte, insinuando el aumento o ventaja en la inversión en los estados donde la pena capital se eliminaría por razones humanitarias (Patterson, 2008). Sin embargo, como hemos visto, es poca la incidencia de una política criminal con enfoque humanista en la política criminal de Estados Unidos.

Si bien la aculturación de la que nos habla Goodman hace referencia a prácticas inter-estatales, parece no ser muy distinto a lo que puede ocasionar o pretender la política criminal disidente en Estado Unidos. A partir de la ejecución de prácticas con un enfoque de mayor garantismo penal y de justicia restaurativa, permear la política criminal punitivista de programas.

### **2.3. Conclusiones de la política criminal en Estados Unidos**

Tras declararse el fracaso de la resocialización con base en la publicación de un estudio de Robert Martinson, en el que concluía que con la población penitenciaria nada funcionaba (“Nothing Works”), el mundo occidental en general no tardó en utilizar esta apresurada conclusión para darle alivio fiscal a los costos que la resocialización

significa en un Estado de Bienestar. De lo anterior resurge el retribucionismo, y en la actualidad lo que se ha denominado como el *nuevo retribucionismo*, en el que se justifica el castigo penal a partir del deber Estatal de dar respuesta a la comisión de conductas penalmente reprochables: “incluso si la disuasión no tuviera un efecto disuasorio adicional, lo apoyaría solo en razón a la justicia”<sup>15</sup> (traducción propia de Haag, 1991).

El retorno de argumentos retribucionistas ha revivido el antiguo debate de dos principales cuestiones, a saber: i) ¿por qué razón castigamos?, y ii) ¿con qué derecho? Para David Dolinko el argumento retribucionista no es suficiente en tanto que reduce la justificación racional y moral del castigo al merecimiento. Si bien el argumento del merecimiento es un límite mínimo para castigar, esto no significa que el Estado este en todos los casos justificado para castigar todos los comportamientos que han quebrantado la ley penal. Según Dolinko (1991), de la misma manera que el Estado no debe justificar por qué no otorga incentivos a todas las buenas obras de los ciudadanos, el castigo penal no se justifica por el mero quebrantamiento de la ley.

Como respuesta a la crítica de Dolinko, Herbert Morris (1968) aduce que la justificación moral de castigar a una persona que ha cometido un delito está dada en el restablecimiento de la igualdad de condiciones que quebrantó el criminal. Al cometer un delito, el ofensor adquiere una ventaja no legítima sobre el otro al que se le arrebató su interés legítimo. La propuesta de Morris es entonces justificar la imposición racional del castigo, ya no en criterios

---

15 El original dice: “Even if execution had no extra deterrent effect, he would support it, on grounds of justice alone”.

de merecimiento, sino en la dimensión que la ventaja ilegítima contenga.

George Sher (1989), por su parte, también supera el argumento de merecimiento, y establece que la cantidad de castigo no debe estar dada por la inclinación al delito (culpa), sino por la ganancia en términos de libertad que el ofensor ganó con la comisión del delito. Este autor pone por ejemplo la comisión de un homicidio con el no pago de impuestos, realizar la primera conducta necesariamente representa una mayor libertad obtenida por el victimario al realizar la prohibición legal y moral.

Como se observa, los dos argumentos que se contraponen a Dolinko se fundamentan en un análisis económico del delito, en el que el ofensor debe perder la ganancia ilícitamente obtenida, bien sea en términos económicos o en términos de libertad. Es interesante que las réplicas a Dolinko se posicionen desde el desvalor de resultado del delincuente y no desde la legitimidad del juicio de reproche que se le endilga a la acción. La exigencia para calificar el desmérito de una conducta supone una premisa de libertad en la que no se detiene el retribucionismo, pero que, por su parte, la política criminal disidente intenta hacer juego de la mano de la justicia restaurativa.

Al analizar el debate actual encontramos que los argumentos generales del retribucionismo no cambian sustancialmente; el riesgo asumido por el victimario para dar legitimidad a la imposición de dolor con el castigo penal, y la severidad punitiva en aras de una utilidad mayor. Sin embargo, lo que se destaca de la crítica de Dolinko es que pretende cuestionar cuál es la justificación moral y racional del castigo como dos elementos distintos entre sí, y distintos del merecimiento.

Ahora bien, existe una fuerte tendencia en la política criminal a adicionar un componente de riesgo en la ejecución

penal, lo que se ha decantado con el nombre de criminología actuarial<sup>16</sup>, en la que el argumento de la eficacia y de la racionalidad económica entra a gestionar la cuestión penitenciaria (Beiras, 2009).

Si bien la tendencia general de la política penitenciaria estadounidense se dirige hacia un régimen represivo y de privatización carcelaria, en el que impera la seguridad sobre la resocialización, como hemos visto, existen movimientos académicos y comunitarios cuya base es la reparación y reinserción social, tanto del individuo victimario como de la víctima. Estos programas cuya base es la justicia restaurativa, han iniciado a partir de iniciativas privadas que poco a poco han conquistado espacios en los modelos locales.

Del análisis de la situación actual de la política criminal en Estados Unidos encontramos la ausencia de justificación moral de su carácter represivo, en tanto que los altos costos sociales y económicos del encarcelamiento profundizan el imaginario colectivo de desigualdad social y económica. Los programas de asistencia social, especialmente los relacionados con los delitos de drogas, son una ventana importante para entender los conflictos sociales a partir de una visión diferente al derecho penal, en la que los argumentos de merecimiento, retribucionistas y de prevención general, se cuestionan a partir de los factores de riesgo desatendidos por la comunidad. La efectividad de programas en los que se fortalece la atención social a la comunidad, la subsanación de necesidades en el victimario y la reinserción social de los ofensores, establecen la necesidad de entender el fenómeno criminal a partir del principio de la corresponsabilidad (R. A., 2001).

---

16 Véase más sobre criminología actuarial en IÑAKI RIVERA BEIRAS (2009).

### 3. POLÍTICA CRIMINAL Y PENITENCIARIA EN COLOMBIA

En los últimos años, dentro de los sectores académicos e instituciones públicas, se había construido la creencia según la cual en Colombia no existía una política criminal. Sin embargo, en el año 2012 la Comisión Asesora de Política Criminal diagnosticó que la política criminal en Colombia sí existe, y que se caracteriza por ser reactiva y tendiente al populismo punitivo (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). Lo anterior tiene sentido en la medida en que si bien no ha cumplido el ciclo ideal de la formulación de políticas públicas (identificación del problema, de posibles soluciones, formulación de la política, implementación y evaluación de las políticas), el Estado ha destinado recursos y ha formulado estrategias para combatir el fenómeno criminal. A partir de lo anterior, el Consejo Superior de Política Criminal<sup>17</sup> ha intentado elaborar lineamientos de política criminal con énfasis en la garantía de derechos, para de esta manera contrarrestar los efectos de dicha política pública que contrarían los postulados constitucionales del sistema penal. El expansionismo del derecho penal descrito en el Conpes 3828 de 2015 no solo desborda el carácter del

---

17 Según el Decreto 2055 de 2014, el Consejo Superior de Política Criminal está compuesto por el ministro de Justicia y del Derecho, el presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el Fiscal General de la Nación, el ministro de Educación, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el director general de la Policía Nacional, el director general de la Agencia Nacional de Inteligencia Colombiana –ANIC–, el director general del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –Inpec–, el director general de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –Uspec–, el director general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, el director general del Departamento Nacional de Planeación, un (1) senador y dos (2) representantes a la Cámara de la Comisión Primera Constitucional Permanente y un (1) senador y dos (2) representantes a la Cámara de la Comisión Segunda Constitucional Permanente.

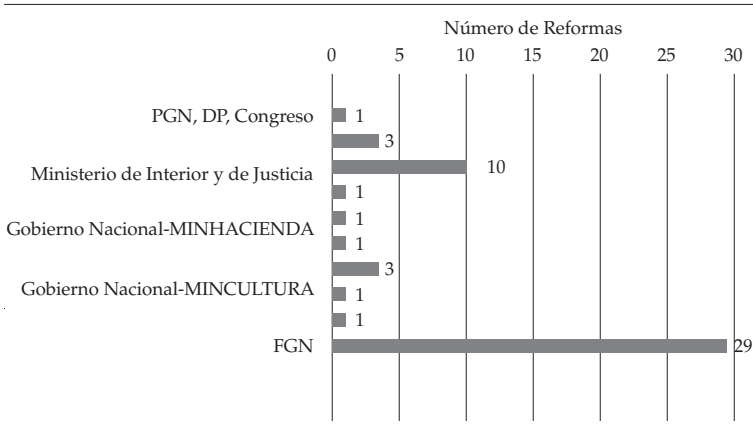
derecho penal como *ultima ratio*, sino que también descuida los límites del dolor, de proporcionalidad y utilidad que debe respetar la activación del aparato punitivo del Estado (Art. 12 CN, Arts. 3, 4, y 5 del Código Penal).

Así como el debate académico estadounidense nos conduce a cuestionar una criminología actuarial en su política pública, llama la atención el expansionismo que especialmente han tenido los delitos de peligro abstracto en nuestra legislación. Esta tendencia punitiva no solo se ve reflejada en la creación de más tipos penales. También se ve en la imposición de penas más altas y, en consecuencia, en el alto número de personas sindicadas con medida de aseguramiento: 32% del total de la población privada de la libertad (Inpec, 2017). Al flexibilizar con la creación y aceptación de delitos de peligro abstracto los estándares que limitan la intervención penal, también se termina por reducir el ámbito de protección de la presunción de inocencia, lo que significa, en últimas, reducir los estándares de exigencia para la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

Desde 2001, el Código Penal ha sido reformado en cincuenta y seis ocasiones por leyes ordinarias, y actualmente seis de estas reformas han sido declaradas inexequibles (Cita Triana & González Amado, 2017). La producción de normas incompatibles con los fundamentos constitucionales de *ultima ratio*, proporcionalidad y necesidad, responden a la solución de problemáticas vistas de manera aislada. Más de la mitad de las reformas penales desde 2001 a 2015 fueron de iniciativa parlamentaria (54% que corresponden a 29) y menos de la mitad gubernamental (41% que corresponden a 22). Hay un afán de las instituciones del Estado por dar respuesta al crimen, y los organismos locales y territoriales focalizan sus esfuerzos en mejorar la percepción

de la seguridad ciudadana sin perjuicio del sacrificio que en derechos esto representa.

GRÁFICO 3.9. REFORMAS POR ACTORES, NÚMERO DE REFORMAS

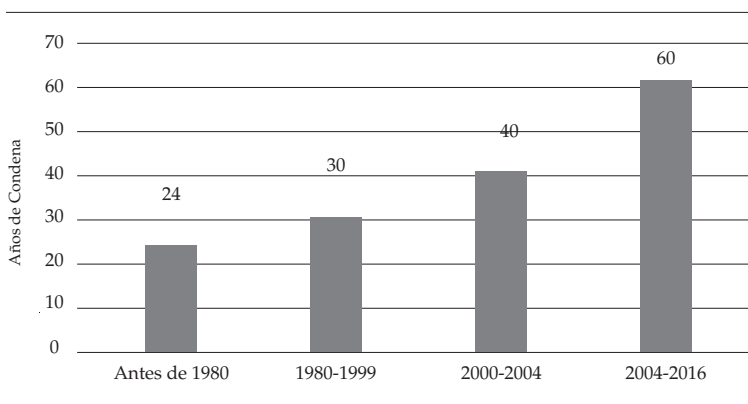


Fuente: Cita Triana & González Amado (2017).

Entre 2004 y 2015 se crearon aproximadamente 30 nuevos tipos penales, y se estableció la pena privativa de la libertad para algunos delitos que contemplaban únicamente la pena de multa<sup>18</sup>. Un estudio del Observatorio de Política Criminal del Ministerio de Justicia y del Derecho demostró que en 36 años la duración máxima de la sanción penal en Colombia se ha incrementado en 150 % (Cita Triana & González Amado, 2017) (gráfico 3.10).

18 Algunos ejemplos de estas reformas penales se encuentran en la Ley 1453 de 2011, Ley 1474 de 2011 y Ley 1762 de 2015.

GRÁFICO 3.10. DURACIÓN MÁXIMA DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD



Fuente: Cita Triana & González Amado (2017).

Aun cuando la pena máxima en Colombia es de 50 años (Art. 37 CP), algunas modalidades delictivas superan este límite legal, bien sea por creación directa (Art. 188C Tráfico de niñas, niños y adolescentes) o por la combinación de modalidades delictivas que logran superar el tiempo máximo establecido (Amado, 2017). Este expansionismo del derecho penal sobre los límites constitucionales ha sido aprovechado por el populismo punitivo que conlleva a la falsa creencia de pensar que atacar la criminalidad desde el reaccionismo penal es suficiente para eliminar las problemáticas sociales que las preceden.

El régimen penitenciario en Colombia se institucionaliza en 1914 mediante la Ley 35<sup>[19]</sup>, con la cual es creada la Dirección General de Prisiones adscrita al entonces Ministerio de Gobierno<sup>20</sup>. Dado que en 1955 se expidieron

19 Sobre establecimientos de castigo.

20 En 1940 la Dirección Administrativa y de Personal de Prisiones se traslada al Ministerio de Justicia.

las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, en 1964 el régimen penitenciario se actualizó mediante el Decreto 1817<sup>[21]</sup>. En el año 1980, a través de decreto, se expidió el primer Código Penal (Decreto 100<sup>[22]</sup>), y a partir de la década de 1990, con la expedición del Código Penal (Ley 599 de 2000<sup>[23]</sup>), se afianza el sistema penal y la pena privativa de la libertad como la pena protagonista en Colombia (Instituto Rosarista de Acción Social Seres, 2011).

La urgencia que conllevó a la expedición del Código Penal mediante decreto coincide con la lucha contra las drogas proclamada por Nixon en Estados Unidos (1970), la cual continuaría Reagan (1980-1988) y Bush (1988-1992) en los años subsiguientes, alcanzando el sistema penitenciario norteamericano los mayores picos en la tasa privativa de la libertad en este período. En Colombia surge la necesidad de expedir un Código Penal promulgado por el legislativo, no solo por la búsqueda de ajustar los procedimientos y sanciones a la Constitución de 1991. Es de anotar que, para diciembre de 1997, el país alcanzó niveles de hacinamiento del 27,9%, y que a partir de ese momento el porcentaje de hacinamiento creció de forma sostenida hasta el año 2015, de la misma manera que se comporta el sistema penitenciario estadounidense (véanse los gráficos 3.11 y 3.12).

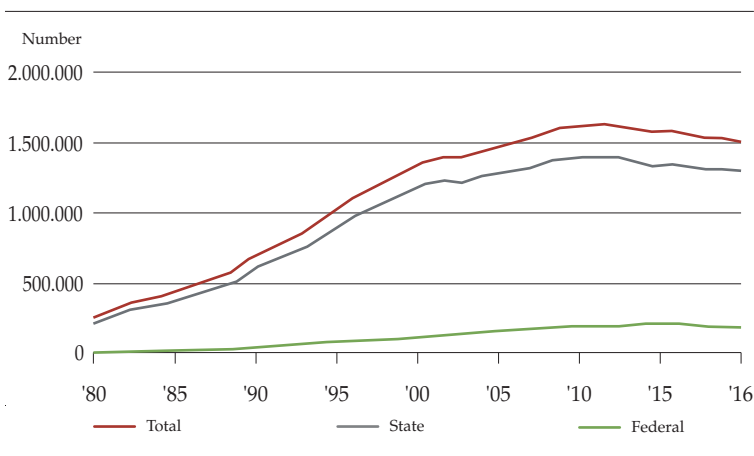
---

21 Por el cual se reforma y adiciona el Decreto Ley 1405 de 1934 (Código Carcelario), y se dictan otras disposiciones.

22 Por el cual se expide el nuevo Código Penal.

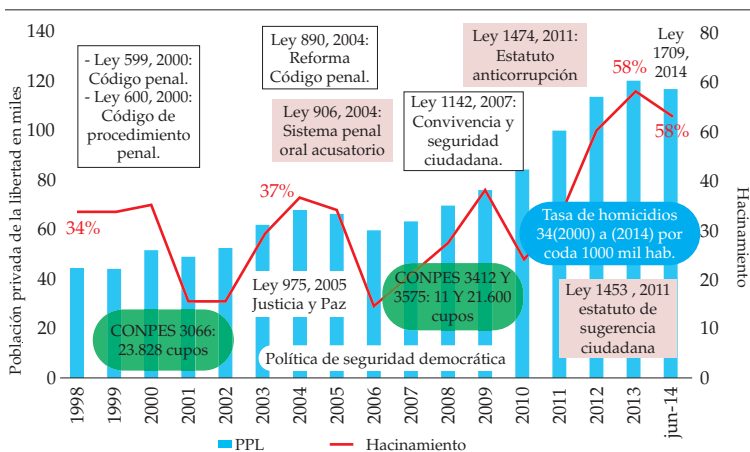
23 Por la cual se expide el Código Penal.

GRÁFICO 3.11. PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD  
A NIVEL ESTATAL Y FEDERAL (1980-2016)



Fuente: Bureau of Justice Statistics, Key Statistics, Estimated number of persons supervised by U.S. adult correctional systems, by correctional status, 1980-2016. On the Internet at [www.bjs.gov](http://www.bjs.gov) (visited 05, 14, 2018).

GRÁFICO 3.12. IMPACTO NORMATIVO SOBRE HACINAMIENTO  
CARCELARIO (1998-2014)



Fuente: Departamento Nacional de Planeación Conpes 3828 de 2015 (Departamento Nacional de Planeación, 2015).

A partir de la Constitución de 1991 se institucionaliza la prohibición de las penas crueles e inhumanas, y se reglamenta la finalidad de la resocialización como el fin último de la privación de la libertad. El Estado adquiere un compromiso con las personas privadas de la libertad.

Dado que el índice de hacinamiento siguió en aumento y que los postulados constitucionales abogan por un derecho penal mínimo y la resocialización como fin último de la privación de la libertad, la Corte Constitucional declaró por primera vez (T-153 de 1998) el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas debido a la violación masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en condiciones de hacinamiento. La Corte Constitucional en esa oportunidad ordenó al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar un plan de construcción y refacción de las instituciones carcelarias para garantizar las condiciones de vida digna a los reclusos (M. P. Eduardo Cifuentes). Encontramos cómo en la práctica la política criminal respondía a un sistema divergente al que intentaba proteger desde entonces la Corte Constitucional.

Pese a lo anterior y a los esfuerzos del Gobierno Nacional en la construcción de cupos para dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional, en el año 2013 el índice de hacinamiento alcanzó el 58 % y para el cierre de 2016 en 51,9 % (Inpec, 2017). El problema de hacinamiento del sistema penitenciario en Colombia surge de un déficit sostenido de cupos penitenciarios que supera la cifra oficial. Lo anterior debido a que alrededor del 88 % de la infraestructura carcelaria no cumple con los requisitos mínimos para operar como tal (Departamento Nacional de

Planeación, 2016)<sup>24</sup>. También se destaca de la problemática penitenciaria actual un expansionismo penal no calculado y una focalización en la persecución penal contra el delito de drogas sin un diagnóstico propio.

Colombia vivió un proceso de penalización de las conductas relacionadas con drogas que tuvo su punto máximo con la ley 1453 de 2011, denominada ley de “Seguridad Ciudadana”, que aumentó algunas penas y eliminó la excepción de penalización del consumo y porte de la dosis personal (Rodrigo Uprimny, 2013). Si bien la eliminación de la excepción no significaba su penalización inmediata, esto dio paso a interpretaciones judiciales diversas al respecto que representaron un aumento casi del 20% en las personas privadas de la libertad por este delito. En vista de lo anterior, lo cual afectaba la seguridad jurídica, la Corte Constitucional tuvo que sacar una providencia aclaratoria en la que indicó que dicha modificación no representaba la criminalización del porte de la dosis mínima y de consumo (C-491/2012).

La Corte Constitucional ha limitado la persecución penal por delitos relacionados con drogas al legalizar la dosis mínima. En Estados Unidos, por su parte, no se ha limitado la persecución penal, sin embargo desde programas sociales se ha logrado ampliar la ejecución penal a penas distintas a la privación de la libertad, y más vinculadas a programas de rehabilitación o empleo.

Actualmente la política criminal en Colombia se encuentra dividida frente al papel que debe asumir el derecho penal en la lucha contra las drogas. Si bien en los últimos años el énfasis ha sido la persecución penal por delitos

---

24 De los 135 ERON existentes en el país, 120 corresponden a una infraestructura que data del año 1610, denominada de primera generación.

relacionados con drogas, la estrategia político-criminal no ha sido del todo inteligente, pues no se han desarticulado de manera eficiente los mercados ilegales. Pese a lo anterior, persisten tendencias que consideran que el derecho penal debe ser el centro en esta política. Por su parte, el Ministerio de Justicia y del Derecho ha abogado por la despenalización o tratamiento penal diferencial para los pequeños cultivadores, cuyas condiciones de subsistencia los llevaron a la participación como eslabones débiles del mercado criminal del narcotráfico (Proyecto de ley 14 de 2017, radicado el 25 de julio ante Comisión Primera del Senado, Por medio del cual se fortalece la política criminal y penitenciaria en Colombia y se dictan otras disposiciones [Política criminal y penitenciaria]). El debate aún no está zanjado, menos aún bajo la perspectiva de la implementación de los acuerdos de paz.

#### 4. CONCLUSIONES

Como vimos, la lucha contra las drogas estadounidense ha incidido en la práctica reactiva y de índole represiva y punitivista de las políticas contra las drogas implementadas en Colombia. El populismo punitivo y la lucha contra las drogas estadounidense también se ha marcado por una tendencia de represión penal específicamente hacia los años de la década de 1970, en los que se exige resultados inmediatos y en términos de seguridad ciudadana a los gobiernos locales. Recientemente el Presidente de Estados Unidos, Donald Trump, solicitó a Colombia “progresos significativos” en la reducción de producción y cultivos de coca en el país (Gómez Maseri, 2017). Esta insinuación en términos de política contra las drogas supone prevalecer una erradicación forzada de cultivos ilícitos, a efectos de mostrar

resultados inmediatos, sobre la gradual implementación de una sustitución voluntaria.

Si bien el debate sobre qué política debe prevalecer ha sido centro de fuertes discusiones académicas y dentro del escenario parlamentario del país, lo cierto es que el primer escenario descuida el factor humano de la problemática de las drogas, mientras que la sustitución voluntaria de cultivos ilícitos podría reportar mayor sostenibilidad en la eliminación de la actividad ilícita (Garzón Vergara & Suárez Rueda, 2017).

La política criminal interna sufre un descalabro al ceder a las presiones norteamericanas y modificar la sustitución de cultivos ilícitos acordada en el marco de los acuerdos de paz, que consistía en trabajar los contextos sociales que conllevaron a que la producción de droga fuera la única opción de esta población, para en su lugar imponer la erradicación forzada a fin de mostrar resultados inmediatos. Las metas propuestas por el gobierno de 50.000 hectáreas a través de erradicación forzada y 50.000 mediante sustitución de cultivos ilícitos no se fundamenta en un análisis de costo oportunidad en la que se tenga en cuenta el valor social de la sustitución o el daño social y ambiental de la erradicación forzada. Por el contrario, la sustitución de cultivos ilícitos voluntaria se impone a través de la comunidad en los territorios, mientras que la erradicación forzada saca ventaja de la desarticulación y vulnerabilidad de ciertas comunidades.

La justicia restaurativa en Colombia se ha limitado a prácticas de descongestión judicial, o incluso a la imposición de requisitos prejudiciales que filtran la entrada de ciertos conflictos catalogados como conciliables en el Código Penal. Colombia, en un escenario de posconflicto, necesita evolucionar en la comprensión de las prácticas de la justicia restaurativa que se compadezcan con sus

fines constitucionales y no con prácticas punitivistas. No es cierto que limitar los espacios de castigo penal y justicia retributiva sea ceder espacio a la impunidad. No es cierto que la justicia se limite al sistema penal en la concepción tradicional y retributiva que lo conocemos, menos aun cuando su fin constitucional es la reinserción social de las personas y su objetivo práctico reducir la criminalidad.

Desde el enfoque de la criminalización terciaria, la política criminal en Colombia se ha caracterizado por remedar prácticas de seguridad ciudadana tendientes a demostrar resultados de eficiencia en su respuesta contra la criminalidad. No obstante, el debate sobre la garantía de los derechos ciudadanos y la coherencia de los planes de acción y estrategias con los postulados y fines constitucionales se ha aplazado como causa menor. El problema estructural del sistema penitenciario surge de no tomarse en serio los derechos mínimos de garantía que limitan la fuerza punitiva del Estado. La privación de la libertad como castigo penal y *ultima ratio*, la igualdad ante la ley y la garantía de necesidades mínimas a todos los ciudadanos, son discusiones que deben permear la definición de la política criminal, y no los objetivos de la política de seguridad ciudadana.

## 5. REFERENCIAS

- AMADO, R. A. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Bogotá: MJD.
- BEIRAS, I. R. (2009). *La cuestión carcelaria: Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria* (vol. 1). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- BLUME, J. H. (2008). An overview of significant findings from the capital jury project and other empirical studies of the death

penalty relevant to jury selection, presentation of evidence and jury instructions in capital cases. *Cornell Law School*.

BUREAU OF JUSTICE STATISTICS (2016, 29 de diciembre). Jail Inmates in 2015. *Bureau of Justice Statistics*. Recuperado el 05 de mayo de 2017 de <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/ji15.pdf>

CARSON, E. A. (2016, 23 de septiembre). *Bureau of Justice Statistics, National Prisoner Statistics Program*.

CENSUS BUREAU (2018, mayo). *United States Census Bureau*. Recuperado de <https://www.census.gov/quickfacts/fact/table/US/PST045217>

CITA TRIANA, R. A., & GONZÁLEZ AMADO, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL (2012). *Informe. Diagnóstico y propuesta de lineamientos*.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1997, 17 de abril). Sentencia C-198 de 1997 (M. P. Fabio Morón Díaz).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1998). Sentencia T-153 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2001, 20 de junio). Sentencia C-646 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2002, mayo). Sentencia C-420 de 2002 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2013, 28 de junio). Sentencia T-388 de 2013 (M. P. María Victoria Calle Correa).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2015, 16 de diciembre). Sentencia T-762 de 2015 (M. P. Gloria Stella Ortiz).

- DEATH PENALTY INFORMATION CENTER (2017, 28 de abril). Facts about the Death Penalty. *Death Penalty Information Center*. Recuperado el 5 de mayo de 2017 de <https://deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf>
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, DNP (2015). Conpes 3828. Política Penitenciaria y Carcelaria. Bogotá: DNP.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, DNP (2016, 3 de diciembre). Conpes 3871.
- DOLINKO, D. (1991). Some Thoughts About Retributivism. *Ethics*, 537-559.
- DONOSTIA (1999). *Políticas de "Welfare to Work" en Estados Unidos*. SIS Centro de Documentación y Estudios.
- FAMM (2016). *Families Against Mandatory Minimums*. Recuperado en junio de 2017 de <http://famm.org/wp-content/uploads/2013/08/Recent-State-Reforms-June-2016.pdf>
- FBI, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (2018). *FBI: UCR, Uniform Crime Reporting (UCR) Program*. Recuperado de <https://ucr.fbi.gov>
- FEDERAL BUREAU OF PRISONS (2018, 28 de septiembre). Inmate Race. Recuperado de [https://www.bop.gov/about/statistics/statistics\\_inmate\\_race.jsp](https://www.bop.gov/about/statistics/statistics_inmate_race.jsp)
- GARZÓN VERGARA, J. C., & SUÁREZ RUEDA, M. (2017, 17 de octubre). Erradicación forzada: los efectos de una meta sin sentido. *Fundación Ideas para la Paz, FIP*. Recuperado de <http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1586>
- GÓMEZ MASERI, S. (2017, 13 de septiembre). EE. UU. podría descertificar al país si no controla cultivos ilícitos. *El Tiempo*. Recuperado el 30 de noviembre de 2017 de <http://www.eltiempo.com>

com/mundo/eeuu-y-canada/donald-trump-amenaza-a-colombia-por-aumento-de-cultivos-ilicitos-130398

- GONZÁLEZ, J. (2015, 21 de abril). La angustia de esperar a ser ejecutado en California. *BBC Mundo*. Recuperado el 05 de mayo de 2017 de [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150421\\_eeuu\\_california\\_pena\\_muerte\\_espera\\_presos\\_jg](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150421_eeuu_california_pena_muerte_espera_presos_jg)
- GREENE, J., & ALLALRD, P. (2011). *Numbers Game, The Vicious Cycle of Incarceration in Mississippi's Criminal Justice System*, ACLU, Justice Strategies.
- HAAG, E. V. (1991, abril). Some Thoughts About Retributivism. *Ethics*, 101(3), 537-559.
- HOOD, R. (1996). *The Death penalty: a world-wide perspective* (2ª ed.). Clarendon Press.
- HOWARD ZEHR, A. G. (2003). *The Little Book of Restorative Justice*. Pennsylvania: Good books.
- INPEC (2017, 29 de noviembre). *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*. Recuperado de <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Estad%EDsticas>
- INSTITUTO ROSARISTA DE ACCIÓN SOCIAL SERES (2011). *Desarrollo del sistema penitenciario y carcelario colombiano entre 1995 y 2010, en el marco de las políticas de Estado a partir de las sentencias de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- JENNER, A. (2015, 19 de marzo). Harrisonburg police and community members join hands in offering restorative justice option. *Eastern Mennonite University*. Recuperado de <http://emu.edu/now/news/2015/03/harrisonburg-police-and-community-members-join-hands-in-offering-restorative-justice-option/>

- JEREMY TRAVIS, B. W. (2014). *The Growth of incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*. The National Academies Press.
- JESSICA JACOBSON, C. H. (2017). *Prison Evidence of its use and over-use from around the world*. Institute for Criminal Policy Research and the authors.
- MARCUS-ANTONIO GALESTE, S. M.-D. (2014). Residential Substance Abuse Aftercare Treatment: A multisite Examination of structure, goals and staff. *Justice Policy Journal*.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2016a, septiembre). *La Proporcionalidad de las Penas en la Legislación Penal Colombiana*. Bogotá.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2016b). *Primer Informe de Seguimiento a la Ley 1786 de 2016. Diagnóstico y Recolección de Información*.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2016c). *Documento técnico para el diseño y consolidación de un Observatorio para la Política Criminal*. Bogotá.
- MONTES, R. V. (2015). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas* (tomo 1). Bogotá: ILAE.
- MORRIS, H. (1968). Person and Punishment. *The Monist*, 52(4), 1, 475-501.
- OACNUDH (2004). *Los derechos humanos y las prisiones. Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones*. Nueva York, Ginebra: Naciones Unidas.
- PATTERSON, K. L. (2008). *Aculturación y el desarrollo de la doctrina relativa a la Pena de muerte en los estados unidos de norteamérica. Derecho penal y pena de muerte. Anuario de Derecho Penal*.

- PETER WAGNER, B. R. (2017, 25 de enero). Following the money of mass incarceration. Recuperado de [prisonpolicy.org](https://www.prisonpolicy.org)
- PRISON POLICY INITIATIVE (s. f.). *PPI*. Recuperado de <https://www.prisonpolicy.org>
- POZO, J. H. (2008). Pena de muerte y política criminal. En PATTERSON, K. L., *Aculturación y el desarrollo de la doctrina relativa a la pena de muerte en los Estados Unidos de Norteamérica* (pp. 177-206). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- R. A., D. (2001). Penance, punishment and the limits of community. *Punishment And Society*.
- RODRIGO UPRIMNY, D. E. (2013). *Penas alucinantes La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*. Bogotá: DeJusticia.
- RYAN GOODMAN, D. J. (2013). *Socializing States: Promoting Human Rights Through International Law*.
- SHER, G. (1989). *Desert*. Princeton University Press.
- U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2017). *Race and Hispanic Origin of Victims and Offenders, 2012-15*. Bureau of Justice Statistics.
- UNITED STATES CENSUS BUREAU (s. f.). Recuperado en 2018 de <https://www.census.gov/quickfacts/fact/table/US,newyorkcitynewyork/RHI425216>
- UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR (s. f.). *Bureau of Labor Statistics*. Recuperado en 2018 de <https://data.bls.gov/pdq/SurveyOutputServlet>
- VERA INSTITUTE OF JUSTICE (s. f.). Sentencing and Corrections. *VERA*. Recuperado de <https://www.vera.org/centers/sentencing-and-corrections>

WORLD PRISON BRIEF (2017, 30 de noviembre). WPB. Recuperado de [http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison\\_population\\_rate?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All)

## 6. BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

CORPORACIÓN EXCELENCIA DE LA JUSTICIA, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (2016). *Resultados del estudio de tiempos procesales*. Bogotá.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2010). *La minería de hecho en Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional.

DOLINKO, D. (2010-2011). "Using Persons" and the Justification of Punishment. Vol. 38 Rutger Law Record.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2016, 26 de enero). *Plan contra el crimen organizado*. Bogotá.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (s. f.). *Gestión de la información y rendición de cuentas*. Información del año 2014.

HART, H. M. (1933). The Aims of the Criminal Law. *Law and contemporary problems*, Duke University, School of Law, 1(1).

MINISTERIO DE DEFENSA (2015-2018). *Política de Defensa y Seguridad. Todos por un Nuevo País*. Bogotá: Ministerio de Defensa.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2017). *Diagnóstico Preliminar del Proceso de Extinción de Dominio en Colombia*. Bogotá.

RIVERA, C. (s. f.). Antes y después: una reforma de policía que ha logrado salvar 5.000 vidas. Sin miedos. Recuperado de <http://blogs.iadb.org/sinmiedos/2016/12/07/que-reforma-de-policia-ha-logrado-salvar-5-000-vidas-en-cuatro-anos/>

UNODC (2016). *Global Report on Trafficking in Persons*.

## CAPÍTULO 4

# LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA, UN ESPACIO DE DELIBERACIÓN CONTRA EL POPULISMO PUNITIVO

ANA LUCÍA MONCAYO ALBORNOZ<sup>1</sup>

### RESUMEN

Colombia ha enfocado la política criminal en torno a medidas represivas caracterizadas por una excesiva actividad legislativa criminalizadora, un refuerzo por el mantenimiento de la prisión como institución punitiva por excelencia y un incremento desproporcionado de la pena privativa de la libertad. Por esta razón es necesario evidenciar y fortalecer espacios que permitan formas restauradoras y reparadoras distintas de la prisión. La justicia transicional es un ejemplo de cómo aún en los peores escenarios de violencia contra

---

1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derechos Humanos y Democratización de las Universidades Externado de Colombia y Carlos III de Madrid, magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, magíster en Ciencias Penales de la Universidad Pompeu Fabra y de la Universidad de Barcelona, especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Docente-investigadora del Centro de Investigaciones en Política Criminal, coordinadora de proyectos en el área de Victimología.

los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario existe la posibilidad de encontrar otras medidas de reparación y de restauración para las víctimas y para la sociedad. Así mismo, esta justicia permite considerar otras sanciones distintas a la prisión para lograr la reintegración de los infractores a la comunidad.

*Palabras clave:* justicia transicional, dispositivos de poder, política criminal, populismo punitivo.

TRANSITIONAL JUSTICE IN COLOMBIA, A SPACE FOR  
DELIBERATION AGAINST PUNITIVE POPULISM

ABSTRACT

Colombian criminal policy has led the legislator to focus in punitive measures, characterized for the indiscriminate and disproportionate use of prison as the main punitive institution. For this reason, it is necessary to identify and strengthened restorative and reparative alternatives different from the prison. For instance, transitional justice in contexts of mass violence against human rights and the international humanitarian law has led the possibility to guarantee reparative and restorative measures for victims and society. Furthermore, transitional justice allows putting into consideration punishments rather than prison to achieve reintegration of the offenders with the community.

*Key words:* Transitional Justice, Power Apparatus, Criminal Policy, Punitive Populism.

## 1. INTRODUCCIÓN

Colombia, un país en principio democrático, ha enfocado la política criminal en torno a medidas represivas que refuerzan el mantenimiento de la prisión e incrementan de manera desproporcionada la pena privativa de la libertad. De esta manera, el Estado ha pasado de establecer una pena de prisión con un máximo de 24 años en el Código Penal de 1936 a una de 60 años (máximo establecidos en la ley colombiana en su parte general en caso de concurso de delitos) con el Código Penal de 2000 y la Ley 890 de 2004. Pena que se incrementó con el surgimiento de leyes posteriores, especiales, como la Ley 1453 de 2011, que incluyó un tipo penal que desconoció el máximo de duración de la prisión establecido en el Artículo 37 del C. P. Esta ley creó el Artículo 188 C (“Tráfico de niños y niñas y adolescentes”) y estableció una pena de prisión de 30 a 60 años que por circunstancias de agravación definidas en la misma ley podría llegar a 90 años (Cita Triana & González Amado, 2017). Este es solo un ejemplo de la desproporción punitiva del sistema legislativo y de su perversión, ya que le hace creer a la población que existe un fin “resocializador” cuando en la práctica confina al ser humano a la privación de la libertad. Un sistema que se legitima en una sociedad arraigada en la cultura del castigo y el retribucionismo. Una sociedad que usa el Derecho para satisfacer los propósitos de algunos en contra de principios esenciales como la dignidad, la identidad y la solidaridad.

Por las anteriores consideraciones, este capítulo tiene como objetivo general identificar y visibilizar la justicia transicional como un espacio de deliberación crítica contra una cultura del castigo y una política criminal punitiva. Del mismo modo, entre sus objetivos específicos se encuentran: 1) identificar algunos de los elementos del Estado neoliberal

determinantes en el populismo punitivo, 2) Analizar cómo los dispositivos de poder posmodernos controlan al individuo y generan efectos punitivos en el uso del derecho penal, 3) Identificar cómo la justicia transicional en Colombia es un espacio de resistencia contra el populismo punitivo en la sociedad.

Es importante señalar que este capítulo es fruto de una investigación sociojurídica con enfoque cualitativo que busca interpretar la justicia transicional como un paradigma contra la indignidad y el castigo arraigado de manera histórica en la sociedad. Para ello se analizaron fuentes secundarias, con el fin de: identificar las distintas aproximaciones conceptuales de la democracia y algunos de los elementos que desde un Estado neoliberal inciden en el populismo punitivo; analizar el concepto de biopoder, dispositivo de poder y las distorsiones que estos producen en la conciencia de los individuos; comprender los distintos efectos que generan los dispositivos de poder en la sociedad con relación al populismo punitivo; analizar el contenido del derecho de acceso a la justicia y la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables en un escenario de justicia transicional, y comprender los contenidos restauradores y reparadores de esta justicia.

En la primera parte de este escrito se hace una breve crítica a la democracia de mínimos o democracia sustancial (Ferrajoli, 2011), al individualismo propio del Estado liberal y a la ausencia de participación ciudadana, por considerarlos elementos determinantes en la construcción del populismo punitivo. Luego, en una segunda parte, se reflexiona sobre los dispositivos de poder como otro elemento en el fortalecimiento de este fenómeno punitivo y se analizan las consecuencias del control al individuo. También se mencionan los efectos de los dispositivos en el uso del derecho penal. Por último, se expone la justicia

transicional como paradigma reparador y restaurativo frente a la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables.

## 2. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INCIDEN EN EL POPULISMO PUNITIVO

### **2.1. Una democracia de mínimos, sin un elemento colectivo y sin participación ciudadana**

La democracia de mínimos es un concepto relevante en la posmodernidad, sobre todo porque está presente en Colombia y en los países latinoamericanos. El profesor Castor Bartolomé hace referencia a este tipo de democracia como aquella en la que el Estado “mantiene un mínimo del aparato formal democrático para implementar un máximo de intereses propios” (Bartolomé Ruiz, 2011b). Una democracia formal, que como lo señala Ferrajoli se contrapone a la sustancial. Es decir, una democracia encaminada a la *forma* de las decisiones, a la identificación del sujeto que decide (principio de mayoría) y al “cómo se decide” de acuerdo con los derechos civiles y políticos, en contraposición a una democracia dirigida “a la sustancia de las decisiones”, a la garantía de los derechos individuales (de libertad o autonomía) y a los derechos sociales (Ferrajoli, 2011, pp. 20-21). Y al no estar garantizados estos derechos, sobre todo en los países latinoamericanos, la democracia se restringe a la forma, al voto de la mayoría, a los mecanismos de participación democrática como el plebiscito o el referéndum, entre otros.

Una democracia de mínimos al servicio de intereses propios, particulares –exacerbados desde la modernidad con el neoliberalismo– en la que prevalece el beneficio económico y en la que se “utiliza la estrategia de la productividad,

que a su vez procura maximizar la eficiencia” (Bartolomé Ruiz, 2007, p. 529). Es decir, una sociedad que desde la modernidad ha buscado una mayor rentabilidad o provecho del individuo para fortalecer el poder de algunos. En este escenario, el Estado ha transformado su rol y ha cedido poder a ciertos particulares que, cada vez más, han buscado incrementarlo.

Desde el análisis de la biopolítica, algunos autores<sup>2</sup> han evidenciado el desarrollo de técnicas de control de la población<sup>3</sup> para acrecentar dicho poder, como ha sucedido con los sistemas de seguridad y vigilancia privadas legales e ilegales que, bajo el escudo de la seguridad ciudadana, lesionan principios fundamentales, como la dignidad, la igualdad, la libertad, la confianza y la previsibilidad (Mathiesen, 2014). En el mismo escenario, Wacquant (2004) se ha referido al control de la población a través de sistemas de recolección de información, exacerbados desde el 11 de septiembre de 2001 y ha denominado esta práctica como un “social-panoptismo” (p. 125).

Una democracia de mínimos que además se caracteriza por un excesivo individualismo, que no permite articular “una respuesta [...] a la noción de lo colectivo en las sociedades actuales” (Pérez de la Fuente, 2005, p. 16). Es decir, se trata de una democracia que ha abandonado el elemento colectivo que permite la cohesión social y en la que el principio de autonomía resulta determinante para la construcción de la moralidad e identidad individual. Una democracia en la que se abandona el principio de autenticidad, uno

---

2 MICHEL FOUCAULT, GIORGIO AGAMBEN, CASTOR BARTOLOMÉ, GILLES DELEUZE, BYUNG-CHUL HAN, entre otros.

3 Como técnica de la biopolítica, cuyo objetivo es el de gobernar la vida humana de las poblaciones (BARTOLOMÉ RUIZ, 2007, p. 526).

de los principios esenciales del comunitarismo<sup>4</sup> y referente fundamental de lo identitario y de la pluralidad (Pérez de la Fuente, 2005, p. 24). De ahí que resulta interesante la crítica que hacen algunos autores<sup>5</sup> como Michael Sandel (2000), Charles Taylor (1996) y Michael Walzer (1997) al abogar por una concepción comunitaria que confronte el individualismo propio del Estado Liberal, no para vencerlo, sino –como lo señala Pérez de la Fuente– para “reinterpretar” los valores o reedificar los argumentos que soportan tal modelo de Estado al incluir el sentido colectivo (Pérez de la Fuente, 2005, p. 142).

Y es que el reconocimiento del elemento colectivo permite una mayor articulación entre el individuo y la comunidad y traen como resultado el surgimiento de deberes comunitarios con los otros, como el respeto; y principios como la fraternidad, el sentido cívico y la solidaridad entre sus miembros, en busca del bien común. Estas características son más visibles en las sociedades tradicionales que en las sociedades modernas y posmodernas (Bartolomé Ruiz, 2007). En la actualidad la democracia formal legitima intereses individuales y particulares y descuida principios

---

4 “El comunitarismo se distingue por una reformulación de la moral, que no se relaciona con principios abstractos y universales como su rival el liberalismo, sino que pretende fundar la moral en pautas nacidas, practicadas y aprendidas dentro de la cultura de una comunidad. La concepción del ciudadano que surge desde la perspectiva comunitarista es muy distinta a la liberal, y se caracteriza por otorgar una importancia fundamental a la pertenencia del individuo a una comunidad específica” (JUÁREZ, 2010, pp. 154-155).

5 Es importante señalar que estos autores no se reconocen dentro de etiqueta comunitaristas. Ha sido la academia quien los ha inscrito en esta concepción por compartir rasgos comunes. Por ejemplo, Sandel señala que tal etiqueta “puede llevar a conclusiones erróneas”, ya que su postulado parte de la idea de que los “derechos deben apoyarse en valores y preferencias que prevalecen en cualquier comunidad dada en cualquier tiempo dado” (PÉREZ DE LA FUENTE, 2005, p. 15).

como el de autenticidad y confianza, que resultan fundamentales en la construcción de la identidad, con referente en “el otro”. Es decir, en la capacidad que tienen los individuos de reconocerse y ser reconocidos en la comunidad (Chihu Amparán & López Gallegos, 2007, p. 143). Lo que desde el comunitarismo se conoce como la “tesis social del yo situado” (Pérez de la Fuente, 2005) que permite la afirmación de principios como el pluralismo, relevante en el reconocimiento de minorías (comunidades, pueblos indígenas) y que hace parte de los criterios de evaluación de la democracia en un régimen político (Bovero, 2014, pp. 15-27).

No obstante la inclusión del elemento colectivo en el modelo de Estado y la garantía de las libertades y de los derechos civiles, políticos, individuales y sociales, para que exista una democracia se requiere de ciudadanos que además de tener información política adecuada, tengan incidencia. Esto es, que participen no solo haciendo parte de las estructuras políticas, como las partidistas, sino que tomen decisiones y de ser necesario las modifiquen (Pasquino, 2014, p. 45). La participación ciudadana en política es un derecho y un ejercicio democrático que, tal como lo señala Criado de Diego (2014), es el “[único] mecanismo de control social, para intentar que las instituciones, la política y la economía respondan a las determinaciones sociales: para que el Estado no sea un ente autónomo sino un instrumento de la sociedad que se organiza políticamente a través de él” (pp. 17-18).

Una democracia de mínimos, sin un elemento colectivo preponderante y sin incidencia ciudadana, es un caldo de cultivo para el abuso de poder de las estructuras dominantes neoliberales. Es el espacio ideal para el pensamiento irreflexivo, la pérdida de autonomía, la dominación de dispositivos de control que alteran la conciencia y la

racionalidad de los individuos. Como resultado de esto, también se alteran las respuestas a los conflictos, se hacen más represivas, jerarquizadas, selectivas, peligrosistas e indolentes, tal como se analizará a continuación.

## 2.2. El control y los dispositivos de poder

Ahora bien, esta democracia formal, con una amplia dosis de cesión de poder hacia el sector privado se ha nutrido, como lo señala Foucault (2007), de la aplicación de “dispositivos” como instrumentos técnicos para el control de la población (p. 213). Dispositivos que en palabras de Agamben<sup>6</sup> (2011) son “todo aquello que tiene, de una manera u otra, la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, las conductas, las opiniones y los discursos de los seres vivos” (pár. 6). Dispositivos que buscan maximizar los beneficios de algunos, a través de técnicas de control del tiempo, de la calidad, de la producción, de la gestión y de la creatividad (Bartolomé Ruiz, 2007, p. 530).

Estos dispositivos de poder se han ido transformando. Así, en la modernidad se caracterizaron por ser estructuras de control cerrado –la cárcel, la escuela, el cuartel, el asilo y la fábrica–, en las que se impuso la disciplina como forma de dominación y regulación de los individuos con el propósito de homogenizarlos y lograr mayor efectividad en sus propósitos. En la posmodernidad los dispositivos de poder se han cualificado hacia el “control abierto y continuo” impulsados por el desarrollo tecnológico, y como diría Deleuze (1990), no por ello, mejores o peores. Al fin y al cabo, un control. Menos visible, pero permanente, que

---

6 Siguiendo el concepto de dispositivo de FOUCAULT.

usa la tecnología, la microelectrónica y la comunicación para hacerse más efectivo e implacable. Sin que por ello hayan dejado de coexistir los dispositivos disciplinares clásicos: en la actualidad convergen múltiples dispositivos, unos más eficaces que otros, unos más tangibles que otros, pero todos encaminados a mantener el control de la población.

En la sociedad actual emergen dispositivos “invisibles” que se legitiman por la necesidad de una adaptación flexible<sup>7</sup> a los procesos esenciales de la vida humana, como la comunicación, la interacción, el trabajo, la educación y la solidaridad, que buscan la máxima producción de los individuos en los distintos ámbitos, tanto públicos como privados (Bartolomé Ruiz, 2007, p. 529).

La globalización, los avances tecnológicos (computadores portátiles, teléfonos inteligentes, etcétera) y la proliferación de medios de comunicación masiva y redes sociales (WhatsApp, Instagram, Facebook, etcétera) han hecho que los dispositivos de poder sean cada vez más abiertos, y que el uso de la fuerza sea cada vez menor, y mayor el de la persuasión. Para Byung-Chul Han (2013), la sociedad está ante un panóptico digital, pero a diferencia del propuesto por Bentham, en este se pierde la consciencia de ser vigilado (p. 89). Es así como estos dispositivos han ido controlando las conductas, las opiniones, las relaciones e interacciones y al no ser dispositivos cerrados, pareciera en principio que el individuo es más *libre*, pero en realidad está más controlado.

Esta distorsión de la percepción de libertad resulta perversa ya que tergiversa la consciencia del individuo al sentirse autónomo, conforme e incluido. En consecuencia, este control social genera:

---

7 En palabras de BARTOLOMÉ RUIZ (2007, p. 529).

1. “Cuerpos dóciles” (Foucault citado por Agamben, 2011, p. 9), obedientes, sometidos, irreflexivos, que reafirman el *statu quo* de la estructura social. Ante la ausencia de pensamiento crítico, la posibilidad de confrontación y cuestionamiento de las estructuras de poder es mínima. Como también lo es la posibilidad de crear cambios o transformaciones en las mismas. Se genera un efecto narcotizante, como lo señalaron Lazarsfeld & Merton en 1977, al referirse a los medios de comunicación masiva. Ya desde esa época se percibía un efecto abusivo contra el individuo consistente en proveerlo de vasta información, desinformación y deformación<sup>8</sup> para generar una alta abstención al decidir, al asociarse, al resistir y al actuar en contra de dichas estructuras. Byung-Chul Han (2013) se refiere a esta como una sociedad que se mide tan solo “en la cantidad y la velocidad de intercambio de información”, pero que no llega a ninguna verdad, porque “le falta la dirección”, el “sentido” (p. 23).

2. Pérdida de la identidad cultural de los distintos grupos poblacionales. Las dinámicas de inducción y extensión de los dispositivos de poder en mención niegan la construcción de identidad con el otro, el “yo situado” en la colectividad, en lo local, en lo regional, al que se hizo referencia en el acápite anterior. De esta manera, estos dispositivos de poder han reforzado el individualismo dentro del Estado liberal y han ido homogenizando los elementos que conforman la sociedad, como las normas, las sanciones, los valores, los símbolos, el idioma, etcétera. Como lo señalan Tahull, Molina Luque & Montero (2016) “la globalización [ha] [construido] un mundo cada vez más parecido” (p. 32).

---

8 Deformación es una palabra que utiliza FERRAJOLI (2011) al referirse a la televisión y el derecho a la educación pública.

3. Hay menos posibilidades de encontrar “actores colectivos”, es decir, aquellos actores que permiten diferenciar las colectividades definidas de otros grupos de individuos (Melucci, 2010, p. 42). Este autor considera que un actor colectivo tiene la capacidad de generar acciones colectivas y para lograrlas cuenta con identidad, autonomía y reconocimiento (Chihu Amparán & López Gallegos, 2007). Sobre la identidad, Melucci (2010) señala que esta característica resulta esencial, ya que permite que la colectividad haga una definición consciente de sí misma y se reconozca como “un nosotros colectivo”, a través de un proceso de construcción social de estructuras del conocimiento comunes que se nutre de interacciones, negociaciones y reconocimiento emocional (p. 43). Así mismo, la identidad requiere de “tres elementos: a) la permanencia de una serie de características a través del tiempo; b) la delimitación del sujeto respecto de otros sujetos, y c) la capacidad de reconocer y de ser reconocido” (Chihu Amparán & López Gallegos, 2007, p. 143).

Rasgos de las colectividades que con la globalización y los dispositivos tecnológicos de poder han ido desapareciendo, de tal manera que la posibilidad de reconocer hábitos, costumbres o características particulares y de definirse como sujeto colectivo, cada vez es menor. Al igual que la capacidad de aceptarse como parte de una comunidad y de ser aceptado por los miembros de la misma. Como lo señala Byung-Chul Han, en la sociedad de la hiperinformación e hipercomunicación “surgen solamente *acumulaciones* o *pluralidades* casuales de individuos aislados para sí, de *egos* que persiguen un interés común, o se agrupan en torno a una marca (*Brand communities*) [...] “sin ninguna condensación interna” (Han, 2013, p. 93). El debilitamiento del tejido social en las comunidades locales, regionales, rurales y urbanas es mayor, y es más difícil y complejo

encontrar “un nosotros colectivo” nutrido de actores que cuestionen las estructuras sociales y reivindiquen los derechos individuales y colectivos.

De otra parte, es importante mencionar que estas dinámicas de control se ejecutan a través de prácticas de exclusión e inclusión que se imponen a la población con mayor facilidad, por tener interconectados el ámbito público y privado de la vida (Bartolomé Ruiz, 2007, p. 537). Sin duda, esta máxima interrelación ha fortalecido la capacidad de maniobra del poder, en tanto que no solo se controla al individuo en la esfera institucional sino también en la social. De tal suerte que, si el individuo incumple los estándares requeridos, se le excluye, pero no solo de la corporación, de lo institucional, sino de la esfera social. Esta es otra particularidad del accionar de los dispositivos de poder, ya que “la realidad social” no está separada de los otros ámbitos de relación: “todos los sectores están estrechamente relacionados” (Tahull, Molina Luque, & Montero, 2016).

Por ello, Castor Bartolomé Ruiz (2007), en relación con las nuevas tecnologías, señala que estas han “[abierto] un horizonte inimaginable de posibilidades de aumentar y perfeccionar el control social sobre la vida humana” (p. 538). El control de los dispositivos de poder resulta implacable y neutralizador. En consecuencia, se prevé una sociedad con mayor número de individuos acrílicos, sin cohesión e identidad. Cada vez habrá menos posibilidad de una acción organizada, de participación activa en la sociedad y de más “saber pasivo” de los individuos que la conforman (Lazarsfeld & Merton, 1977).

### *2.2.1. Los dispositivos de poder y el populismo punitivo*

Este control de la población, poco visible y globalizado, se ha caracterizado por mantener el poder de algunos sobre

otros a través del miedo, de la sospecha al diferente, de jerarquizar los bienes jurídicos (Cita Triana & González Amado, 2017) y de evitar la empatía con el otro (Larrauri, 2009, p. 116). El sentimiento de miedo e inseguridad por el infractor de los bienes jurídicos, aunado a la irreflexión y sumisión de los individuos en la sociedad, han sido determinantes para posicionar la cultura del control (Garland, 2005), el “populismo punitivo” (Bottoms, 1995, p. 35) o “populismo penal”<sup>9</sup> (Ferrajoli, 2014).

Los dispositivos de poder y la cultura del control han hecho que el individuo exprese las emociones de ira, resentimiento y venganza frente a la puesta en escena del delito, mientras que a los dueños y administradores de los dispositivos de control les produce un alto índice de audiencia en la opinión pública. En palabras de Garland (2005, p. 263), estos medios se concentran en “representa[r] típicamente el delito”, ya que más que una experiencia pública lo hacen “una experiencia con una profunda resonancia psicológica” que busca entre sus reacciones perturbar a la comunidad con la peligrosidad que simboliza el infractor penal y evitar que se tenga cualquier rasgo de empatía con él. Es así como los gobernantes de turno han aprovechado al máximo tal situación para beneficiarse de réditos electorales, en tanto que son conscientes de que “el miedo siempre ha sido el principal recurso y fuente de poder” (Ferrajoli, 2014, p. 103).

El drama que representa el delito y la peligrosidad del infractor ha generado varios efectos en el derecho penal, entre ellos (Ferrajoli, 2014; Larrauri, 2006; Cita Triana & González Amado, 2017; entre otros): 1) el fortalecimiento

---

9 Expresión que FERRAJOLI cita de DENIS SALAS y que retoma EDUARDO JORGE PRATS (2008).

de la selectividad del derecho penal y la exacerbación del sentimiento de sospecha que refuerza la construcción de perfiles de “enemigos”; 2) la jerarquización de bienes jurídicos; 3) la afectación a la garantía de derecho penal de acto; 4) la afirmación del sentimiento de venganza y la dificultad de crear lazos de empatía con el infractor penal; 5) la afectación del fin resocializador de la pena, 6) el reforzamiento de la categoría de víctima en perjuicio de los derechos del victimario, y 7) el mantenimiento de la cárcel y el aumento desproporcionado de penas como principales acciones punitivas de control.

Pues bien, uno de los principales efectos de la “escena” del delito es que el derecho penal se ha legitimado en su mayoría por neutralizar a los pobres<sup>10</sup>, los marginados, los “no garantizados”<sup>11</sup>, los diferentes o los “subhumanos”<sup>12</sup> y por acentuar su ejercicio desproporcionado. Las cárceles están en su mayoría llenas de insatisfechos de necesidades básicas, de los que no tienen garantizados sus derechos económicos sociales y culturales, y de los señalados como diferentes, foráneos, extraños o monstruos.

Otro efecto de la manipulación del delito por los dispositivos de poder es que la cultura del control tergiversa la finalidad misma del derecho penal, frente a la protección de bienes jurídicos tutelados, ya que “jerarquiza unos bienes” sobre otros (Cita Triana & González Amado, 2017). Esta situación desfigura la finalidad del derecho penal, en tanto que hace que este concentre su accionar en proteger unos derechos y en relegar otros. Así, la propiedad privada, y en general el patrimonio económico, serán protegidos de

---

10 El rechazo al pobre según ADELA CORTINA (2017).

11 En palabras de PAVARINI (1998, p. 75).

12 FERRAJOLI (2014).

manera vehemente, mientras otros bienes jurídicos como la administración pública, parecieran no tan relevantes al ser flexibles en la imposición de las penas privativas de la libertad o en la menor cantidad de pena, como sucede con los delitos de “cuello blanco”. Por ejemplo, entre los años 2000 y 2015<sup>[13]</sup> se realizaron siete reformas legislativas al bien jurídico contra el patrimonio económico que tuvieron como propósitos criminalizar nuevas conductas y aumentar las penas de algunos delitos. Mientras que hubo tres reformas legislativas para el bien jurídico de la administración pública con este propósito, una de ellas, la realizada con la Ley 1288 de 2009, fue declarada inexecutable. Es decir, en 15 años hubo dos reformas para este último bien jurídico (Cita Triana & González Amado, 2017).

Esta distorsión en el imaginario colectivo es otro mensaje del populismo penal: creer que solo hay que perseguir a los no garantizados. De ahí que se afirme que el derecho penal ha abandonado una de sus principales garantías, el

---

13 Por ejemplo, entre los años 2000 y 2005 el bien jurídico de la administración pública no tuvo ninguna modificación mientras que el bien jurídico del patrimonio económico tuvo tres modificaciones legales, dos de ellas (Ley 733 de 2002, Ley 813 de 2003) buscaron criminalizar y aumentar las penas del delito de hurto calificado y la extorsión.

Entre los años 2006 y 2010 el bien jurídico de la administración pública tuvo una modificación (Ley 1288 de 2009) que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C-913 de 2010), mientras que el bien jurídico del patrimonio económico tuvo dos modificaciones legales (Ley 1032 de 2006, Ley 1142 de 2007, Ley 1324 de 2009) que buscaron criminalizar y aumentar las penas del delito de protección de los derechos de autor, del delito de prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, del hurto calificado.

Durante los años 2011-2015 el bien jurídico de la administración pública tuvo dos modificaciones (Ley 1453 de 2011 y Ley 1474 de 2011) y el bien jurídico del patrimonio económico también presentó dos modificaciones legales (Ley 1453 de 2011 y Ley 1474 de 2011) sobre los delitos de usurpación de inmuebles, la estafa, utilización indebida de información privilegiada (CITA TRIANA & GONZÁLEZ AMADO, 2017).

ser de acto, y ha pasado a ser, nuevamente, de autor. Dicho en otras palabras, la posmodernidad ha retrocedido frente a una garantía histórica ganada y está aplicando el derecho penal no por el acto o daño ocasionado, sino por las características personales de quien lo ocasionó. Y por ello, este derecho “se ha convertido en el espacio de la máxima desigualdad y discriminación” (Ferrajoli, 2014, p. 106).

En este escenario de inmediatez visual del delito y de jerarquización de algunos bienes jurídicos se acrecienta la venganza contra el infractor penal, esa es la regla general. Este sentimiento emerge sin mayor dificultad, mientras que la empatía con el victimario se reprime y se cohibe. La no contención de la venganza atenta contra el fin resocializador de la pena y legitima la neutralización del infractor. De este modo se evita el tratamiento penitenciario y la reintegración del infractor a la sociedad (Larrauri, 2006). Con una salvedad: en una sociedad neoliberal que privilegia ciertos derechos, hay mayor cercanía con los infractores de “cuello blanco” y, en este sentido, el trato punitivo hacia ellos será más humano y benévolo. Así, se dispone de lugares de reclusión con mejores condiciones de habitabilidad, como las llamadas “casas fiscales”; de tener algunos privilegios como el contar con un mayor número de días de visita de familiares o amigos, y de acceder a teléfonos móviles, internet, etcétera. Situaciones que deberían hacerse extensivas a todos los internos y no a algunos<sup>14</sup>.

---

14 Han sido tan conocidos los privilegios que tienen los infractores de “cuello blanco” que en la Consulta Popular Anticorrupción promovida para el 26 de agosto de 2018 se le pregunta a la población “¿Aprueba usted que las personas condenadas por corrupción y delitos contra la administración pública deban cumplir la totalidad de las penas en la cárcel, sin posibilidades de reclusión especial, y que el Estado unilateralmente pueda dar por terminados los contratos con ellas y con las personas jurídicas de las que hagan parte, sin que haya lugar a indemnización alguna para el contratista

Otro efecto de los dispositivos de poder frente al delito es mantener a la sociedad lejos del elemento comunitario, es decir, de la construcción de su identidad con el otro. De esta manera hay mayor espacio para la configuración de enemigos y para la construcción de perfiles peligrosos, y mayor severidad en la imposición del sistema penal. Esta distancia con la comunidad, con lo colectivo, inhibe la construcción de tejido social, la posibilidad de identificarse con el otro, de reconocerse y ser reconocido, de contar con actores sociales esenciales en la solución pacífica de conflictos, y en cambio genera un ambiente propicio de indiferencia y de aversión al otro, que resulta determinante en el juzgamiento e imposición desproporcionada de la pena, sobre todo con la delincuencia callejera.

El espectáculo del delito también valida la categoría dicotómica de bueno y malo, víctima y victimario, enemigo y vengador (Orozco, 2003). Según Garland, “a medida que se concibe al transgresor como alguien que carece de valor, los intereses de la víctima se expanden para cubrir dicho vacío” (Garland, 2005, p. 296). Ese desvalor del victimario ha generado, de manera equivocada, que el reconocimiento de derechos de la víctima sea excluyente de los derechos de este (p. 297). Y se valide la ecuación de manera desacertada de que a mayor afirmación de los derechos de las víctimas menor sea el reconocimiento de los derechos del infractor penal. Como si el contenido de unos derechos extinguiera el de los otros.

---

ni posibilidad de volver a contratar con el Estado?”. Pregunta n.º 2 del Tarjetón electoral consulta anticorrupción, recuperado el 8 de agosto de 2018 de [https://www.vencealcorrupto.com/wp-content/uploads/2018/07/tarjeton\\_electoral\\_consulta\\_anticorrupcion\\_20180718.pdf](https://www.vencealcorrupto.com/wp-content/uploads/2018/07/tarjeton_electoral_consulta_anticorrupcion_20180718.pdf)  
Así mismo, *REVISTA SEMANA* (2016) y *MEDINA JIMÉNEZ* (2015).

Por último, otro efecto de la representación del delito es que las dinámicas de control de los dispositivos de poder establecen entre las acciones punitivas el mantenimiento de la prisión y el aumento desproporcionado de las penas. Estas son tan solo dos de las formas en las que la institucionalidad evidencia cuan controladora y punitiva es, sin perjuicio de otras formas formales e “informales” que demuestran este proceso, como el incremento de los sistemas de seguridad y vigilancia privada que traspasan la legalidad y afectan la seguridad personal y jurídica. Pero, como lo señala Larrauri (2006, p. 18), sin duda, la institución esencial del populismo es la cárcel, ya que desde lo formal permite mostrar la dureza del Estado ante el delito y la severidad de su castigo.

La desproporción en el aumento de la pena de prisión se hace incuestionable como dispositivo de control de la población. La cantidad de pena de prisión cada vez es mayor. Por ejemplo, desde el Código Penal de 1936, en Colombia la pena de prisión ha aumentado de modo considerable, así: en este código el máximo de la pena de prisión fue de 24 años; en el Código Penal de 1980 se incrementó a 30 años de prisión; con la Ley 40 de 1993 (ley contra el secuestro) se duplicó el máximo de la duración de la pena de prisión a 60 años; con el Código Penal de 2000, la pena de prisión quedó en principio en 40 años, pero se incrementó con la Ley 890 de 2004 a 50 años de prisión (por la modificación del Art. 37 del Código Penal). Además, con dicha ley se modificó el Artículo 31 del Código Penal y se fijó el límite de la pena en caso de concurso de delitos a 60 años. En 2011, la Ley 1453 incluyó en el Código Penal (2000) el Artículo 188 C (“Tráfico de niños, niñas y adolescentes”) que asignó una pena de prisión de 30 a 60 años y que la incrementó por circunstancias definidas en la ley hasta la mitad, es decir, hasta 90 años. De esta manera, se pasó de

24 años de prisión hasta 90 años (Cita Triana & González Amado, 2017).

Otra muestra del encarcelamiento como principal sanción en Colombia es el abuso de la detención preventiva. En el Código Penal de 2000, de 471 delitos establecidos solo 103 contemplaban una pena mínima mayor o igual a cuatro (4) años de prisión, lo que significa que solo el 21,8% cumplía con el requisito procesal para imponer la detención preventiva. Situación que cambió en 2016, ya que aumentó la criminalización en un 33% y de los 631 delitos identificados en el Código Penal, 390 tienen pena de prisión con un mínimo mayor o igual a cuatro (4) años. Es decir, el 61,8% de los delitos cumplen con el requisito procesal para imponer la detención preventiva (Cita Triana & González Amado, 2017). Lo que demuestra una cultura imperante del castigo, cada vez más vengativa, ya que además de criminalizar más conductas crea la percepción de que la defensa en libertad es injusta y por ello la sociedad rechaza medidas de aseguramiento diferentes al encarcelamiento.

### 3. LA JUSTICIA TRANSICIONAL, UN ESPACIO DE DELIBERACIÓN Y RESISTENCIA AL POPULISMO PUNITIVO

#### 3.1. La necesidad de un espacio de deliberación

Ante un intenso y exagerado escenario del delito mediatizado con las tecnologías de la información y la comunicación, es necesario construir espacios de ética y deliberación que permitan cuestionar las distintas estructuras de poder y control. Más aún si estas tecnologías, como se analizó, se legitiman por las necesidades humanas básicas indispensables para lograr una mínima productividad y se perciben no violentas, comunes e invisibles con el fin de evitar que el individuo ejerza alguna acción en su contra.

Se requieren espacios de discusión para evitar la asimilación de los individuos a una cultura que promueve la indignidad, el miedo, la peligrosidad y el castigo. Así mismo, tales lugares son necesarios para impedir que se refuerce la experiencia psicológica entre buenos y malos y la libertad personal y la dignidad humana sean tratadas como excepciones. Como si en la cárcel, último eslabón del sistema penal, el ser humano dejara de serlo. De ahí que señale Castor Bartolomé Ruiz (2017) “nadie nace libre, la libertad se construye” y en esa medida la libertad no debe ser tratada como un don sino como un proceso de aprendizaje en el que los espacios de reflexión sean esenciales para repeler la sumisión, edificar una base social crítica que reconozca estructuras de control y limiten su alcance (Bartolomé Ruiz, 2017).

Considerar estos lugares es fundamental para reivindicar la identidad individual y colectiva, para resistirse a los procesos avasallantes de homogenización, uniformación<sup>15</sup> o asimilación que conllevan los dispositivos de poder tecnológicos y los medios de comunicación masiva en la era de la globalización. Estos lugares, además de afianzar la identidad, resultan fundamentales para fomentar la creatividad limitada por las estructuras de control. De esta manera, una sociedad que, en principio, es altamente punitiva, tiene la posibilidad de innovar sobre medidas responsabilizantes distintas de las penales y de lograr respuestas restauradoras y reparadoras. Y para ello se requiere, como lo señala Castor Bartolomé, de la función limitadora del Derecho, ya que pese a ser este un dispositivo de poder, tiene entre sus funciones limitar el control sobre la vida humana. Es decir, el derecho es un instrumento llamado a establecer

---

15 Uniformación como transparencia según señala HAN (2013, p. 13).

“las condiciones mínimas y máximas de la explotación o de la utilización instrumental de la vida” (Bartolomé Ruiz, 2007, pp. 543 y ss.).

Pues bien, uno de los lugares de deliberación en Colombia ha sido la justicia transicional, en tanto que los individuos o actores que la conforman se han resistido a un ámbito meramente punitivo, como a continuación se analizará.

### **3.2 La justicia transicional, un paradigma contra el populismo punitivo**

#### *3.2.1. Acceso a la justicia: un derecho y una obligación*

El acceso a la justicia del que ha sido conculcado en sus derechos fundamentales contempla, por una parte, *el derecho* de acceder a la justicia y, por otra, *el deber* del Estado de garantizar el acceso a un recurso judicial efectivo y, con él, la obligación de investigar, enjuiciar, sancionar a los responsables y reparar a las personas afectadas (Caro Coria, s. f., p. 1041).

El derecho a la justicia ha sido entendido como la posibilidad que tiene el individuo de ser escuchado<sup>16</sup> y de

---

16 Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos: “Art. 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter [...]”.

Art. 25. “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

“refutar con argumentos fácticos, probatorios y jurídicos ante una instancia judicial o administrativa sus derechos vulnerados, para obtener de manera eficaz reconocimiento, protección y reparación de los mismos” (Moncayo Albornoz A., 2009, p. 172). La doctrina<sup>17</sup> y la jurisprudencia<sup>18</sup> han reconocido que para que se garantice el derecho de acceso a la justicia no es suficiente con accionar el sistema jurisdiccional, sino que se requiere del cumplimiento de varios derechos que conforman su contenido, así: (i) *derecho de acceso a un órgano jurisdiccional*, con las garantías de un tribunal independiente, imparcial y competente. (ii) *derecho a participar*<sup>19</sup> *en el proceso y a que las pretensiones solicitadas se desarrollen de conformidad con las normas del debido proceso*. (iii) *Derecho a obtener un fallo en firme, ejecutable y en un plazo razonable*. Este es el contenido material<sup>20</sup> del derecho al

---

2. Los Estados partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

17 Véase GARCÍA RAMÍREZ (s. f.).

18 Voto concurrente razonado del juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (vicepresidente), Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafo 5; voto disidente del juez ANTONIO CASCADO TRINDADE, párrafo 2, caso Cinco pensionistas contra Perú, Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 02; Sentencia C- 454 de 2006; Sentencia C-209 de 2007, entre otras.

19 “La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho al acceso a la justicia tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal y *el derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo*”. Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007 [cursivas fuera del texto].

20 Acceso formal y material a la justicia “Formal, como derecho de plantear contiendas, probar los hechos y las razones y alegar en defensa de las correspondientes pretensiones; material, como derecho a obtener una sentencia

acceso a la justicia, es el derecho a una respuesta eficaz sin dilaciones injustificadas y con las garantías propias de un debido proceso. Tal como lo señala Sergio García Ramírez al referirse a la sentencia: “Sin esto último, aquello resulta estéril: simple apariencia de justicia, instrumento ineficaz que no produce el fin para el que fue concebido”<sup>21</sup>.

En este escenario, el Estado resulta ser un instrumento legítimo y esencial en la materialización de este derecho, ya que de no garantizarlo somete a quien lo alega a un estado de indefensión. Por ello, el derecho internacional y sus instrumentos internacionales<sup>22</sup> han contemplado la

---

favorable a las pretensiones justas” (GARCÍA RAMÍREZ, 1997, pp. 22-23; GARCÍA RAMÍREZ, 2004).

- 21 Voto concurrente razonado del juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (vicepresidente), Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafo 5. En el mismo sentido SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (2005).
- 22 Entre otros: la Convención Americana sobre Derechos (Artículo 1.1); la Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas (Artículo 1); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Artículo 1); el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (Artículo 2) y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, entre otros. Obligación explícita en el Comité de Derechos Humanos. Observación 20 al Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Garantía de protección de los derechos humanos ha sido explícita en la Observación 20 al Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos manifestó expresamente: “El artículo 7 debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. [...] El derecho a presentar denuncias contra los malos tratos prohibidos por el artículo 7 deberá ser reconocido en derecho interno. Las denuncias deberán ser investigadas con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes a fin de que el recurso sea eficaz. [...] El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a

obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables y de reparar a la víctima por la vía judicial. Obligación que se acentúa al tratarse de violaciones de derechos humanos. Por tal razón esta obligación debe ser emprendida con seriedad y efectuada en un plazo razonable. La Corte Constitucional así lo ha señalado:

El Estado tiene un deber mayor de investigar, ya que se trata de violaciones que generan más dolor a las víctimas, así: “los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. *Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas* o perjudicados por ese comportamiento. Igualmente, *la obligación estatal de investigar los hechos punibles* es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, *a fin de lograr la vigencia de un orden justo*”<sup>23</sup> [cursivas añadidas].

---

una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”. Comité de Derechos Humanos. Observación 20 al Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párr. 14 y 15.

- 23 Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 2003 (M. P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Demanda de inconstitucionalidad del Artículo 220 numeral 3º parcial de la Ley 600 de 2000 o código de Procedimiento Penal). En el mismo sentido, resulta importante señalar la Sentencia 979 de 2005 (M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO), al consagrar el deber del Estado de investigar con mayor rigor las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario ya que dichas violaciones además de generar mayor daño a las víctimas “entrañan un enorme poder desestabilizador en el seno de una colectividad”. Así mismo se señalan: Sentencia C-370 de 2006 (M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA y otros); y C-575 de 2006 (M. P. ÁLVARO TAFUR GALVIS). Estas últimas respecto de la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 975 de 2005.

Incluso algunos organismos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos de la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>24</sup>, han manifestado que el Estado frente a violaciones graves de los derechos humanos debe abstenerse de recurrir a figuras como las amnistías, la prescripción, las medidas de exclusión de responsabilidad o figuras que impidan la persecución penal, entre otras, ya que someten a la víctima a un estado de desamparo o indefensión.

Sin embargo, en procesos de transición hacia la paz o a un régimen democrático, la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables puede limitarse parcialmente, como consecuencia del proceso de reconciliación social (Gómez Isa, 2007, p. 35). Otros

---

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, “el Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos surta los debidos efectos. Además, deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria, ‘Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana’”. Del mismo modo, este Tribunal en la Sentencia del Caso Barrios Altos contra Perú, al referirse a la compatibilidad de las leyes de amnistía números 26.479 y 26.492, señaló: “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos [...] Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables por las violaciones de los derechos humanos, ya que obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”.

autores como José Zalaquette (1995) consideran que los Estados tienen un margen más amplio y, por lo tanto tal obligación puede limitarse en mayor medida, y dependerá de las necesidades individuales y colectivas de justicia de cada Estado (pp. 6 y ss.).

En Colombia en principio pareciera incuestionable la exigencia de justicia por un conflicto armado de más de 60 años, en el que han existido múltiples victimizaciones contra los derechos humanos y el que ha dejado innumerables víctimas. Sin embargo, la necesidad de paz y reconciliación en el país ha llevado a la instauración de un proceso de justicia transicional en el que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación ceden ante la desmovilización y la reintegración de los grupos armados ilegales. En 2005 los grupos paramilitares se desmovilizaron con la Ley 975 de 2005, y en el 2017 las Fuerzas Armadas Revolucionarias iniciaron los procesos de justicia y reparación pertinentes. En cada una de estas experiencias han existido limitaciones al derecho a la justicia y a la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos. Los siguientes son algunos de los casos en los que se evidencia tal situación:

- El proceso de desmovilización con los paramilitares, con la Ley 975 de 2005 y su reforma –Ley 1592 de 2012–, introdujo: (i) la priorización de procesos en la Fiscalía General de la Nación, a través de las Directivas 0001 de 2012 y 002 de 2015, y (ii) una reducción de la pena de prisión: a una pena máxima de 8 años para los paramilitares que se postularán a dicho procedimiento.
- El Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera para la

## desmovilización de las FARC<sup>25</sup>, contempló: (i) la posibilidad de otorgar un indulto o amnistía lo “más amplia posible”

---

25 “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” promovido por el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos, Artículo 23. “A la finalización de las hostilidades, de acuerdo con el DIH, el Estado colombiano puede otorgar la amnistía ‘más amplia posible’. A los rebeldes que pertenezcan a organizaciones que hayan suscrito un acuerdo final de paz, según lo establecido en el numeral 10, así como a aquellas personas que hayan sido acusadas o condenadas por delitos políticos o conexos mediante providencias proferidas por la justicia, *se otorgará la más amplia amnistía posible, respetando lo establecido al respecto en el presente documento, conforme a lo indicado en el numeral 38*” [cursivas fuera de texto]. Y el Artículo 24 estableció: “La Constitución permite otorgar amnistías o indultos por el delito de rebelión y otros delitos políticos y conexos”. Y el Artículo 38 señaló: “Conforme a la anterior disposición, se amnistiarán e indultarán los *delitos políticos y conexos* cometidos en el desarrollo de la rebelión por las personas que formen parte de los grupos rebeldes con los cuales se firme un acuerdo de paz. Respetando lo establecido en el Acuerdo Final y en el presente documento, las normas de amnistía determinarán de manera clara y precisa los delitos amnistiables o indultables y los criterios de conexidad. La pertenencia al grupo rebelde será determinada, previa entrega de un listado por dicho grupo, conforme a lo que se establezca entre las partes para su verificación. Entre los delitos políticos y conexos se incluyen, por ejemplo, la rebelión, la sedición, la asonada, así como el porte ilegal de armas, las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario, el concierto para delinquir con fines de rebelión y otros delitos conexos. Los mismos criterios de amnistía o indulto se aplicarán a personas investigadas o sancionadas por delitos de rebelión o conexos, sin que estén obligadas a reconocerse como rebeldes” [cursivas fuera de texto].

Artículo 20. “Las víctimas gozan de los derechos a la verdad, justicia, reparación, y garantías de no repetición. Para garantizar estos derechos participarán en el SIVJRNR conforme a lo establecido en los reglamentos de desarrollo del componente de justicia, y, entre otros, *deberán ser oídas en los supuestos de priorización y selección de casos*. Los reglamentos deberán respetar el derecho de las víctimas a una justicia pronta, cumplida y eficiente”. [cursivas fuera de texto].

Artículos 52 y siguientes del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. *Las sanciones alternativas* se impondrán a quienes reconozcan tardíamente verdad y responsabilidad, antes de proferir la sentencia. Tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años [cursivas fuera de texto].

Las sanciones ordinarias se impondrán a quienes no hayan reconocido responsabilidad y sean condenados por parte del Tribunal. Tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad. En todo

por el delito de rebelión y otros delitos políticos y conexos (Art. 23 y Art. 24); (ii) el principio de priorización y selección de casos en la investigación (Art. 20), y (iii) dos tipos de procedimientos ante la Jurisdicción Especial para la Paz –JEP– con el fin de incentivar el reconocimiento de verdad y responsabilidad por parte de los victimarios:

a) Un procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad en el que se establecieron sanciones propias con contenido restaurativo y reparador (Artículo 60). Se impondrán estas sanciones a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. Las sanciones comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento que sean necesarias para el fortalecimiento del componente reparador. Para quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos, la sanción será de 2 a 5 años.

También están previstas las sanciones alternativas que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de Primera Instancia de Ausencia de Reconocimiento de Responsabilidad, antes de proferir la sentencia. Se impondrá una pena privativa de la libertad de 5 a 8 años, y para quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos, la sanción será de 2 a 5 años.

La JEP determinará las condiciones de restricción efectiva de libertad que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la sanción, condiciones que en ningún caso se

---

caso la privación efectiva de libertad no será inferior a 15 años ni superior a 20 años (GOBIERNO NACIONAL, 2016).

entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes<sup>26</sup>.

b) Un procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, que da lugar a sanciones ordinarias con una pena de privación efectiva de libertad no inferior a 15 años ni superior a 20 en el caso de conductas muy graves. Con la precisión de que el período máximo de cumplimiento de sanciones ordinarias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 20 años.

Es así como las víctimas directas e indirectas de los grupos armados ilegales y la sociedad colombiana han escudriñado el pasado y reflexionado por el futuro. De esta manera se han cuestionado sobre la posibilidad de que ciertas conductas delictivas o victimizaciones no sean seleccionadas por la Fiscalía General de la Nación y, en esa medida, no se conozca la verdad judicial, ni tampoco se obtenga una sentencia condenatoria ni la reparación por esta vía; la aceptación de amnistías en algunos casos; la menor cantidad de pena de prisión, la aceptación de penas distintas a la prisión, como la restricción de libertades y derechos contemplada en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

La justicia transicional ha sido un espacio de creatividad en el que han surgido medidas de reparación y de verdad

---

26 Artículo 60, párrafo tercero: “Restricción efectiva significa que haya mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal, de tal modo que esté en condición de supervisar oportunamente el cumplimiento, y certificar si se cumplió. La JEP determinará las condiciones de restricción efectiva de libertad que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la sanción, condiciones que en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes”.

individuales y colectivas por fuera del sistema penal, como la verdad histórica a través del arte y de las diferentes narrativas, solo por mencionar algunas de las tantas formas de expresión reparadora<sup>27</sup>. También el perdón público ha sido considerado una forma de reparación para las víctimas, en tanto que evoca el reconocimiento del daño y de la veracidad de los hechos victimizantes. El Centro Nacional de Memoria Histórica ha recogido narraciones, vivencias, documentos, etcétera, sobre diversas victimizaciones para develar la verdad y restaurar el tejido social. En otro escenario serían impensables estas medidas de reparación por graves violaciones a los derechos humanos e inimaginable disponer del Derecho como instrumento de poder y control que respalde estas formas de resolución de conflictos. Incluso la justicia transicional ha fomentado, dentro del sistema penal, medidas de reparación para las víctimas –individuales y colectivas– diferentes a la indemnizatoria, como las de restitución, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición, como ha sucedido en las distintas sentencias de justicia y paz<sup>28</sup>.

---

27 *Voces para transformar a Colombia* es la primera exposición del Museo de Memoria Histórica de Colombia, en el marco de la Feria del Libro de Bogotá, del 17 de abril al 2 de mayo. Muchas manifestaciones locales como el Museo de la Memoria de Trujillo.

28 Tribunal Superior de Bogotá, del 29 de junio de 2010 contra los postulados Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquéz Martínez, comandantes del bloque Montes de María (M. P. ULDI TERESA JIMÉNEZ LÓPEZ). Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia del 1 de diciembre de 2011 contra Rubén Peña, Wilmer Moreno Castro, José Manuel Hernández del Bloque Vencedores de Arauca (M. P. LÉSTER MARÍA GONZÁLEZ ROMERO) (CITA TRIANA & GONZÁLEZ AMADO, 2017). Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia del 7 de diciembre de 2011 contra Edgar Ignacio Fierro y Andrés Mauricio Torres (M. P. LÉSTER MARÍA GONZÁLEZ ROMERO). Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia del 16 de diciembre de 2011 contra Freddy Rendón Herrera, alias “El Alemán” (M. P. ULDI TERESA JIMÉNEZ LÓPEZ).

El escenario transicional ha sido un lugar de reflexión y deliberación que ha hecho uso del Derecho<sup>29</sup> para resignificar la vida digna<sup>30</sup> y que se ha ido construyendo con las experiencias internacionales y con la participación de víctimas, organizaciones de víctimas, instituciones del Estado, organismos internacionales, sociedad en general, etcétera, en los escenarios regionales y locales.

Este espacio ha sido un ejercicio que, además de reconocer el daño individual, ha identificado el daño colectivo, sus titulares y los beneficiarios de la reparación. Estos acuerdos no han sido gratuitos y son el resultado de la organización, coordinación y participación en la toma de decisiones de diversos actores rurales y urbanos sobre contenidos reconciliadores, restaurativos y reparadores del daño causado por masacres, violaciones, desapariciones y una serie de delitos en los que la violencia exacerbada fue la característica general. En este escenario transicional la identidad de pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, Rom, mujeres, campesinos, defensores de derechos humanos, reivindicó el pluralismo y la solidaridad frente al daño. Situación similar ocurrió con los actores armados ilegales –autodefensas y guerrillas– y las sanciones establecidas.

Compromisos que aun imperfectos han sido consecuencia del pensamiento crítico, el debate y la confrontación de ideas entre individuos reconocidos como víctimas y victimarios. Experiencia que se podría trasladar a otros escenarios o contexto de victimizaciones, como el de los delitos comunes contra la propiedad privada y el patrimonio económico, en el que el populismo punitivo ha hecho lo

---

29 En especial con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

30 La resignificación del Derecho como instrumento de vida digna (BARTOLOMÉ RUIZ, 2007, p. 542).

propio y reforzado la venganza y la retribución en sujetos dóciles y obedientes que se creen libres.

Sobre todo, la justicia transicional ha visibilizado vulnerabilidades previas a los hechos victimizantes. Es decir, esta justicia ha identificado poblaciones excluidas de la garantía de derechos económicos, sociales y culturales –DESC–. Lo que confirma que las políticas económicas sociales y culturales inciden directamente en la vulnerabilidad o no de las personas destinatarias de estas políticas. Y en la medida que se reconozca esa relación entre garantía de derechos individuales, económicos, sociales y culturales y la situación de vulnerabilidad, serán más idóneas y adecuadas, no solo las formas de reparación para las víctimas, sino las sanciones, penas alternativas o medidas de reintegración para los actores armados. Sin duda la conexión entre DESC y políticas públicas es esencial para lograr una democracia sustancial en un país afectado por más de 60 años de conflicto armado, en el que las políticas públicas de seguridad siempre han sido priorizadas. Sin embargo, esta relación entre garantía de derechos y políticas públicas que pareciera obvia se invisibiliza en los delitos comunes, lo que trae como consecuencia que se impongan, como principales, políticas públicas represivas, que desde luego no restauran ni a la víctima ni al infractor penal. Tal desconexión y desarticulación de políticas no permite una respuesta coherente al delito, a los infractores, a las víctimas y a la democracia.

La sociedad en general también ha participado, aunque no siempre en favor de los acuerdos de paz, ya que como masa “protegida por la invisibilidad” (Zagrebelzky citado por Martínez, 2008, pp. 183-199) le ha sido más complejo identificar contenidos restaurativos, reparadores y reintegradores de sujetos que alguna vez fueron armados. El populismo punitivo frente a esta clase de delitos ha sido

vehemente. Sin embargo, al ser la justicia transicional un proceso constructivo directo entre distintas dimensiones (rurales y urbanas), actores (armados y no armados), culturas (étnicas y no étnicas), intereses (de la víctima individual o colectiva) y disciplinas, los dispositivos de poder no han alienado el pensamiento crítico en su totalidad. Ha sido esta justicia una práctica de resistencia. Así, por ejemplo, el 49,78% de la población colombiana dijo “Sí” al plebiscito del 2 de octubre de 2018, en el que se le preguntó a la población: “¿Apoya [...] el acuerdo final para terminar el conflicto y construir una paz estable y duradera?” Si bien no fue una mayoría, el porcentaje del “sí” fue determinante para evidenciar una tendencia hacia una menor punición y exclusión social en esta clase de victimizaciones y no en otras, que son, incluso menos graves, como las relacionadas con la delincuencia callejera.

Si bien la justicia transicional aún genera resistencia por disidentes herederos de las antiguas violencias<sup>31</sup>, las cesiones acordadas de justicia, las reivindicaciones de derechos de las víctimas, la posibilidad de reintegración de los infractores penales, las distintas formas de reparación introducidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario han sido luchas ganadas en favor de la dignidad de la vida y en contra del miedo, la peligrosidad del actor armado, la represión y el odio retribucionista a ultranza.

---

31 Solo mencionar una de las victimizaciones aún causadas: “Durante el 2015, 472 líderes sindicales, 628 defensores de derechos humanos y 131 periodistas recibieron amenazas, según datos recopilados por la Defensoría del Pueblo, que tiene otros nueve casos en estudio. La ONU denunció en agosto [2016] el asesinato de 69 defensores de derechos humanos y líderes comunitarios en Colombia en los primeros ocho meses del año pasado” [cursivas fuera de texto] (EL ESPECTADOR, 2016). Véase también TELESUR (2018).

#### 4. CONCLUSIONES

1. La justicia transicional ha sido un proceso deliberativo con un fin común, el camino hacia la paz, que ha permitido la convergencia de actores, ideologías y finalidades debatibles. Esta justicia ha sido un espacio de confrontación, reflexión y deliberación sobre unos mínimos en favor de la dignidad humana y en contra del miedo, la peligrosidad del infractor penal, la venganza, la violencia del sistema penal, la privación de la libertad y la exclusión social.

1. Es posible la ruptura de paradigmas represivos, incluso, frente a delitos considerados como graves violaciones contra los derechos humanos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Para lograrlo, se requiere crear y fortalecer espacios de confrontación de ideas, de reflexión y pensamiento crítico para proteger en esencia la vida digna. Estos lugares: (i) fortalecerán la libertad de los individuos; (ii) consolidarán la identidad con un referente en “el otro”; (iii) promoverán actores colectivos que participen en la deliberación, y (iv) permitirán que principios como el de solidaridad emerjan en las instancias públicas y especialmente en las penales.

2. Ante el auge de los dispositivos tecnológicos de la información y la exacerbación del populismo punitivo, el Derecho debe ser un instrumento que además de organizar la sociedad ampare la vida “digna”. Es decir, este debe contemplar entre sus funciones limitar el poder punitivo para lograr priorizar la dignidad en la vida y, en esa medida, considerar humano al infractor y permitir otras formas de resolución de conflictos, diferentes a la prisión como sanción, además de contemplar la reintegración de este a la sociedad.

3. La política criminal debe ser subsidiaria y residual. El populismo punitivo ha llevado al poder a legitimar y mantener la ficción de que las medidas represivas, como la privación de la libertad –en cualquier escenario delictivo, y por largo tiempo–, son el mecanismo adecuado e idóneo para mantener la seguridad y el orden social. Por ende, el fortalecimiento del sistema penal y penitenciario ha sido el núcleo de la política criminal y se han invisibilizado las problemáticas estructurales sociales, económicas y culturales, no solo por dicha política, sino por las correspondientes. De ahí que sea esencial que el Estado priorice y garantice los derechos económicos, sociales y culturales. Solo así se limitará el poder punitivo, se avizorarán otras opciones diferentes a las represivas, como las preventivas, y se logrará una democracia integral y sostenible.

## 5. REFERENCIAS

- AGAMBEN, G. (2011, mayo-agosto). *¿Qué es un dispositivo?* Recuperado el 27 de abril de 2018 de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0187-01732011000200010](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732011000200010)
- BARTOLOMÉ RUIZ, C. M. (2007). Biopoder, alteridad y derechos humanos. En *Cátedra Unesco: El desplazamiento forzado interno en Colombia un desafío a los derechos humanos* (pp. 518-551). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BARTOLOMÉ RUIZ, C. M. (2011a). Crítica a la naturalización biopolítica de la violencia. En *Reorientación de las políticas públicas sobre desplazamiento forzado y justicia transicional* (pp. 257-301). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BARTOLOMÉ RUIZ, C. (2011b, 16 de mayo). Democracia de Mínimos e Negacao dos Direitos Fundamentais. *Fortalecimento Do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos*. Brasil.

- BARTOLOMÉ RUIZ, C. M. (2017). Crisis de la democracia y el estado de derecho (conferencia). Congreso Internacional de Cátedra Unesco: "Las víctimas del conflicto armado, la justicia restaurativa y los derechos económicos, sociales y culturales", 2 de octubre de 2017. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOTTOMS, A. (1995). The politics and philosophy of sentencing. En CLARKSON, CH., & MORGAN, R. (eds.), *The politics of sentencing*. Oxford: Clarendon Press.
- BOVERO, M. (2014). ¿El crepúsculo de la democracia? En BOVERO, M., & PÁEZ, V., *La democracia en nueve lecciones*. Madrid: Trotta.
- CARO CORIA, D. (s. f.). *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 1041. Recuperado de [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- CHIHU AMPARÁN, A., & LÓPEZ GALLEGOS, A. (2007). La construcción de la identidad colectiva en Alberto Melucci. Recuperado el 11 de 11 de 2013, de Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/polis/cont/20071/art/art6.pdf>
- CITA TRIANA, R., & GONZÁLEZ AMADO, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Bogotá: Ibáñez.
- CORTINA, A. (2017). *Aporofobia. El rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.
- CRIADO DE DIEGO, M. (2014). *Participar. La ciudadanía activa en las relaciones estado sociedad*. Madrid: Dykinson.
- DELEUZE, G. (1990). Qué es un dispositivo. En FOUCAULT, M. (comp.). Barcelona: Gedisa.
- EL ESPECTADOR (2016, 16 de marzo). Unión Europea preocupada por asesinatos de defensores de derechos humanos en

Colombia. Recuperado el 15 de junio de 2018 de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/union-europea-preocupada-asesinatos-de-defensores-de-articulo-622626>

FERRAJOLI, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.

FERRAJOLI, L. (2014). Democracia y Miedo. En BOVERO, M., & PAZÉ, V. (eds.), *La democracia en nueve lecciones*. Madrid: Trotta.

FOUCAULT, M. (2007). La "gubernamentalidad". En GIORGI, G., & RODRÍGUEZ, F., *Ensayos sobre biopolítica. Excesos de la vida* (pp. 187-215). Buenos Aires: Paidós.

GARCÍA RAMÍREZ, S. (s. f.). El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos. Recuperado de [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

GARCÍA RAMÍREZ, S. (1997). *Poder Judicial y Ministerio Público* (2ª ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa.

GARCÍA RAMÍREZ, S. (2004, enero-febrero). El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional de derechos humanos. *Codhem*, p. 109. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/657pr/pr31.pdf>

GARCÍA RAMÍREZ, S. (2005) Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

GARLAND, D. (2005). *La cultura del control crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.

GOBIERNO NACIONAL (2016, 24 de agosto). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Recuperado el 3 de octubre de 2016 de <http://www.>

altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/abc-sistema-integral-verdad-justicia-reparacion-no-repeticion.html

- GÓMEZ ISA, F. (2007). El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos. *El Otro Derecho*, (37), 11-64.
- HAN, B. C. (2013). *La sociedad de la transparencia*. Barcelona: Herder Editorial.
- JUÁREZ, R. S. (2010, julio-diciembre). El concepto de ciudadanía en el comunitarismo. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (23), 153-154.
- LARRAURI, E. (2006, marzo). *Populismo punitivo...y cómo resistirlo*, (55).
- LARRAURI, E. (2009, primavera-verano). *La economía política del castigo*, 113-115.
- LAZARSFELD, P. F., & MERTON, R. K. (1977). Comunicación de masas, gusto popular y acción social organizada. En MURARO, H., *La comunicación de masas*. Buenos Aires: Centro Editor.
- MARTÍNEZ, M. (2008). Populismo punitivo mayorías y víctimas. *Revista Nomos* (2), 183-199.
- MATHIESEN, T. (2014). *The Rule of Law Under Pressure*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MEDINA JIMÉNEZ, L. (2015, 19 de septiembre). Entre whisky y asados, así funciona el pabellón de lujo de La Picota. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16380794>
- MELUCCI, A. (2010). *Acción colectiva, vida colectiva y democracia*. Ciudad de México: Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos.

- MONCAYO ALBORNOZ, A. L. (2009). Acceso a la justicia mujer y desplazamiento forzado. En *Cátedra Unesco. Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- OROZCO, I. (2003, mayo). *La posguerra colombiana: divagaciones sobre la venganza, la justicia y la reconciliación*. (K. Institute, ed.). Recuperado de [https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old\\_files/documents/306\\_0.pdf](https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/306_0.pdf)
- PASQUINO, G. (2014). Democracia, elecciones partidos. En PAZÉ, E. M., *La democracia en nueve lecciones* (pp. 29-46). Madrid: Trotta.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2005). *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*. Madrid: Dykinson.
- PRATS, J. (2008). *Los peligros del populismo penal*. Santo Domingo: Finjus.
- REVISTA SEMANA (2016, 24 de mayo) "El "quite" que los Nule le hicieron a la cárcel. Recuperado el 8 de agosto de 2018 de <https://www.semana.com/nacion/articulo/guido-y-miguel-nule-consiguen-beneficio-de-casa-por-carcel/474975>
- SALAS, D. (2005). *La volonté de punir. Essair sur le populisme pénal*. París: Hachette.
- SANDEL, M. (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- TAHULL, J., MOLINA LUQUE, F., & MONTERO, I. (2016, ene-jun). Posmodernidad. Elementos sociales vinculados con los jóvenes. *Análisis*, 48(8), 23-39.
- TAYLOR, C. (1996). *Las fuentes del yo*. Barcelona: Paidós.

TELESUR (2018, 6 de junio). 98 líderes sociales han sido asesinados en Colombia en el 2018. Telesur, Noticias, América Latina. Recuperado el 15 de junio de 2018 de <https://www.telesurtv.net/news/colombia-cifra-asesinato-lideres-sociales-20180606-0030.html>

WACQUANT, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Ediciones manantial.

WALZER, M. (1997). *Las esferas de la justicia: Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: Fondo de Cultura Económica.

ZALAUQUETTE, J. (1995). Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints. En KRITZ, N., *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington: US Institute of Peace Press.

## 6. BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

BARATTA, A. (1998). *Infancia y democracia*. Recuperado el 20 de febrero de 2015 de [http://www.iiij.ucr.ac.cr/sites/default/files/PDF/infancia\\_democracia\\_a.\\_baratta\\_2014\\_09\\_16\\_22\\_04\\_25\\_794.pdf](http://www.iiij.ucr.ac.cr/sites/default/files/PDF/infancia_democracia_a._baratta_2014_09_16_22_04_25_794.pdf)

CHRISTIE, N. (1993). *La industria del control del delito ¿La nueva forma del Holocausto?* Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.

COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL (2012). *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Comisión Asesora de Política Criminal.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2017, 17 de enero). *Fiscalía General de la Nación Estadísticas actualizadas a enero 31 de 2017*. Recuperado el 15 de marzo de 2017 de Resultados Históricas

Ley 975 de 2005: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2017/02/Estadistica-a-31-ene-2017.pdf>

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, INPEC (2018). *Nivel académico intramural a nivel nacional*. Bogotá: Inpec.

KAMINSKI, D. (2014). La pénalité: Une ressource inépuisable de la démocratie néolibérale? En *Política Criminal y Libertad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

KYMLICKA, W. (2002). *Ciudadanía Multicultural*. Buenos Aires: Paidós.

RAWLS, J. (1997). *Teoría de la justicia* (González, M. D., trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

ZAFFARONI, R. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá: Ibáñez.

## CAPÍTULO 5

# JUSTICIA TRANSICIONAL E IMPUNIDAD: UNA RELACIÓN DE AMBIVALENCIAS Y OPOSICIONES

CAMILO EDUARDO UMAÑA HERNÁNDEZ<sup>1</sup>

*Sacrilegios pequeños se castigan;  
los grandes en los triunfos se coronan,  
y tienen por blasón que se los digan.*

*Lido robó una choza, y le aprisionan;  
Menandro un reino, y su maldad obligan  
con nuevas dignidades que le abonan.*

FRANCISCO DE QUEVEDO

---

1 Abogado de la Universidad Externado, Ph.D. *cum laude* en Criminología de la Universidad de Ottawa (Canadá) y Ph.D. *cum laude* en Sociología Jurídica de la Universidad del País Vasco. Además, es magíster *cum laude* en Sociología Jurídica del Instituto Internacional de Sociología Jurídica y especialista en Derechos Humanos y DIH de la Universidad Externado. Actualmente se desempeña como docente de la Universidad Externado de Colombia, donde es cofundador y codirector de la línea de investigación en sociología jurídica y docente de los programas de posgrado en derechos humanos y derecho público.

## RESUMEN

Este artículo ofrece una reflexión sobre las ideas de justicia transicional (JT) y su relación con el fenómeno de la impunidad. Con el objeto de trazar una distinción entre estas dos temáticas, este texto busca establecer diferentes relaciones y usos provenientes de los discursos sobre la justicia transicional en relación con los discursos anti-impunidad. Específicamente, estudiamos el caso colombiano a raíz del reciente acuerdo entre las FARC y el gobierno colombiano. El dilema que nos propone esta situación, en breve, es el siguiente: mientras que quienes apoyan el Acuerdo argumentan que la JT tal y como fue adoptada en los acuerdos permite una oportunidad para implementar de una forma integral la justicia por las atrocidades del conflicto armado, para sus críticos, medidas alternativas a las penales, la exclusión de ciertas penas privativas de la libertad, los beneficios penales y las amnistías son medidas de impunidad que, como tal, afectan la licitud del acuerdo y, de paso, su legitimidad por constituir una forma de impunidad. En el plebiscito que convocó el Gobierno para refrendar o rechazar el Acuerdo de La Habana se constituyeron diferentes agrupaciones para hacer campaña en favor o en contra del pacto logrado entre el Gobierno y las FARC. Este estudio se concentra especialmente en analizar los discursos que sostuvieron que no debían aprobarse los Acuerdos de Paz y, en específico, en un tipo de argumentos, los que se expusieron en oposición al proceso porque, en su visión, el Acuerdo generaba impunidad. Con base en estos discursos, trazamos ciertas claridades conceptuales que nos permiten establecer relaciones y distancias conceptuales sobre los temas escogidos.

*Palabras clave:* impunidad, transición, Colombia, plebiscito, sanciones penales.

TRANSITIONAL JUSTICE AND IMPUNITY: A RELATION OF AMBI-  
VALENCE AND CONTRADICTION

ABSTRACT

This article offers a reflection on the ideas of transitional justice (JT) and its relationship with the phenomenon of impunity. In order to draw a distinction between these two themes, this text seeks to establish different relationships and uses from discourses on transitional justice in relation to anti-impunity discourses. Specifically, we study the Colombian case following the recent agreement between the FARC and the Colombian government. The dilemma that this situation proposes, in short, is the following: while those who support the Agreement argue that the JT as adopted in the agreements allows an opportunity to fully implement justice for the atrocities of the armed conflict ; for its critics, alternative measures to penalties, the exclusion of certain prison sentences, criminal benefits and amnesties are measures of impunity that, as such, affect the lawfulness of the agreement and, in passing, its legitimacy to constitute a form of impunity. In the referendum called by the Government to endorse or reject the Havana Agreement, different groups were formed to campaign for or against the agreement between the Government and the FARC. This study concentrates especially on analyzing the speeches that held that the Peace Agreements should not be approved and, specifically, on a type of arguments, these are the ones that were exposed in opposition to the process because, in their view, the Agreement generated impunity. Based on these discourses, we draw certain conceptual clarities that allow us to establish relationships and conceptual distances on the chosen topics.

*Keywords:* Impunity, Transition, Colombia, Referéndum, Criminal Sanctions.

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Qué relaciones, usos e implicaciones conceptuales se derivan entre la noción de justicia transicional y los discursos anti-impunidad? Este artículo ofrece una reflexión sobre las ideas de justicia transicional y su relación con el fenómeno de la impunidad, con el objeto de trazar una distinción entre estas dos temáticas que hoy por hoy cautivan un amplio haz de los discursos sociales y los análisis relativos a las ideas de justicia. Como lo plantea Teitel (2000), si bien las campañas anti-impunidad están presentes en momentos de “normalidad” institucional, sus reclamos se tornan particularmente impetuosos en momentos de transición, porque en condiciones de fractura en el Estado de Derecho, que en teoría preceden la aplicación de la justicia transicional, las expectativas de justicia se acentúan. En dicho ambiente, la justicia penal puede ser institucionalmente recurrida como el primer mecanismo (*prima ratio*), o incluso el medio óptimo para atender la responsabilidad por la violencia del pasado. Esto hace parte de una racionalidad moderna que presenta el sistema penal como un instrumento universal, principal y necesario para la regulación de las situaciones problemáticas sociales, bajo un esquema de reacción hostil, negativa, atomista y excluyente que se ha nucleado desde la modernidad, al menos en Occidente, alrededor de la institución de la prisión (Pires, 2001, 2013, 2015; Dubé, García & Machado, 2013; Umaña Hernández & Pires, 2016).

A nivel mundial, al menos siete acuerdos de paz han mencionado expresamente el problema de la impunidad<sup>2</sup>;

---

2 Además del colombiano, en un país americano y en cuatro africanos se ha mencionado explícitamente el tema de la impunidad. El primero es el de El Salvador, cuyo acuerdo final de paz firmado el 16 de enero de 1992, en la Ciudad de México, dispuso que “se conoce la necesidad de esclarecer y

entre ellos, el más reciente es el acuerdo colombiano<sup>3</sup>. Tanto la agenda de negociación como el texto del reciente acuerdo entre las FARC y el gobierno colombiano se refieren al tema de la impunidad como un problema (desvalor semántico) que debe ser remediado, para lo cual las partes se comprometen a adoptar los pasos adecuados en materia de los derechos de las víctimas, principalmente mediante un Sistema Integral que comprende mecanismos judiciales y extrajudiciales para atender los clamores que en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición ha dejado el conflicto armado interno. En el contexto de los diálogos de paz y en su posterior implementación, la impunidad ha sido un tema ampliamente recurrido en los discursos sociales de apoyo y de rechazo al proceso<sup>4</sup>. El dilema en pocas

---

superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada, especialmente en casos donde esté comprometido el respeto a los derechos humanos. A tal fin, las Partes remiten la consideración y resolución de este punto a la Comisión de la Verdad. Todo ello sin perjuicio del principio, que las Partes igualmente reconocen, que hechos de esa naturaleza, independientemente del sector al que pertenecieren sus autores, deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia, a fin de que se aplique a quienes resulten responsables las sanciones contempladas por la ley". A su vez, en África se hicieron provisiones similares en los acuerdos de la República Democrática del Congo (Déclaration finale du forum sur la paix dans le territoire de Nyunzu del 10 de diciembre de 2015); Somalia (Decision on the High Level Committee Djibouti Agreement del 25 noviembre de 2008); Kenia (Kenya National Dialogue and Reconciliation: Statement of Principles on Long-term Issues and Solutions del 23 de mayo de 2008 y el Kenyan National Dialogue and Reconciliation: Commission of Inquiry on Post-Election Violence del 4 de marzo de 2008); y, Togo (Dialogue inter-togolais: accord politique global del 20 de agosto de 2006). Información obtenida de la *peace agreements database* de Naciones Unidas (n. d.).

- 3 Bajo la premisa de no intercambiar impunidades, las partes acordaron el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición que contribuya a la lucha contra la impunidad, "a la que contribuye de manera especial la Jurisdicción Especial para la Paz y también las medidas de esclarecimiento de la verdad y de reparación" (ACUERDO, p. 180)
- 4 Una documentación más extensa de este tema se puede apreciar en UMAÑA (2016).

palabras es el siguiente: mientras que quienes apoyan el Acuerdo argumentan que la JT tal y como fue adoptada en los acuerdos permite una oportunidad para implementar de una forma integral la justicia por las atrocidades del conflicto armado, para sus críticos medidas alternativas a las penales, la exclusión de ciertas penas privativas de la libertad, los beneficios penales y las amnistías son medidas de impunidad que, como tal, afectan la licitud del acuerdo y, de paso, su legitimidad por constituir una forma de impunidad.

Paradójicamente la JT, que tiene en su agenda formal la lucha contra la impunidad, puede ser percibida en ciertos contextos como un lenguaje tecnocrático que sirve para disimular formas de condonación de la responsabilidad<sup>5</sup>. Así, esta posición abre un espacio discursivo para argumentar que la JT regulariza una forma de impunidad para preservar un ánimo estratégico justificado en obtener una situación de relativa tranquilidad social o en lograr una determinada meta social de un grupo privilegiado. ¿Al aplicar JT a una situación particular, de suyo, estamos optando por implementar un mecanismo de impunidad a una situación que desborda la capacidad de respuesta institucional ordinaria de la justicia?

Este artículo argumenta que la idea de la JT guarda una suficiente distancia conceptual con el tema de la impunidad que permite su distinción. La importancia teórica de este estudio es entonces ofrecer ciertos elementos

---

5 “No es un secreto que fines como la reconciliación o como la conservación de un precario *statu quo* basado en el equilibrio de fuerzas en el marco de la búsqueda de la pacificación o de una evolución política sosegada mediatizan o pueden mediatizar, de facto o de derecho, los esfuerzos emprendidos en esta dirección” (hablando sobre la lucha contra la impunidad) (PÉREZ & FERNÁNDEZ, 2009, p. 73).

conceptuales. No obstante, argumentar que estos temas pueden ser diferenciados conceptualmente requiere una mayor problematización para observar posibles puntos de contacto y aplicaciones ambivalentes, que permitan observar situaciones de acoplamiento y que partan de la premisa de que una observación tal no permite trazar una asimilación teórica de los dos términos.

Para abordar este problema, después de discutir la idea de responsabilidad que reclaman los discursos sobre la justicia transicional, buscaremos trazar una divergencia con los discursos anti-impunidad. Al decir conceptual, aceptamos que no podemos anticipar los diferentes efectos prácticos o formas de implementación de las ideas, sino que trazaremos algunas apreciaciones que permiten distanciar los mecanismos transicionales del reclamo de constituir una forma de impunidad. Para esto, utilizaremos como ejemplo empírico la campaña por el “No” en el plebiscito de aprobación del acuerdo de La Habana. Este ejemplo es interesante porque sus actores utilizaron una estrategia de equiparar la aplicación de la justicia transicional con un fenómeno de impunidad; en otras palabras, se utilizó un discurso anti-impunidad para rechazar la justicia transicional propuesta en el Acuerdo. A través de un compacto análisis del discurso buscaremos no solo escudriñar posibles contradicciones conceptuales entre esa forma de hacer justicia y los discursos anti-impunidad, sino analizar la función concreta que tuvo el discurso anti-impunidad en el contexto de la negociación de cese del conflicto entre el gobierno y la guerrilla de las Farc desde la perspectiva de la campaña por el “No” en el plebiscito.

Esta reflexión hace parte de un proyecto de investigación mayor acerca de la conceptualización sociojurídica de la impunidad, el cual será próximamente publicado como resultado de una investigación más amplia que corresponde

a una tesis doctoral. Por ende, este texto no se concentrará en brindar elementos para esclarecer conceptualmente el fenómeno de la impunidad, sino que pretende ofrecer un corte mucho más fino, breve y puntual: ¿qué relaciones y usos se pueden observar entre la justicia transicional y los discursos anti-impunidad con base en el caso colombiano?

Antes de pasar a nuestro estudio es preciso advertir que este texto empleará una metodología socio-jurídica de corte cualitativo. En una primera parte, esta metodología recurre a elaborar un análisis del discurso proveniente de las campañas anti-impunidad. El análisis del discurso que se implementará toma como base los discursos públicos derivados de la campaña política que fue organizada contra el mencionado acuerdo entre las FARC y el gobierno colombiano. Particularmente, nos centraremos en los discursos producidos por representantes políticos de esta campaña ante los medios masivos de comunicación. Tomando los discursos como un material lingüístico en el cual podemos entrever los marcos de ideas que los sustentan, nuestro propósito al trabajar con estos discursos es destacar elementos de asimilación, relación y solapamiento del discurso anti-impunidad con el concepto de la justicia transicional. Más allá de su uso político y, por ende, estratégico, nuestro propósito es divisar las ideas que son empleadas con el propósito de acoplar discursivamente las temáticas bajo estudio y cómo esto puede afectar el entendimiento de la justicia transicional como concepto.

En la segunda parte del capítulo trazaremos un análisis conceptual de lo que significa justicia transicional. Para ello se aplicará un método de revisión bibliográfica, de jurisprudencia y de revisión de tratados internacionales. Lo anterior, con el propósito final de visualizar las diferencias, ambivalencias y oposiciones entre los discursos analizados y el concepto de justicia transicional.

## 2. LA CAMPAÑA POR EL “NO” Y LA IMPUNIDAD

En el plebiscito que convocó el Gobierno para referendar o rechazar el Acuerdo de La Habana, se constituyeron diferentes agrupaciones para hacer campaña en favor o en contra del pacto logrado entre el Gobierno y las FARC. Aquí me voy a concentrar solamente en uno de estos frentes, esto es, en los discursos que sostuvieron que no debían aprobarse los Acuerdos de Paz y, en específico, en un tipo de argumentos, estos son, los que se expusieron en oposición al proceso porque, en su visión, el Acuerdo generaba impunidad. Trabajaremos estos discursos con miras a caracterizar este argumento para, en una segunda parte, poder trazar ciertas claridades conceptuales. En otras palabras, estos discursos nos permitirán visibilizar una utilización estratégica del tema de la impunidad, de modo que podamos entender el reto científico que se afronta en un contexto como el colombiano en el estudio de estos temas.

La Campaña por el “No” se impuso en la votación del plebiscito por la paz por una diferencia de 54 mil votos (es decir: 0,43 %). La campaña se articuló principalmente en torno a la oposición política de derecha liderada desde el Congreso de la República por el expresidente Álvaro Uribe y otros políticos nucleados en torno a partidos políticos de derecha, principalmente al partido Centro Democrático, junto con actores relevantes en ciertas iglesias –católicas<sup>6</sup>

---

6 “Mediante un comunicado establece que son falsas las informaciones que se han dado frente a que la Iglesia está a favor del Sí. [...] Frente a las especulaciones que se han dado sobre una posible adhesión de la Iglesia a la campaña por el Sí, a la que se han unido el Concejo de Bogotá, comunidades indígenas, congregaciones cristianas y el exalcalde Gustavo Petro, entre otros, la Conferencia Episcopal señaló que se mantiene al margen de tomar una posición en favor o en contra” (EL ESPECTADOR, 2016).

y cristianas<sup>7</sup>-, así como funcionarios públicos como el entonces procurador Alejandro Ordóñez<sup>8</sup>.

Juan Carlos Vélez Uribe, gerente de la campaña del “No” en el plebiscito, afirmó que la campaña contó con \$ 1.300 millones de pesos provenientes de aportes de unas sesenta personas naturales y empresas, entre las que destacó la “Organización Ardila Lülle, Grupo Bolívar, Grupo Uribe, Codiscos, y Corbeta” (Ramírez Prado, 2016). Sin embargo, la lista de donantes a la campaña por el “No” que reposa en el Consejo Nacional Electoral reveló que la Organización Ardila Lülle no aportó directamente a dicha campaña<sup>9</sup>, pero sí lo hicieron Seguros Bolívar<sup>10</sup>, Codiscos

- 
- 7 “A lo largo de toda la campaña del plebiscito, el Gobierno intentó convencer a los evangélicos de que sus valores no se verían afectados. No consiguieron su objetivo. Algo más de 12 millones de colombianos acudieron a las urnas, más de seis millones mostraron su disconformidad con lo pactado. “No tengo cifras oficiales, pero si salieron a votar cuatro millones de evangélicos, posiblemente la mitad de ellos rechazara los acuerdos”, dice Castaño. “El 99 % de nuestros fieles dijo ‘no’, asegura Pardo. Ambos aclaran que su voto y el de sus feligreses fue en conciencia, no político. Dos días después de que se conociera el resultado del referendo, los pastores, en compañía de otros representantes de varios credos, estaban sentados frente al presidente Santos en la Casa de Nariño para acercar posturas” (MARCOS, 2016).
- 8 ORDOÑEZ afirmaría sobre el acuerdo: “Quería decir con toda tranquilidad y de una manera tajante que voy a votar No en el plebiscito. Tengo razones de carácter jurídico, razones de carácter político y razones de carácter moral para hacerlo. [...] La principal razón es que el acuerdo es una feria de impunidad. Privilegia al victimario y sacrifica a la víctima. Desconoce los mínimos internacionales; el trabajo comunitario no es una pena proporcional ni genuina para criminales de guerra y responsables de delitos de lesa humanidad y genocidas” (REVISTA SEMANA, 2016a).
- 9 La Organización Ardila Lülle respondió mediante un comunicado que “la única relación que la OAL ha tenido con esa campaña ha sido la de conceder un plazo para el pago de las cuñas del No en los canales de la Organización, como se ha hecho con diferentes comités promotores del Sí, y como lo han hecho otros medios de comunicación en esta y en todas las campañas” (REVISTA DINERO, 2016).
- 10 Banco Davivienda y Seguros Bolívar señalaron que “efectuaron donaciones de manera equitativa tanto en favor de la campaña que apoyaba el Sí al acuerdo como de la que apoyaba el No al acuerdo” (REVISTA DINERO, 2016).

y Davivienda (Revista Dinero, 2016). “Para esta campaña se inscribieron diez comités promotores a nivel nacional. Miembros del Centro Democrático lideran la mayoría, y Jaime Castro encabeza otro de ellos. Aunque cuentan con la desventaja de ser menos que los de la campaña del ‘Sí’, a su favor tienen ser una voz unificada: uribistas, juristas o ciudadanos, el suyo es un ‘No’ sin matices y rotundo” (Revista Semana, 2016b).

A lo largo de la campaña por el “No” se empleó el tema de la impunidad para ambientar el rechazo por los acuerdos. A través de un mensaje de indignación se buscó desde esa campaña crear un ambiente desfavorable al proceso. Uno de los principales actores de ese mensaje, el expresidente Álvaro Uribe, declaró que “aprobar el ilegítimo Plebiscito equivale a aceptar la impunidad total, que en lugar de disuadir al crimen lo consagra campeón y sienta el ejemplo para más y nuevas violencias” (RCN, 2016). Acorde con esto, el exmandatario aseguró que “la falta de cárcel, así sea de tiempo reducido, para los máximos responsables, será la partera de nuevas violencias y creará riesgo jurídico a la estabilidad de los acuerdos” (RCN, 2016). Esta utilización del discurso para crear un vínculo entre la legitimidad de una acción política y la existencia de impunidad basada en la cárcel, en últimas, crea una suerte de equiparación de la legitimidad política del acuerdo con la cárcel para los delitos<sup>11</sup>.

En sus discursos, Uribe Vélez muchas veces insistió: “Emprendemos la campaña por el ‘No’ al Plebiscito, porque con la impunidad no muere el odio, sino que nacen más

---

11 De hecho, una de las cuñas difundidas en medios sociales enunciaba: “¿Sabía que Timochenko tiene 448 años de condena por secuestros asesinatos y masacres y no va a pisar la cárcel ni un solo día?” (REVISTA SEMANA, 2016c).

violencias [...] las Farc con sus delitos premiados, justificados y sin arrepentimiento, impide a muchos colombianos sentir el alivio espiritual del perdón". A través de estos discursos de indignación se trazaba así una vinculación, no solo de legitimidad política, sino de alivio espiritual y perdón con el tema de la impunidad. Estos discursos emplearon el tema de la impunidad confiriéndole un estatus no solo legal, sino político e incluso espiritual. La amplitud otorgada al tema generaba una ventaja estratégica: cualquier bache o vacío en el tema de la impunidad (equiparado a la falta de cárcel) sería percibido como un problema social e incluso espiritual. No obstante, en esta materia, la campaña por el "No" afirmó también: "Nosotros aceptamos que los guerrilleros rasos no vayan a la cárcel, que sean objeto de una reinserción solidaria y generosa. Pero la falta de cárcel así sea de tiempo reducido, para los máximos responsables, será la partera de nuevas violencias y creará riesgo jurídico a la estabilidad de los acuerdos, sin que exista período de prescripción que pueda subsanarlo". Con esto, la posición de la Campaña de basar la impunidad en un criterio de cárcel resultaba flexibilizado para quienes no eran los máximos responsables. Esto se ampliaba aún más cuando en la Campaña del "No" se referían a las Fuerza Militares.

Luego, al pronunciarse por la victoria del "No" en las urnas, el expresidente Álvaro Uribe sostuvo: "Con afecto y solidaridad con nuestros soldados y policías, las Fuerzas Armadas de la democracia, pedimos al presidente Santos y al Congreso que se permita un alivio judicial que no constituya impunidad" (El Tiempo, 2016), con base en lo cual insistió en un documento público en el que se debía "restablecer la confianza de las Fuerzas Armadas de la Democracia, necesaria para recuperar la seguridad, a través de un alivio judicial para sus integrantes, [...] para evitar el riesgo de ir a la cárcel por sentencia del Tribunal

de la FARC” (Uribe Vélez, 2016). En este discurso parecía entender que ciertos alivios judiciales (“para evitar el riesgo de ir a la cárcel”) no constituían impunidad y que podían ser otorgados basados en sentimientos de afecto y solidaridad. Así, la utilización estratégica de los discursos llevaba a que frente a las Fuerzas Militares se constituyera discursivamente una visión menos amplia y exigente del tema de la impunidad. Según esta percepción, cabrían alivios judiciales basados en afecto o solidaridad sin ello constituir impunidad.

En este sentido, emergen dos dimensiones del discurso: por una parte, el uso estratégico del tema de la impunidad con un concepto ambiguo, aunque centrado en el tema de la cárcel; y, por otra parte, el uso político del tema para comunicar un mensaje de rechazo a los acuerdos por su vinculación con un problema de impunidad. La campaña por el “No” empleó no solamente argumentos políticos y espirituales sino también emocionales que apuntaban a crear una estrategia psicológica de masas: “[el voto por el No] es una reacción de coraje de la sicología colectiva que considera que el Plebiscito trae una paz de corta vida”, explicaría el senador Uribe Vélez (2016). En efecto, en el lanzamiento de la campaña, el exmandatario anunció que “con la impunidad no muere el odio, sino que nacen más violencias” (*El País*, 2016a). Según estos discursos, emociones positivas de afecto frente a ciertos actores conformarían un concepto de impunidad menos exigente que cuando se trata de actores que despiertan emociones negativas.

Al respecto, en un análisis de la revista *Semana* sobre las campañas del plebiscito se enunció: “[a]sí como la campaña del ‘Sí’ busca generar mensajes esperanzadores y de apelar a la nostalgia y al deseo de superar el pasado, la del ‘No’ también la ha apostado a las emociones: el miedo a lo pactado en La Habana, la incertidumbre de lo que vendrá

y el odio que sienten muchos colombianos por las FARC" (Revista *Semana*, 2016c). Los actores de la campaña por el "No" se valieron de la trayectoria de violencia dejada por las Farc como mensaje relacionado con la impunidad para influenciar a la opinión pública empleando argumentos políticos, espirituales y emocionales, que no ofrecían para el análisis un concepto nítido, puesto que la temática parecía variar según el tipo de autor (y los sentimientos a los que se les relacionaba de afecto u hostilidad), el tipo de autoría (si se trataba de máximos responsables o no) y el grado de excepción de la cárcel (que variaba de ser un alivio a ser una situación intolerable).

¿Cómo trabajar con el concepto de impunidad para el análisis científico en un contexto discursivo así? O, mejor, ¿qué podemos aprender de los discursos sociales sobre el tema de la impunidad de la Campaña por el "No"? Una constatación derivada de las anteriores observaciones es la connotación negativa del tema de la impunidad y su potencialidad de transmitir un mensaje de irritación. El entendimiento de la Campaña por el "No" de dicha potencialidad se hizo evidente en las declaraciones del gerente de campaña, Juan Carlos Vélez, quien una vez concluidas las votaciones dijo en entrevista con el periódico *La República*: "Unos estrategas de Panamá y Brasil nos dijeron que la estrategia era dejar de explicar los acuerdos para centrar el mensaje en la indignación. En emisoras de estratos medios y altos nos basamos en la no impunidad, la elegibilidad y la reforma tributaria, mientras en las emisoras de estratos bajos nos enfocamos en subsidios" (*Vanguardia Liberal*, 2016). La utilización del tema de la impunidad, visible en los discursos de la campaña por el "No", tenía entonces la potencialidad de transmitir un mensaje de indignación y, a la vez, la intención de dejar de explicar razones, esto es, de generar un voto que no se basara en argumentos.

En la campaña se emplearon una serie de audios y videos para ser divulgados en emisoras y redes sociales. En ellos se enviaron diferentes mensajes falaces: “¿Por qué tergiversaron mensajes para hacer campaña? Fue lo mismo que hicieron los del ‘Sí’” (Ramírez Prado, 2016), respondería el gerente de la campaña<sup>12</sup>. Muchos de ellos utilizaron a las víctimas como argumento para movilizar sensaciones de rechazo entre los votantes. En plena campaña, la revista *Semana* difundía que “el uribismo tiene pensado proyectar una estrategia publicitaria en redes sociales en la que difundirán testimonios de víctimas que afirman que es difícil perdonar a las Farc” (Revista *Semana*, 2016b). Esto sucedió tal y como fue previsto. Según el discurso de instalación de la campaña por el “No”, Uribe Vélez afirmó: “La impunidad declara el triunfo del crimen que aumenta el desprecio por la ley, humilla a las víctimas y el dolor se acompaña de rencor, que no de perdón”. La utilización de las víctimas como un argumento que permite enfatizar en las sensaciones negativas estuvo acompañada de una visión homogenizante de las expectativas de las víctimas, de su identidad, reivindicaciones y necesidades. Esta misma utilización se siguió en la campaña por el “Sí”, en la que también se simplificó la percepción de las víctimas como un universo anhelante de un Acuerdo y de acoger a la guerrilla de la FARC y a los demás actores de violaciones en el contexto del conflicto.

---

12 Al respecto, el partido Centro Democrático emitió un comunicado en el que desautorizó las declaraciones de Juan Carlos Vélez afirmando: “Nuestra campaña no apeló a la mentira ni a la tergiversación de mensajes, acudió a los argumentos para que las personas votaran a conciencia sobre el gran daño que se hubiese hecho al país si estos acuerdos se hubieran aprobado e incorporado automáticamente a la Constitución” (EL PAÍS, 2016b).

Por una parte, la Campaña del “No” utilizaría a las víctimas con una visión claramente vindicativa, sintonizada con un uso recurrente para hacer política –especialmente penal– de la mano del médium impunidad. En el caso concreto del argumento de las víctimas referido a la estrategia contra la impunidad, los mensajes lanzados por estos medios buscaron exacerbar y universalizar la percepción de dolor de las víctimas frente al Acuerdo<sup>13</sup>. Por ejemplo, el gerente de la Campaña por el “No” rememoró ante los medios como exitoso el clip hecho con “una señora llorando. ¡Ay, yo fui víctima, ay, no me han reparado! Las FARC. Emberracar a la gente” (*El Espectador*, 2017).

Por otra parte, la Campaña del “Sí” usaría a las víctimas con un cariz reconciliatorio y anhelante de integración e incluso de perdón, buscando una mayor tolerancia hacia medidas que pudieran generar condiciones generosas con los actores del conflicto. Esto, en suma, muestra la relevancia del argumento de las víctimas dentro de la temática de la impunidad y sus usos sociales. En el contexto de las campañas del plebiscito, este argumento fue elaborado construyendo una categoría homogénea (las víctimas) que abarca un cúmulo de sujetos desprovistos de subjetividad (entendida como trayectoria y experiencia de vida, fuente del daño y medio sociales), y, por lo tanto, acumulables bajo una única expectativa para afrontar el problema de la impunidad.

De parte de la campaña por el “No”, estos discursos fueron movilizados con una estrategia en medios virtuales

---

13 “Para el oficialismo (no importa el país), las redes sociales son un campo minado, mientras que para la oposición Facebook y sobre todo Twitter es un campo fructífero para alcanzar más y más personas con consignas muchas veces hiperbólicas que terminan diseminándose mucho más rápido entre los usuarios” (REVISTA SEMANA, 2016d).

que se enfocaban en generar rechazo de los acuerdos, entre otros, bajo el argumento de la impunidad. Para esto, la campaña por el “No” empleó de forma conspicua los medios virtuales, especialmente Facebook, Twitter y WhatsApp<sup>14</sup>. “Descubrimos el poder viral de las redes sociales. Por ejemplo, en una visita a Apartadó, Antioquia, un concejal me pasó una imagen de Santos y ‘Timochenko’ con un mensaje de por qué se le iba a dar dinero a los guerrilleros si el país estaba en la olla. Yo la publiqué en mi Facebook y al sábado siguiente tenía 130.000 compartidos con un alcance de seis millones de personas” (*El Espectador*, 2017), afirmó el exgerente de la campaña. Esto se explica bien con las palabras de Castells sobre los medios masivos de comunicación, según lo cual “estos medios se dirigen a audiencias específicas, interesadas en confirmar sus opiniones más que en informarse en otras fuentes” (Castells, 2009, p. 263).

El entendimiento de la campaña por el “No” de dicha potencialidad se hizo evidente en las declaraciones del gerente de la campaña, Juan Carlos Vélez, quien una vez

---

14 “La campaña del plebiscito para aprobar o no los acuerdos que suscribieron el gobierno de Juan Manuel Santos con la guerrilla de las FARC estuvo marcada por las mentiras virales. El fenómeno reciente de utilizar plataformas como Facebook o WhatsApp para regar noticias falsas se convirtió en un arma de engaño masivo, que al final le hizo daño a las dos campañas y sobre todo a los usuarios que cayeron en estas trampas. [...] La campaña del plebiscito que concluye este domingo fue una mina de oro para los inescrupulosos que hicieron circular mensajes falsos con una alevosía nunca antes vista. Lo más grave es que ni las autoridades, ni los propios usuarios se atreven a señalar quién estuvo detrás de estos bulos y sobre cuáles eran las motivaciones. [...] En estos meses de campaña, WhatsApp se convirtió en un campo de batalla. Por un lado, fueron muchos los grupos de amigos y familiares que se vieron resquebrajados por la pasión que despertó el debate. Por otro lado, las cadenas fueron armas poderosas tanto para los promotores del Sí, como los del No para que sus mensajes llegaran a cientos de miles de personas” (REVISTA SEMANA, 2016e).

concluidas las votaciones dijo en entrevista con el periódico *La República*: “Apelamos a la indignación, queríamos que la gente saliera a votar verraca”. En Colombia, la expresión de salir a votar “verraca” quiere decir con rabia, enojado, alterado. En sí, esta expresión agrupa dos sentidos rescatados de los anteriores apartes del discurso, pues lo que se pretendía era no solamente un cierto grado de emoción sino dejar de deliberar, como queda plasmado en el propósito de dejar de explicar los acuerdos. En últimas, lo que se afirma es que la estrategia buscaba que los votantes cesaran de pensar y salieran con indignación a ejercer su derecho; que la gente vaciara de argumentos su posición y se basara sencillamente en un sentimiento negativo (rencor, odio o indignación, según los discursos aquí recopilados). Este movimiento de indignación, que se movilizaba a través de discursos anti-impunidad, no elaboraba realmente ideas (al menos no directamente) sobre la impunidad, sino emociones. Para ello, las víctimas fueron usadas como una categoría homogénea de expectativas más bien uniformes. Esto muestra una elaboración de la impunidad como una especie de eslogan más que como una temática científica que amerita la argumentación, conceptualización y contextualización que buscaremos elucidar.

### 3. JUSTICIA TRANSICIONAL E IMPUNIDAD

La JT, bajo el objetivo de habilitar el tránsito de abrir paso de una situación social álgida a una situación con garantías democráticas, se basa en una apuesta por tres objetivos esenciales: la justicia, la paz y la democracia. Los mismos conviven como aspiraciones y, a la vez, imperativos sociales que se complementan y, en ese sentido, no pueden ser entendidos al día de hoy, de forma aislada (ONU, 2014).

Más allá de que no existen fórmulas universales o unívocas, existen una serie de medidas que han sido recurrentemente empleadas en sociedades en transición.

Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos (ONU, 2014).

La multiplicidad de mecanismos a través de los cuales la justicia transicional ha sido implementada relleva la pertinencia de intentar un análisis holístico del asunto. Esto se vigoriza en Colombia, donde el Sistema Integral ha establecido mecanismos judiciales y extrajudiciales para atender las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en el marco del conflicto del conflicto armado interno, garantizar la reparación integral de las víctimas, así como esclarecer los hechos, responsabilizar a los actores de las violaciones e implementar acciones orientadas a la no repetición de estos hechos.

Este abordaje pertenece a la lógica de los avances teóricos en materia de JT. El Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos optó por una noción holística de justicia de transición que:

Abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación (ONU, 2014).

Este informe cristaliza el entendimiento actual de la JT como una forma de disposición institucional que acompaña una multiplicidad de mecanismos y compromete una serie de sistemas sociales.

El pensamiento transicional se ha sustentado teóricamente en la idea de hacer justicia para atender un tipo particular de conflictividad en especial insidioso para la sociedad. Las formas en las que esta justicia es aplicada son variables: no existe una justicia transicional única, así como no existe un conflicto o una sociedad igual a otra. Pablo de Greiff (2014), Relator de las Naciones Unidas sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, ha insistido en que la JT es una estrategia para la realización de la justicia en circunstancias de transición. De entenderse así, la JT permite visualizar un campo de acción mayor al de la justicia penal. Diferentes comentaristas han insistido sobre esta idea.

En su resolución sobre “Derechos humanos y justicia de transición”, el Consejo de Derechos Humanos (2017, p. 3) puso de relieve la importancia de un enfoque global al aplicar justicia de transición, de modo que abarque medidas judiciales tanto como no judiciales, que vayan desde el enjuiciamiento de individuos hasta:

La reparación, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de los antecedentes de los empleados o funcionarios públicos, iniciativas de preservación de la memoria y procesos para lograr planteamientos comunes o una combinación apropiada de esas medidas con el fin, entre otras cosas, de garantizar la rendición de cuentas, hacer justicia, brindar vías de reparación a las víctimas, fomentar la recuperación de la normalidad y la reconciliación, establecer entidades independientes que supervisen los sistemas de seguridad, restablecer la confianza en las instituciones del Estado y promover el estado de derecho de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

Así formulada, se puede decir que uno de los objetivos de la JT es luchar contra la impunidad. Al respecto, como lo recuerda el Relator Especial De Greiff, “los procesamientos penales en casos de violaciones graves, sobre todo en contextos en los que la ley se ha aplicado de manera arbitraria, abren la posibilidad de dar vida a los principios de igualdad y de supremacía del derecho. Nadie, cualquiera que sea su rango o condición, está por encima de la ley” (Organización de Naciones Unidas, 2014). Bajo esta lógica, formalmente, los objetivos de la JT son opuestos a los efectos o cometidos de las campañas de impunidad. “La justicia transicional tiene como fines darle reconocimiento a las víctimas tanto en su condición de víctimas como, principalmente, en su condición de derecho-habientes; fomentar la confianza cívica, especialmente la confianza en las instituciones; fortalecer el Estado de derecho, y hacer una contribución a la integración o la reconciliación social”; la impunidad, por el contrario, busca negar las víctimas y denegar la aplicación del Estado de Derecho. Ante este diseño teórico colaborativo entre los discursos de lucha contra la impunidad y la justicia transicional, los argumentos con los cuales se producen equiparaciones suelen pasar por el tema de las sanciones penales y estar limitadas a una observación de la imposición de penas de cárcel, como pudo verse en el acápite precedente. En sí, en la experiencia internacional, la multiplicidad de mecanismos empleados en situaciones de transición da cuenta de una visión más allá del “castigo penal” –por lo que no se trata simplemente de una visión teórica–. En efecto, consultando el *Global dataset on transitional justice mechanisms* de Olsen, Payne y Reiter (2010), se aprecia que en 123 países que experimentaron una guerra civil o superaron regímenes autoritarios entre 1970 y 2007 emplearon al menos cinco mecanismos distintos y muchas veces simultáneos para atender dichas situaciones, entre

los que se cuentan juicios (empleados 81 veces en 38 países diferentes), comisiones de la verdad (53 en 37 países), amnistías (229 en 72 países), reparaciones (23 procesos en 18 países) y políticas de depuración (34 políticas en 23 países).

Si entendemos la impunidad como la ausencia de castigo penal admitiríamos que asimilar la JT con la impunidad es una idea que, al menos, no abarcaría la extensión de una justicia transicional que se reclama holística; después de todo, las medidas penales no constituyen sino uno de los componentes que la JT reclama. Por lo mismo tal asimilación, creemos, sería al menos corta: quien con base en juicio de impunidad/no-impunidad de la idea de JT holística reduciría su evaluación a un elemento (la responsabilidad penal) y a la vez expandiría su juicio (¿hay impunidad?) sobre un conjunto de medidas frente a las cuales esta observación puede resultar inoportuna o impertinente. Por ejemplo, en el reciente caso colombiano, las medidas transicionales buscan crear un Sistema Integral conformado por una comisión de la verdad, una unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas y una jurisdicción especial como medidas judiciales y extrajudiciales para atender las violaciones del conflicto. Además de este Sistema, el Acuerdo Final crea una serie de programas y medidas en materia de víctimas, reforma rural integral, participación política, cese al fuego y dejación de armas, y drogas ilícitas. En este escenario, una evaluación monolítica del Sistema referida a la impunidad resultaría al menos insuficiente frente a la multiplicidad de mecanismos. Como indicador de la discrepancia conceptual, la amplitud de mecanismos que puede ofrecer la JT, hay que decirlo, podría acarrear problemas de impunidad, así como también otra serie de dificultades.

Otro de los desafíos que se derivan del amplio espectro que ha adquirido la JT son la coherencia y la fragmentación del sistema (de Greiff, 2011). En efecto, entre más mecanis-

mos existe una mayor pretensión de integralidad, pero un desafío mayor de lograr que los diferentes actores actúen de una manera coordinada o al menos convergente. Un ejemplo muy claro fue vivido en los procesos de Justicia y Paz. Mientras que algunos de los tribunales sostenían la importancia de la responsabilidad y de las víctimas, algunas fuerzas políticas e instituciones de asistencia social propendían por el perdón y el olvido de lo ocurrido, mientras que organizaciones de la sociedad civil, muchas de ellas desde los derechos humanos, permanecieron en constante contradicción cuando no en oposición a este modelo de justicia o, incluso, la misma Presidencia de la República optó por desarticular el proceso frente a los comandantes que decidió extraditar a Estados Unidos de Norteamérica por procesos de narcotráfico.

Otros problemas que no son necesariamente manifiestos pueden ser la inestabilidad política, el temor de las víctimas, la falta de apoyo público, o de financiación adecuada, o la politización de los procesos (inspirado en Secretario General de la ONU, 2004). Todos estos aspectos han sido vívidamente captados en el naciente proceso colombiano con las FARC, especialmente frente a la regulación de la Jurisdicción especial para la Paz y, en general, del Sistema Integral planteado en el Acuerdo.

Gran fuente de esa inestabilidad política y de legitimidad popular ha estado ligada con la discusión sobre la aplicación de una justicia penal. Cuando la JP regula la aplicación de justicia penal, el tema de la impunidad es conducente. Aquí se debe tomar en consideración la panoplia de mecanismos que van desde las medidas penales alternativas hasta las amnistías, así como una serie de metodologías como la priorización y la selección de casos. En muchas ocasiones, las dimensiones y radicalidad de la situación problemática que confronta a la sociedad requieren respuestas multid-

mensionales desde la justicia transicional que pueden ser complementarias o alternativas a las ordinarias: valiéndonos de una expresión que suele ser atribuida a Albert Einstein, no se debe hacer lo mismo una y otra vez si lo que se espera es obtener resultados diferentes.

Si bien no existen fronteras claras sobre la entidad y dimensión jurídica de las sanciones por violaciones graves de derechos humanos, el derecho internacional ha trazado una frontera de control frente a medidas jurídicas que anulan la posibilidad de responsabilizar a una persona por violaciones graves.

En específico, la Corte Interamericana ha establecido que tanto la concesión de autoamnistías<sup>15</sup> como de amnistías generales e incondicionadas, o disposiciones análogas como la prescripción, la irretroactividad de la ley penal, la cosa juzgada, el *non bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad frente a violaciones de derechos humanos, constituye una violación a dicho deber, y por lo tanto se encuentra proscrita<sup>16</sup>. En gran medida, esta proscripción se erige sobre un argumento en contra de la impunidad, la cual se define en el contexto interamericano como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de

---

15 Debido a que estas leyes impiden la identificación de los responsables y el acceso a la justicia, “[l]as leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”. Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75, párrs. 41-44.

16 Caso Barrios Altos contra Perú, párr. 41; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil, párr. 257; Caso Gelman contra Uruguay, párr. 225; Caso Contreras y otros contra El Salvador, párr. 185.

las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana<sup>17</sup>. Con esto, la Corte Interamericana se ha apoyado en el control de convencionalidad para ordenar a los Estados Parte adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención, conforme con la regla derivada del derecho de gentes, según la cual los Estados que ratifican un tratado de derechos humanos deben introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Recientemente, en Perú, con ocasión de la decisión presidencial de conceder “indulto y derecho de gracia por razones humanitarias” al expresidente peruano Alberto Fujimori, condenado por diferentes violaciones graves de derechos humanos, “respecto de las condenas y procesos penales que a la fecha se encuentran vigentes” (Resolución Suprema n.º 281-2017-JUS), fue notable la reacción antagónica por parte de los órganos internacionales de derechos humanos frente a la admisibilidad de las amnistías frente a ofensas graves en el derecho internacional. Según el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas, la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, y el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, “el derecho internacional de los derechos humanos restringe la concesión de amnistías, indultos u otras exclusiones de responsabilidad en casos de violaciones graves de los derechos humanos, incluidas ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas” (OHCHR, 2017). Igualmente, Human Rights Watch (2017)

---

17 Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) contra Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia del 25 de enero de 1996. Serie C n.º 23, párr. 173, y Caso Contreras y otros contra El Salvador.

declaró que “[l]os delitos que constituyen violaciones de derechos humanos no pueden ser indultados”, aclarando que si bien, en su juicio, de haber “motivos legítimos de salud o humanitarios para que Fujimori obtenga libertad anticipada, esa opción podría considerarse, pero únicamente empleando los mismos estándares y procedimientos que se aplican a todas las demás personas que cumplen penas de prisión en Perú”, rechazando “cualquier indulto u otro tipo de liberación de Fujimori por motivos políticos” bajo el argumento de que ello constituiría “un golpe duro a las víctimas de atrocidades en Perú y un serio retroceso para el estado de derecho en el país”.

Al respecto, la CIDH (2017) emitió un comunicado oficial en el que cuestionó el indulto concedido a Alberto Fujimori puesto que, entre otras cosas, desconoce “el principio de la proporcionalidad entre el perdón de la pena y la gravedad de los delitos de lesa humanidad. Los crímenes contra la humanidad son aquellos que ofenden los principios generales del derecho y se convierten en una preocupación de la comunidad internacional, constituyendo una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que no deben quedar impunes”. Bajo un criterio de lucha contra la impunidad, la CIDH declaró que el SIDH ha establecido que “el otorgamiento indebido de beneficios en la ejecución de la pena puede eventualmente resultar en una forma de impunidad, especialmente cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos. La Comisión subraya que el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la aplicación de amnistías, indultos y otros excluyentes de responsabilidad a personas que han sido encontradas culpables de crímenes de lesa humanidad”.

Dentro del espacio de lo posible, más allá de la proscripción de las amnistías o excluyentes de responsabilidad análogas para casos de violaciones graves bajo un argumento anti-impunidad, se encuentra una especie de zona de penumbra frente a las sanciones alternativas o la aplicación de otras medidas de justicia como la restaurativa. De esta penumbra se alimentaron los discursos anti-impunidad movilizados en la Campaña por el “No”, como quedó planteado en el aparte precedente de este escrito. Este tema tiene una extensión mayor a la posible en este texto; no obstante, es importante exponer algunas ideas básicas que permiten aclarar mejor la posible observación de su campo.

Muchas de las medidas transicionales, al menos las aplicadas en diferentes momentos históricos en el contexto colombiano, han implicado penas alternativas, amnistías, indultos, mecanismos no penales e incluso extrajudiciales, entre otros. Al respecto, Mario Aguilera (2012) documentó solo hasta 2012 un aproximado de 200 eventos de amnistía o indulto en la historia republicana del país<sup>18</sup>. De aceptar que estos mecanismos de “perdón legal” son elementos de JT, la aplicación de esta institución, sobre todo en tal dimensión, puede ser vista como el síntoma de una justicia impotente (impunidad) que en clave transicional se ofrece como una oportunidad de saldar las cuentas con la justicia de unos pocos.

La existencia de una obligación de proveer justicia frente a violaciones de derechos humanos, especialmente acentuada cuando las mismas revisten de una gravedad

---

18 Sin contar posibles amnistías disfrazadas o encubiertas que tienen efectos prácticos asimilables pero que se revisten de una técnica o discurso político diferente.

particular, no conlleva una forma única de sancionar. En este sentido, si bien la justicia penal ha sido reivindicada por los tribunales internacionales y muchos de los movimientos sociales como la jurisdicción competente para encontrar satisfecha la obligación de investigación y juzgamiento, sus consecuencias no están unívocamente reguladas internacionalmente.

Al abordar el tema de la sanción “posible” existe un gran obstáculo cognitivo del sistema de responsabilidad penal. La pena ha sido caracterizada en Occidente como una medida identificada automáticamente con una noción de infligir intencionalmente sufrimiento para responsabilizar (Pires, 2015). La institución carcelaria ha absorbido así las ansiedades de regularización y estandarización de esta forma de responsabilidad que busca históricamente salir del esquema de penas corporales pero que se impone bajo una medida temporal. En este sentido, el sistema está sumergido en la graduación temporal más que en la posibilidad de atender los conflictos sociales criminalizables con medidas diferenciales. En gran parte de los tratados internacionales de derechos humanos se hace una referencia expresa al principio de proporcionalidad, bajo un fraseo de sancionar en función de la gravedad de lo sucedido. En ese sentido se ha hablado por la jurisprudencia interamericana de “sanciones pertinentes” y sanciones a los responsables, incluso como una obligación de *jus cogens*. No obstante, la delimitación de lo que resulta pertinente frente a una violación en particular resulta de difícil determinación. Si nos ceñimos al principio de proporcionalidad, el mismo nos asiste mal en el propósito de establecer una escala desproveída de grandes problemas morales: ¿cómo pensar siquiera en una proporcionalidad entre un acto de tortura, una desaparición forzada, o una ejecución extrajudicial y una sanción jurídica, cualquiera que ella sea, sin pretender

atascarse en el campo árido de una justicia de talión? Pensando precisamente en esta pregunta es importante captar la restricción de ciertas formas de penas definidas como torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como la transición de restricción a abolición progresiva de la pena de muerte.

La discusión sobre la aplicación de la pena de muerte es del todo relevante, en tanto que permite visualizar los rasgos esenciales de una de las formas penales radicales y sus justificaciones para entender el alcance de los argumentos en favor de la aplicación de penas severas, y cómo estos irradian los discursos especializados sobre la responsabilidad penal.

Según un informe de la Coalición Mundial (n. d.), a la fecha, 141 países han abolido la pena de muerte de derecho o de facto. Mientras que 104 países han abolido la pena de muerte para todos los delitos, siete países han abolido la pena de muerte para la mayoría de los crímenes exceptuando los más graves, y 30 países podrían ser tenidos como abolicionistas en la práctica porque no han ejecutado a nadie durante los últimos 10 años y su política o práctica se ha alejado de dicha medida. Así las cosas, 57 países aún mantienen la pena de muerte.

En todo caso, aún con tal cantidad de Estados que insisten en dicha forma de sanción, hay indicadores de un descenso global relativo en el uso de la pena de muerte. Así lo capta un informe de Amnistía Internacional (2017) que en su Informe Global de Condenas a Muerte y Ejecuciones en 2016 estableció que para ese año se registró una disminución del 37% en el número de ejecuciones respecto a las llevadas a cabo el año anterior —“se ejecutó al menos a 1.032 personas: 602 menos que en 2015, cuando la organización registró la cifra de ejecuciones más alta llevadas a cabo en un solo año desde 1989. Pese a la considerable

disminución, la cifra general de ejecuciones de 2016 siguió siendo más alta que la media registrada el decenio anterior”–; pero que, pese a esto, se registró un aumento en las personas condenadas a la pena capital –“Amnistía Internacional registró 3.117 condenas a muerte en 55 países en 2016: un incremento significativo respecto al total de 2015 (1.998 condenas en 61 países)”–.

Aunque la pena de muerte ha tenido una trayectoria hacia la abolición, las alternativas propuestas por el sistema penal reafirman el poder de disposición sobre la vida de las personas declaradas responsables de infracciones particularmente graves. Paradójicamente, aunque existe una visibilización de la pena de muerte como una medida que resulta contraproducente para la vigencia del derecho a la vida, existe una posibilidad debilitada frente a la restricción de la prohibición de penas que impliquen una duración particularmente extensa, esto es, que por su extensión en el tiempo comprometa la vida social de los individuos condenados, más allá de la vida biológica concreta.

Al respecto, como lo sustentamos con Alvaro Pires (Umaña Hernández & Pires, 2016), basándonos en los estudios de Mereu (2012), entendemos que existe una forma de disponer el sistema penal de modo que sus penas impliquen la muerte social de los sometidos al sistema. Este modo que denominamos de penas radicales ha pasado ampliamente desapercibido, continúa vigente y se presenta creciente en la regulación penal de Occidente. El potencial de los derechos humanos al respecto es importante y su posibilidad de restricción es relevante. Sin embargo, de la mano del discurso de proporcionalidad y necesidad, los derechos humanos han enfatizado en llegar a penas adecuadas a través de “penas pertinentes” o “adecuadas” que en muchos casos se han regulado como “penas severas” o que han tolerado la aplicación de la cadena perpetua.

#### 4. CONCLUSIONES

En un contexto paradójico en el que la justicia transicional se reclama como una forma de combatir la impunidad y al mismo tiempo es rechazada por ciertos actores como una forma de brindar impunidad, trabajamos con esta constatación (discursiva) con el objetivo de aclarar la distinción conceptual entre JT e impunidad. A través de un análisis problematizado de esta distinción exploramos ambivalencias y oposiciones entre las ideas transicionales y el fenómeno de la impunidad tomando como base un análisis de discurso.

Desde la campaña del “No” del Plebiscito para la aprobación del Acuerdo de La Habana encontramos dos niveles argumentativos. El primero una posición meramente emotiva que buscaba influir en la psicología social despertando sentimientos de indignación, odio y rencor a través de argumentos contra la impunidad; y el segundo, una ambigüedad conceptual que admitía como “alivio” la posibilidad de evitar la cárcel para las Fuerzas Militares, y rechazaba como “impunidad” la posibilidad de que los grandes responsables de las guerrillas tuvieran esa misma suerte. Esta ambigüedad permite visibilizar también el uso estratégico de las zonas de penumbra que asisten a los observadores cuando abordan el difícil tema de la impunidad. Si se quiere, el problema de la transición exagera esta dificultad de conceptualización y el empleo político del tema que se suele anteponer al análisis científico.

En este escrito exploramos las fronteras de la sanción desde el discurso de los derechos humanos y pusimos acento en la dificultad de análisis y delimitación de lo que puede constituir una pena pertinente o adecuada. Al respecto, existen múltiples debates. Dedicamos un espacio concreto al debate de la extensión de la pena y la invisibilización de

la radicalidad que implica adoptar como “ideal” una forma de responsabilizar que gire en torno a infligir sufrimiento a través de penas privativas de la libertad que, en muchos casos, truncan la vida biológica cuando no social de los individuos que somete.

La idea de la JT bajo la égida del derecho internacional de los derechos humanos reafirma la distinción teórica entre impunidad y JT; aunque, al mismo tiempo, su implementación pone de presente posibles puntos de acoplamiento<sup>19</sup>: la JT puede implicar un fenómeno de impunidad que, sin embargo, no desdibuja la diferencia conceptual entre esta forma de disponer justicia y el problema social de la impunidad. En sí, esta distinción se reafirma en la agenda de la JT de aplicar estos mecanismos para generar medios que logren reintegrar o incorporar dentro de la regencia del derecho (*the rule of law*) a aquellas personas que participan en un conflicto social y que, de una u otra forma, desde una posición de legalidad (o paralela a la misma) o ilegalidad, permanecen galvanizados frente a la acción de la justicia (impunidad).

En últimas, quisiéramos poner de presente que la evaluación del tema de la impunidad requiere de un mayor análisis. En todo caso, su aplicación en un ambiente transicional debe ser cuidadosa. Es importante preservar las formas de responsabilidad ante las violaciones y delitos, especialmente ante aquellas que generan una ruptura social; no obstante, este propósito no debe impedir un abordaje holístico de lo que implica hacer justicia, acentuado en situaciones de álgida confrontación social. La evaluación de la impunidad

---

19 La JT “intenta proporcionar las medidas de justicia más relevantes en las condiciones políticas de cada momento. Si sólo pretende esquivar la aprobación de medidas de justicia coherentes, no será más que una impunidad más sutil” (ICTJ, n. d.).

basada en los grados o años de cárcel puede fácilmente dejar de lado la discusión sobre la responsabilidad y las medidas integrales que pueden servir a generar un auténtico bienestar social que pasan por generar oportunidades, modificaciones y capacidades en la institucionalidad y la sociedad en general para abordar desde una perspectiva integral una respuesta a los problemas sociales del pasado y un presente y futuro de condiciones más justas, prósperas y comprometidas con el bienestar colectivo. Tal vez, dicho olvido es uno de los propósitos del uso recurrente que hacen los políticos sobre la materia. Como lo aprendimos de los discursos de la Campaña del “No”, el objetivo es generar indignación y que la gente deje de discutir sobre el problema. Este puede ser un uso cautivador de los discursos de la impunidad que, a la vez, genera una sensación de estar en pie de lucha contra un problema social e inmoviliza su solución o, al menos, su atención de fondo.

Dichas medidas en gran medida no se pueden limitar a mecanismos de transición, sino que deben engranarse y alimentar medidas de justicia social en curso o potenciales para llevar a la sociedad a un sitio diferente al (mal)logrado.

El proceso de transformación institucional, político y económico que es necesario para darle vigencia plena a los derechos en contextos en los que ha habido déficits sistémicos severos es un proceso de largo plazo y que comprende tanto a todas las instituciones del Estado como a todos los estamentos de la sociedad (de Greiff, 2014).

## 5. REFERENCIAS

[ACUERDO] REPÚBLICA DE COLOMBIA (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Recuperado de <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/Paginas/inicio.aspx>

- AGUILERA, M. (2012). Refundemos la nación: perdonemos a delincuentes políticos y comunes. *Análisis político*, 25(76), 5-40.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2017). Condenas a muerte y ejecuciones en 2016, Doc. ACT 50/5740/2017, abril de 2016.
- CASTELLS, M. (2009). *Comunicación y poder* (HERNÁNDEZ, M., trad.). Alianza Editorial.
- CIDH (2017, 28 de diciembre). CIDH expresa profunda preocupación y cuestiona el indulto concedido a Alberto Fujimori. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2017/218.asp>
- COALICIÓN MUNDIAL CONTRA LA PENA DE MUERTE (n. d.). En <http://www.worldcoalition.org/>
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2017). Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 28 de septiembre de 2017 36/7 del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 36º período de sesiones, 11 a 29 de septiembre de 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH (1996). Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) contra Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia del 25 de enero de 1996. Serie C, n.º 23.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH (2001) Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, n.º 75.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH (2001) Caso Contreras y otros contra El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, n.º 232.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH (2010) Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") contra

Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, n.º 219.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH (2011) Caso Gelman contra Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, n.º 221.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Radicado N. 32575, 14 de diciembre de 2009 (M. P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS).

DUBÉ, R., GARCÍA, M., & MACHADO, M. R. (eds.) (2013). *La rationalité pénale moderne: Réflexions théoriques et explorations empiriques*. University of Ottawa Press.

EL ESPECTADOR (2016, 18 de agosto) Iglesia Católica aclara su posición frente al plebiscito por la paz. *El Espectador*. Redacción Política. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/politica/iglesia-catolica-aclara-su-posicion-frente-al-plebiscit-articulo-649730>

EL ESPECTADOR (2017, 4 de junio). «Campaña no apeló a la mentira”: Centro Democrático frente a estrategia en el plebiscito. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/campana-no-apelo-la-mentira-centro-democratico-frente-estrategia-en-el-plebiscito-articulo-696834>

EL PAÍS (2016a, 3 de agosto). “Emprendemos la campaña por el No al plebiscito”: Álvaro Uribe. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/proceso-de-paz/emprendemos-la-campana-por-el-no-al-plebiscito-alvaro-uribe.html>

EL PAÍS (2016b, 6 de octubre). Las polémicas revelaciones de promotor del No sobre estrategia en el plebiscito. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/proceso-de-paz/las-polemicas-revelaciones-de-promotor-del-no-sobre-estrategia-en-el-plebiscito.html>

- EL TIEMPO (2016, 2 de octubre). 'Nos escuchan y los escucharemos', pide expresidente Uribe. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/palabras-de-alvaro-uribe-en-plebiscito-57660>
- GREIFF, P. DE (2011). Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional. *Anuario de derechos humanos*, (7), 17-39.
- GREIFF P. DE (2014). Intervención de Pablo de Greiff, Relator Especial de las Naciones Unidas Para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición en el "Foro sobre las víctimas", Cali, Colombia. Recuperado de [http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/PDeGreiff\\_Cali\\_Agosto\\_2014.pdf](http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/PDeGreiff_Cali_Agosto_2014.pdf)
- HUMAN RIGHTS WATCH (2017, 6 de julio). Perú no debe brindar un trato especial a Fujimori. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/news/2017/07/06/peru-no-debe-brindar-un-trato-especial-fujimori>
- ICTJ (n. d.) ¿Qué es la justicia transicional? Recuperado de <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>
- KENYAN NATIONAL DIALOGUE AND RECONCILIATION (2008). Commission of Inquiry on Post-Election Violence del 4 de marzo de 2008.
- KENYAN NATIONAL DIALOGUE AND RECONCILIATION (2008). Statement of Principles on Long-term Issues and Solutions del 23 de mayo de 2008.
- MARCOS, A. (2016, 12 de octubre). El voto evangélico, clave en la victoria del 'no' en el plebiscito de Colombia. *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/internacional/2016/10/12/colombia/1476237985\\_601462.html](https://elpais.com/internacional/2016/10/12/colombia/1476237985_601462.html)
- MEREU, I. (2012). *La mort comme peine*. Larcier.

- OHCHR (2017, 28 de diciembre). Peru: UN human rights experts appalled by Fujimori pardon. *OHCHR*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22568&LangID=E>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2014). Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Doc. A/HRC/27/56.
- OLSEN, T. D., LEIGH A., P., & REITER, A. G. (2010). *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*. Washington: United States Institute of Peace Press.
- PÉREZ, J. B., & FERNÁNDEZ, A. R. A. (2009). Impunidad, derechos humanos y justicia transicional. Universidad de Deusto.
- PIRES, A. P. (2001). La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie Et Sociétés*, 33(1), 179-204.
- PIRES, A. (2013). Naissance et développement d'une théorie et ses problèmes de recherche. En DUBÉ, R., GARCÍA, M., & MACHADO, M. R. (eds.), *La rationalité pénale moderne: Réflexions théoriques et explorations empiriques* (pp. 289-323). University of Ottawa Press.
- PIRES, A. (2015). L'adoption intersystémique des énoncés de sens: le concept de punition en matière criminelle. En SOSOE, L. K., *Le droit - un système social/Law as a social system. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*. Zürich, New York : Georg Olms Verlag, Europaea Memoria, Studien und Texte zur Geschichte.
- RAMÍREZ PRADO, J. (2016, 4 de octubre). El No ha sido la campaña más barata y más efectiva de la historia. *Asuntos Legales*. Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/el-no-ha-sido-la-campana-mas-barata-y-mas-efectiva-de-la-historia-2427891>

RCN (2016, 3 de agosto). “Aprobar el ilegítimo plebiscito equivale a aceptar la impunidad total”: Uribe. Noticias RCN. Recuperado de <http://www.noticiasrcn.com/nacional-dialogos-paz/aprobar-el-ilegitimo-plebiscito-equivale-aceptar-impunidad-total-uribe>

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO (2015). Déclaration finale du forum sur la paix dans le territoire de Nyunzu del 10 de diciembre de 2015.

REVISTA DINERO (2016, 10 de junio). Aquí el listado de donantes a campaña del No... y no está Ardila Lülle. *Revista Dinero*. Recuperado de <http://www.dinero.com/pais/articulo/empresario-que-aportaron-a-la-campana-del-no-en-el-plebiscito/234634>

REVISTA SEMANA (2016a, 25 de septiembre). “Lo que he tratado es de abrirles los ojos a los colombianos”: Alejandro Ordóñez. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/alejandro-ordonez-habla-del-proceso-de-paz-el-gobierno-santos-la-ideologia-de-genero-y-el-plebiscito/495287>

REVISTA SEMANA (2016b, 17 de septiembre) Así van las campañas del No al plebiscito. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/plebiscito-por-la-paz-los-argumentos-y-campanas-del-no/494036>

REVISTA SEMANA (2016c, 1 de octubre). La guerra publicitaria entre el Sí y el No. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/plebiscito-por-la-paz-campanas-publicitarias/496135>

REVISTA SEMANA (2016d, 7 de agosto) Redes sociales: la clave del plebiscito. Recuperado de <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/redes-sociales-la-clave-del-plebiscito/485102>

REVISTA SEMANA (2016e, 29 de septiembre) Las cinco mentiras del plebiscito que circularon por WhatsApp. Recuperado

de <http://www.semana.com/tecnologia/articulo/plebiscito-por-la-paz-mentiras-que-se-propagaron-por-whatsapp/495972>

SECRETARIO GENERAL DE LA ONU (2004). Informe sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Recuperado de <http://www.un.org/es/sc/documents/sgreports/2004.shtml>

SOMALIA (2008). Decision on the High-Level Committee Djibouti Agreement del 25 de noviembre de 2008.

TEITEL, R. G. (2000). *Transitional justice*. Oxford University Press on Demand.

TOGO (2006). Dialogue inter-togolais: accord politique global del 20 de agosto de 2006.

UMAÑA, C. (2016), *La mula muerta: el tema de la impunidad en Colombia y el contexto de las negociaciones en la Habana*, Universidad Externado de Colombia, Serie Documentos de Trabajo, n.º 58. Recuperado de <http://icrp.uexternado.edu.co/working-papers/>

UMAÑA HERNÁNDEZ, C., & PIRES, A. (2016). Derechos Humanos y Penas Radicales: ¿Crítica o Justificación? La Recepción del Derecho Internacional Humanitario en el Código Penal Colombiano. *Oñati socio-legal series*, 6(3), 877-900.

URIBE VÉLEZ, A. (2016, 3 de agosto). Nuestra campaña por el No. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/contenido/politica/partidos-politicos/ARCHIVO/ARCHIVO-16663740-0.pdf>

VANGUARDIA LIBERAL (2016, 6 de octubre). "La estrategia era dejar de explicar los acuerdos": Gerente de la campaña del No. Recuperado de <http://www.vanguardia.com/colombia/375582-la-estrategia-era-dejar-de-explicar-los-acuerdos-gerente-de-la-campana-del-no>

**SEGUNDA PARTE**  
**EFFECTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL**  
**EN LA POBLACIÓN VULNERABLE**

## CAPÍTULO 6

### DIGNIDAD EN UN NO- LUGAR

MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO<sup>1</sup>

#### RESUMEN

Este artículo investiga el lugar de la dignidad personal en el sistema carcelario colombiano. Esto como resultado de un taller participativo, articulado alrededor de una tertulia literaria, con algunos presos de la cárcel La Picota, en Bogotá. En este documento se sostiene que a pesar de las evidentes condiciones indignas de las cárceles colombianas, las personas privadas de la libertad construyen dignidad en el cotidiano a través del arte y la literatura. En un primer apartado, se explica el proceso participativo realizado y se evalúa el concepto de dignidad que tienen los presos. Un segundo apartado señala los obstáculos a la dignidad que identifican los propios presos en su espacio de reclusión. Un último apartado señala los principales retos para

---

1 Directora del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia y *Chairholder* de la Cátedra Unesco. [marcela.gutierrez@uexternado.edu.co](mailto:marcela.gutierrez@uexternado.edu.co)

cambiar la dramática situación existente y propone algunas estrategias para superarlos.

*Palabras clave:* indignidad, cárcel, dignidad, resistencia, arte, literatura, Gabriel García Márquez.

## DIGNITY IN A NONPLACE

### ABSTRACT

This article investigates the place of personal dignity in the Colombian prison system. This is the result of a participatory workshop, organized around a literary gathering, with some prisoners from the La Picota prison in Bogotá. This document argues that despite the obvious unworthy conditions of Colombian prisons, people deprived of freedom build dignity in everyday life through art and literature. In a first section, the participatory process is explained and the concept of dignity that prisoners have is evaluated. A second section points out the obstacles to dignity that the prisoners themselves identify in their detention space. A final section points out the main challenges to change the dramatic situation and proposes some strategies to overcome them.

*Keywords:* Indignity, Jail, Dignity, Resistance, Art, Literature, Gabriel Garcia Marquez.

### 1. INTRODUCCIÓN

El estado de cosas inconstitucional (ECI, en adelante) de las cárceles en Colombia fue declarado por la Corte Constitucional colombiana en tres momentos diferentes (T-153

de 1998<sup>[2]</sup>, T-388 de 2013 y T-762 de 2015<sup>[3]</sup>). Este ECI surgió como resultado de una absoluta indignidad carcelaria. Esta investigación<sup>4</sup> se construyó a partir de esa indignidad presente en las cárceles colombianas para indagar la percepción y construcción de los presos acerca de la dignidad, la cual se desarrollará en este escrito de investigación. La mayoría de las investigaciones evidencian el estado de indignidad carcelaria desde afuera hacia adentro, sin tener en cuenta la construcción de las personas privadas de la libertad (PPL, en adelante). Esta investigación, por el contrario, se centra en la percepción de las propias PPL sobre su dignidad.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-762 de 2015, afirmó que: “las condiciones de reclusión atentaban directamente contra la dignidad humana, la vida, la integridad y otros derechos fundamentales de los reclusos”. La Sentencia T-388 de 2013 confirma el ECI por el hacinamiento carcelario crónico y resalta el problema de la salubridad en el interior de los establecimientos carcelarios como vulneración al derecho a la salud, entre otros derechos humanos. Con esta declaratoria del ECI se muestra el incumplimiento del Estado en garantizar los derechos humanos de las PPL. El Estado tiene una relación especial de sujeción frente a las PPL. Lo anterior quiere decir que el Estado debe proteger a los internos y salvaguardar la dignidad, la autonomía, los derechos humanos y la igualdad, como derechos irrenunciables e infranqueables en cualquier democracia.

---

2 M. P. MARÍA VICTORIA CALLE CORTÉS, 28 de junio de 2013.

3 M. P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, 16 de diciembre de 2015.

4 El objetivo general de esta investigación fue el de identificar el concepto de dignidad en el mundo carcelario, y los objetivos específicos fueron los siguientes: a) Identificar las percepciones de dignidad en relación con otros valores; b) Relacionar dignidad y derecho, y c) Relacionar dignidad y poderes.

El antropólogo Marc Augé ha desarrollado el concepto del *no-lugar* como un aspecto central de nuestra contemporaneidad. Usaremos este concepto tal como el propio autor lo desarrolla: “si un lugar puede definirse como lugar de identidad, relacional e histórico, un espacio que no puede definirse ni como espacio de identidad ni como relacional ni como histórico, definirá un *no-lugar*” (Augé, 1993). A pesar de que Augé propone el *no-lugar* para espacios diferentes a las cárceles, es evidente que la vida carcelaria es precaria desde el punto de vista de la vitalidad y por tanto pensar la cárcel como un *no-lugar* nos puede ayudar a entender mejor sus dinámicas.

Ante ese *no-lugar*, nos preguntamos si surgen “lugares” intra-murales, como medio de resistencia ante el estado de indignidad carcelaria. Si esos lugares existen, preguntémosnos cómo se recrea la vida cotidiana y cómo son las relaciones de un lugar en un *no-lugar*. Tal como lo desarrolla Augé, en la realidad concreta del mundo de hoy, los lugares y los *no-lugares* se entrelazan, se interpenetran. “La posibilidad del *no-lugar* no está nunca ausente de cualquier lugar que sea” (Augé, 1993). En la cárcel desaparece la dignidad pero también se construye, a través de mecanismos diferentes al coactivo: la discusión, la lectura<sup>5</sup> y el arte. Como lo describe Viktor Frankl: “[la dignidad] surge como reacción a momentos difíciles y como respuesta a un propósito en la vida” (Frankl, 1991).

El eje central de la investigación es la reflexión sobre la dignidad. Por un lado, como obligación estatal y por el otro, como construcción ciudadana. Esta investigación se centró

---

5 A través de la tertulia literaria en la Cárcel La Picota (2017) se ha logrado descubrir esa lucha por una existencia digna. El diálogo y la discusión de obras literarias (GM) ha creado un espacio literario de vínculos que transforman las realidades institucionales de indignidad.

en identificar la dignidad real en la sociedad intra-mural, desde una construcción alternativa por parte de los internos.

La metodología de esta investigación fue la cartografía social, las entrevistas y la discusión en Tertulia<sup>6</sup> Literaria<sup>7</sup> (Picota, 2017). La Tertulia Literaria buscó empoderar a los internos en derechos humanos y, sobre todo, resaltar la importancia de la dignidad como medio de resistencia y principio fundante del Estado de Derecho y de la democracia. A través del análisis de algunas de las obras de Gabriel García Márquez (*La hojarasca*, *El coronel no tiene quien le escriba*, *Los funerales de la Mamá Grande*, *La mala hora*, *El amor en los tiempos del cólera* y *Cien años de soledad*) se dialogó sobre el concepto de dignidad, valores y poderes difuminados en todo el tejido social en Colombia.

En los siguientes tres apartados se recogen los resultados del proceso participativo realizado. En un primer apartado se recogerá la discusión en materia de dignidad y derechos humanos. El siguiente apartado se enfoca en señalar los principales obstáculos a la dignidad identificados en el proceso colaborativo. Un tercer apartado recoge, a modo de conclusión, los principales retos con miras a corregir la preocupante situación de indignidad en las clases colombianas.

## 2. DIGNIDAD Y DDHH

La conquista de una concepción autónoma de la dignidad, centrada exclusivamente en la persona humana en sí, es un logro reciente. Se reconoce un valor intrínseco a la vida

---

6 *Tertulia* según la RAE: “reunión de personas que se juntan habitualmente para conversar o recrearse”.

7 *Literaria* viene de la palabra *literatura*, que según la RAE es “el arte de expresión verbal”; “Conjunto de las producciones literarias de una nación, de una época o de un género”.

humana con independencia de cualquiera preferencia externa, sea de mérito, económica, intelectual o social, que pueda concurrir en un individuo (Dorn Garrido, 2011). Como valor intrínseco de la vida, igualmente está la concepción kantiana de la dignidad humana, anclada en la libertad de autodeterminación del individuo para elegir su proyecto de vida e implementarlo según sus propias convicciones y creencias, sin injerencias externas que impliquen la imposición de una determinada ética.

Es así que se dice que la dignidad es la fuente de los derechos humanos (DDHH, en adelante) y el respeto a ella prohíbe que el Estado trate a una persona simplemente como un medio para alcanzar un fin" (Habermas, 2010). "La dignidad humana, que es una y la misma en todas partes y para todo ser humano, fundamenta la indivisibilidad de todas las categorías de los derechos humanos. Únicamente sobre la base de una colaboración recíproca, los derechos fundamentales pueden cumplir la promesa moral de respetar por igual la dignidad humana de cada persona" (Habermas, 2010).

Para entender esa dignidad, es fundamental la separación entre la ética pública y privada como una garantía para el libre desarrollo de la personalidad (Dorn Garrido, 2011). De este modo, es posible afirmar que la dignidad de la persona exhibe una dimensión individual anclada en la autonomía y libre desarrollo de la personalidad, pero también contempla una dimensión ética pública que remite la dignidad de la persona humana al nivel de fundamento del orden político.

Es necesaria, entonces, "la entronización jurídica de la dignidad humana, entendida como fundamento de la legitimidad del sistema jurídico y político"; es la expresión de un acuerdo conceptual que reconoce en la dignidad un sustrato ético cuya preservación resulta indispensable, ya

que su degradación atenta contra la cohesión de un orden público fundado en la libertad, igualdad, justicia y paz social que son, al mismo tiempo, las condiciones necesarias para el libre e igual desarrollo de la personalidad” (Dorn Garrido, 2011).

La base de toda gestión estatal es el respeto a los DDHH. Los DDHH surgieron como oposición a la opresión creando resistencia a las violaciones. Así mismo, los DDHH se entienden como inviolables e indivisibles. Los derechos humanos no son sino la expresión jurídica de la dignidad de las personas y su función es precisamente *permitir y garantizar su respeto*, y la democracia es el ámbito en el que pueden desarrollarse las relaciones políticas de la comunidad en un marco de respeto a la dignidad [cursivas añadidas] (Martínez Bulle, 2013).

Los DDHH se han positivizado en instrumentos internacionales y nacionales y se han creado las herramientas para materializar el derecho y las obligaciones. Estos derechos positivizados reflejan el significado jurídico de la dignidad (Habermas, 2010), que se ha desarrollado históricamente.

La normativa internacional y el Pacto de derechos civiles y políticos (1966) tienen como fin lograr la dignidad a través de la garantía de algunos derechos, entre otros: el derecho a la libre determinación, derecho a la igualdad y a la no discriminación, derecho a ejercer recursos, derecho a la vida y a la integridad personal, derecho a la libertad y a un trato digno, derecho al debido proceso, derecho a la libertad de pensamiento, derecho a la familia. Asimismo, el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales (1966) establece que a todo ser humano digno se le debe garantizar el derecho, entre otros, a un trabajo equitativo y satisfactorio, derecho a la seguridad social, derecho a una vida adecuada para sí y para su familia, derecho a la salud física y mental, derecho a la educación, derecho a una vida cultural.

Y para el caso de las prisiones, la dignidad no excluye a nadie ya que la humanización se exige para todos. La Sentencia T-388 de 2013 de la Corte Constitucional afirma:

Toda persona, sin importar cuál sea su condición, es igualmente *digna* a las demás y requiere una protección amplia de parte del Estado. Incluso si se trata de una persona que ha actuado erradamente y ha cometido gravísimos crímenes en contra de otros [...] ni siquiera a los delincuentes más crueles, atroces y despiadados, se les dejará de respetar el derecho a la vida y el respeto irrestricto a la dignidad de toda persona [cursivas añadidas].

De acuerdo con la Corte, la dignidad de toda persona se puede identificar en el ámbito de la autonomía individual, de las condiciones de vida cualificadas y de la intangibilidad del cuerpo y del espíritu. La particularidad ética y moral de una sociedad democrática, fundada en el respeto al principio a la dignidad, es que se niega a deshumanizar e irrespetar la dignidad humana, en la forma como quien delinque lo hace con sus víctimas.

Sin embargo, el ECI de las cárceles evidencia en la realidad el quiebre de la dignidad y de los DDHH. En espera de reflexiones críticas a los fines de la pena y a su aplicación, esta investigación refleja por un lado los obstáculos a la dignidad jurídica y, por el otro, los retos por parte de los internos para la construcción de dignidad a través de la resistencia y la presencia que convierten un *no-lugar* en un lugar.

### 3. OBSTÁCULOS A LA DIGNIDAD

#### 3.1. La excesiva juridización del Derecho

Con base en la novela *El Coronel no tiene quien le escriba* se discutió con las personas privadas de la libertad sobre

dignidad y derecho. El eje de esta novela es la negación del derecho a la pensión de su protagonista, el Coronel, quien espera ese derecho durante casi 50 años. Así, la obra refleja una positivización de los derechos, que por sí misma no los garantiza ni dignifica al ser humano. El efecto de un derecho negado es la indignidad y la humillación.

Durante la tertulia literaria se reflejó un escepticismo frente al derecho formal, como constructor de dignidad. Los participantes de la tertulia consideraron que la técnica del derecho desconoce a ciertos grupos desfavorecidos, siendo selectivo y punitivista. Con relación al derecho penal, el discurso mediatiza el derecho, no regula las relaciones sociales, desconoce el debido proceso (la presunción de inocencia) y la excepcionalidad de la privación de libertad. Como diría Zaffaroni “[...] la resocialización es una suerte de pena de muerte ‘parcial’, incompatible con los más elementales principios de consideración a la dignidad humana” (Zaffaroni, 1990).

En la novela el *Coronel no tiene quien le escriba* sobresalió una “pasividad” del Coronel, ante la realidad (miseria y condicionamientos) jurídica y vivencial, sin lograr movilizar sus derechos<sup>8</sup>.

### 3.2. Los poderes y el autoritarismo

En el libro de cuentos *Los funerales de la Mamá Grande* y la novela *Cien años de soledad* se reflejó el Macondo de los poderes (locales, nacionales, internacionales). Los poderes sociales estaban concentrados en un personaje opresor (la

---

8 Apartes del libro: “Esto es una verdadera humillación”; “Y tú te estas muriendo de hambre dijo la mujer. Para que te convenzas que la dignidad no se come” (GARCÍA MÁRQUEZ, 1980, pp. 48-49).

Mamá Grande o en quien controla lo político, lo económico, lo religioso y lo moral) y en un personaje que acepta la opresión: los “oprimidos” (Freire)<sup>9</sup>.

La Tertulia Literaria se centró en la pregunta sobre la concentración de poderes y la afectación a la dignidad. Se evidenció que en las diferentes regiones del país existe una complicidad “corrupta” frente a lo público, con base en intereses personales y económico-sociales.

En el mapa de actores<sup>10</sup> (Picota, 2017) sobre el escenario carcelario y el control social, uno de los participantes de la tertulia manifestó:

Así pues, esa búsqueda de reafirmar el poder, hace que la cárcel sea un “texto” o un mensaje abierto que se le da a la sociedad por parte de las élites. Ese mensaje consiste en decir “Tranquila, sociedad buena, ustedes están a salvo porque ya hicimos justicia” y es una manera de mantener a la sociedad dormida, por un lado, pues se siente protegida por los representantes del poder y temerosa por otro lado, porque sabe que si no se adapta tendrá la cárcel como castigo. Por este motivo, aunque sea claro que la cárcel no es un escenario para la resocialización, igual, de varias maneras funciona y una de sus maneras es darle un lugar al castigo del mal y reafirmar el lugar de los buenos y los poderosos.

---

9 FREIRE (1967, 1970 y 2000 –última obra de FREIRE, en la que trabajaba al momento de su muerte–). “Arduo ha sido el estudio sobre las sociedades latinoamericanas y aunque continuamente difuso, estudiosos como Wolf y Borda quienes propusieron y desarrollaron la IAP con los principios del constructivismo por un lado y por otro con la concepción de una acción política en toda su extensión, es decir; que para que haya transformación no se puede implantar una idea preconcebida sobre una población, sino que con ella hay que trazar horizontes de sentido que permitan la acción transformadora” (FREIRE, 2000).

10 SILVA JARAMILLO (2016). El uso del mapeo de actores en los tres casos que se van a presentar en el presente artículo se inscribe en la preocupación por idear enfoques locales de análisis y diseño de políticas públicas.

### 3.3. La corrupción

En la novela *La mala hora* se representa el problema social de la corrupción. En la Tertulia se evidenció la complicidad de los diversos actores para acabar con lo público e imponer el régimen del miedo para gobernar. Asimismo, se resaltó la utilización de la cárcel para criminalizar ideas y opositores sociales o políticos.

En el taller de Mapa de actores se hizo la pregunta: ¿la cárcel es para todos? Un testimonio que recoge la discusión mayoritaria, dice: “Aunque en todos los grupos y gremios sociales ha existido la conducta inadaptada, la justicia o manera de regulación del acto que atenta contra la sociedad no ha sido ejercida sin distinción del rol social. Esto lleva a pensar que la justicia es selectiva”.

La corrupción existe no solo por los poderes políticos sino por la presión social de los electores de sus elegidos. Se destacó que la corrupción no solo es dinero sino también alienaciones espirituales<sup>11</sup>. Finalmente, se destacó que en la obra de García Márquez las causas de la corrupción y el impacto sobre la dignidad ciudadana son: las amenazas, la presión social, el clientelismo, el juego electoral, la indiferencia y la complicidad ante el dinero público<sup>12</sup>.

---

11 Según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), hace referencia a una limitación o condicionamiento de la personalidad impuestos al individuo a la colectividad por factores externos sociales, económicos y culturales. Diccionario de la RAE, consultado el 7 de junio de 2018. De igual forma se puede entender como el estado mental caracterizado por una pérdida de sentimiento de la propia “identidad”.

12 Según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), hace referencia a lo perteneciente o relativo al Estado o a otra administración.

### 3.4. Territorios controlados

La obra de García Márquez refleja la vida social (extramural e intramural) de muchos territorios de Colombia, los cuales son espacios controlados por diversos poderes. Los territorios (tierras y propiedades) son el eje central de la historia de los conflictos en Colombia. Así, en la novela *Cien años de soledad* se refleja la arbitrariedad y el ánimo de la propiedad sin límites:

Había recibido una denuncia contra José Arcadio. Se decía que empezó arando su patio y había seguido derecho por las tierras contiguas, derribando cercas y arrasando ranchos con sus bueyes, hasta apoderarse por la fuerza de los mejores predios del contorno. A los campesinos que no había despojado, porque no le interesaban sus tierras, les impuso una contribución que cobraba cada sábado con los perros de presa y la escopeta de dos cañones” (García Márquez, 1967, p. 115).

Incluso en la cárcel los espacios controlados subsisten, las disputas territoriales y el tiempo, por ende, también se controla. Existen espacios para traficar, dormir, tener sexo y tener riñas. Estos espacios son ganados y consolidados por la antigüedad.

El testimonio de un interno dice: “la antigüedad da un lugar especial en la cárcel. Cada patio tiene su población y sus valores”.

## 4. RETOS PARA UNA SOCIEDAD DIGNA

### 4.1. Ciudadanía

*Cuando un hombre se encuentra en una situación de total desolación, sin poder expresarse por medio de una acción positiva, cuando su único objetivo es limitarse a*

*soportar los sufrimientos correctamente –con dignidad–  
ese hombre puede, en fin, realizarse en la amorosa  
contemplación de la imagen del ser querido.*

FRANKL (1991)

Entendamos la ciudadanía como “la garantía de los derechos humanos que da origen al estatus de ciudadano de quienes, como sujetos de iguales derechos, tienen la facultad de exigir ser respetados en su dignidad humana” (Habermas, 2010). La ciudadanía construye dignidad. “La dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho” (Habermas, 2010).

En la discusión realizada en la Tertulia Literaria se destacó la importancia de entender la dignidad en los casos concretos y sin abstracciones jurídicas. Es así que se resaltó la importancia del empoderamiento<sup>13</sup> y de la proactividad del ciudadano para hablar de una sociedad democrática. En las palabras de los participantes de la Tertulia, la dignidad se construye:

1. Con solidaridad. El apoyo mutuo es la base del reconocimiento del otro.
2. Con proactividad ante lo humano.
3. Con amor y respeto.
4. Con tolerancia. Un ciudadano que se “ponga en el lugar del otro”, evita muchos conflictos innecesarios<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Según la RAE viene de la palabra *empoderar*, que significa “hacer poderoso o fuerte a un individuo o grupo social desfavorecido”.

<sup>14</sup> Testimonios de algunos internos de la Picota.

Lo anterior crea espacios democráticos en la realidad cotidiana. Como diría P. Freire: “necesitamos una democracia fiel a la naturaleza humana que nos haga capaces tanto de moralizar el mundo como de transgredir la ética e imponer [sic] unos límites a la capacidad de odiar de hombres y mujeres” (Freire, s. f., p. 59).

#### 4.2. Derecho vivo

*La aceptación del otro, el respeto al más débil, la reverencia a la vida, no sólo a la humana, sino también a la vegetal y la animal, el cuidado de las cosas, el gusto por la belleza, la valoración de los sentimientos...*

FREIRE (p. 77)

De acuerdo con los conceptos científicos y humanos desarrollados por Ehrlich, el derecho vivo es “el derecho que domina la vida misma aunque no se haya consagrado en disposiciones jurídicas” (Engle Merry, Griffiths & Tamanaha, 2007). Este se halla en oposición al derecho válido ante el juez y las autoridades, o sea el derecho positivo. Ehrlich define derecho vivo como “el derecho que domina la vida misma aunque no se haya consagrado en disposiciones jurídicas” (Engle Merry, Griffiths & Tamanaha, 2007).

Es importante este concepto para entender no solo el mundo formal sino la realidad de los seres humanos: la realidad vital. En la investigación surgió el encuentro de los dos mundos: el del deber y del ser como hechos irreconciliables. Se discutió sobre un derecho pragmático y que solucione los problemas. “Un derecho que contextualice y busque la equidad. Un derecho como debe ser en un Estado democrático” (Villar Borda, 2017).

Es así que Ehrlich insiste:

el derecho está en la vida social y a ella hay que acudir para conocerlo, en contra de las posturas formalistas y legalistas, que considera el derecho como algo ya dado, y cuyo conocimiento supone tan solo una labor de exégesis, desligada del acontecer social” (Robles Merchán, 1967).

### 4.3. Resistencia

*Las experiencias de la vida en un campo demuestran que el hombre tiene capacidad de elección. Los ejemplos son abundantes, algunos heroicos, los cuales prueban que puede vencerse la apatía, eliminarse la irritabilidad.*

*El hombre puede conservar un vestigio de la libertad espiritual, de independencia mental, incluso en las terribles circunstancias psíquica y física. Cualquier hombre podía, incluso bajo tales circunstancias, decidir lo que sería de él –mental y espiritualmente–, pues aun en un campo de concentración puede conservar su dignidad humana.*

FRANKL (1991)

En las instituciones totales, en las que predominan la dureza y el rigor, las personas institucionalizadas resisten y sobreviven a través de la voluntad, el liderazgo, la ruptura de poderes y el arte.

La voluntad y la esperanza fueron constatadas durante el desarrollo de la Tertulia. A pesar de momentos de incertidumbre y de flaquezas, las PPL se arraigaron en continuar la vida para un proyecto personal con sus familias y amigos. Asimismo, se destacó la importancia del liderazgo como factor clave para construir alternativas y caminos de dignidad a través de la proactividad de los actores de cambio (Mapa de actores, Picota, 2017).

En un entorno hostil, como la cárcel, el cambio de sus decisiones y de las relaciones con los otros, harían más amables los espacios vitales, como una manera de transgredir las lógicas opresoras de la cárcel. Construir interacciones fuera de los mensajes violentos a los que les lleva el sentido común, es una manera de ir en contra de las lógicas de “podridero” en la cárcel. Es resignificar ese infierno, es una manera de hacer fugas.

De igual manera, se habló de un desarrollo ético desde pequeños, no solo en la escuela sino en la base familiar, para empezar a cambiar estructuras sociales y quebrar los poderes opresores. El Estado debe elucidar los poderes y romper con la verticalidad y la imposición sin rostro; debe reconocer que no hay hechos normales e inamovibles y comprender la alteridad. Es aceptar que los poderes están al servicio del ser humano y del interés público. Tal como decía Camus, es reconocer la humanidad: “¿Qué es un hombre? Es una fuerza que siempre termina derrocando a los tiranos y a los dioses” (Camus, 2013).

Definitivamente, el arte y la literatura reflejan humanismo, convivencia, libertad, autonomía y lucha. Es la construcción de una cultura de paz que crea relaciones sociales de tolerancia a la diferencia, al reconocimiento del otro y a la libre elección de los proyectos de vida<sup>15</sup>.

---

15 Apartes del libro de *La hojarasca* sobre dignidad y valores inherentes. “Enterrar a los muertos, como está escrito, es una obra de misericordia”; “era mi amigo”; “es un hombre sin nadie en el mundo y necesita que se le comprenda”; “...mi sentimiento hacia él dejó de ser una simple tolerancia comprensiva y se convirtió en compasión”; “[...] Tal vez me correspondía expiar en la vida lo que yo consideré como un deber de humanidad, como una obligación cristiana”; “...Traté de persuadirla de que tenía mi palabra de honor comprometida en esta empresa”; y “...usted me conoce y debía saber que yo lo habría enterrado por encima de la cabeza de todo el mundo, aunque no le debiera la vida”.

En el transcurso de la historia del arte hemos visto cómo la vida, con sus sufrimientos y alegrías, ha sido vivida y expresada a través del arte<sup>16</sup>. Como manifestación artística, en el anexo se encontrará la exposición fotográfica<sup>17</sup> realizada con ocasión de la investigación: “Dignidad en un no lugar”, presentada en el Congreso Internacional de política criminal de 2017, celebrado en la Universidad Externado de Colombia. Allí veremos las expresiones de las PPL –participantes de la Tertulia literaria– de fuerza, creatividad, valor y resistencia ante la indignidad carcelaria. Se destacan, entre otras, las fotografías: jardinero, arte urbano, estudiante, de la dignidad, dilema, árbol del conocimiento, poeta y tallador.

Finalmente, este proceso de investigación continúa con el fin de rescatar las construcciones de dignidad y libertad y de derribar los muros de la cárcel a través del cumplimiento de los DDHH y, como diría Camus, del amor, de la ternura y del arte (Camus, 2013).

*[Y la] intensificación de la vida interior ayudaba al prisionero a refugiarse contra el vacío, la desolación y la pobreza espiritual de su existencia, devolviéndole a su existencia anterior. A medida que la vida interior de los prisioneros se hacía más intensa, sentíamos también la belleza del arte y la naturaleza como nunca hasta entonces.*

FRANKL (1991)

---

16 Citamos en esta nota las películas *Loving Vincent* y *Egon Schiele*.

17 Participantes en el proyecto: ADA BARANDICA, CARLOS GONZÁLES, WILLIAM GAMBOA, CAROL CONTRERAS, SERGIO FERNÁNDEZ y MARCELA GUTIÉRREZ.

## 5. REFERENCIAS

- AUGÉ, M. (1993). *Los “no lugares” espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*. Barcelona, España: Gedisa.
- CAMUS, A. (2013). *Breviario de la dignidad humana*. Barcelona, España: Plataforma Editorial, p. 21.
- DORN GARRIDO, C. (2011). La dignidad de la persona: límite a la autonomía individual. *Revista de Derecho* (26), 71-108.
- ENGLE MERRY, S., GRIFFITHS, J., & TAMANAHA, B. (2007). *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- FREIRE, P. (1967). *La educación como práctica de la libertad* (19<sup>a</sup> ed., 1989). Río de Janeiro: Paz e Terra.
- FREIRE, P. (1970). *Pedagogía del oprimido* (manuscrito en portugués, 1968). Nueva York: Herder y Herder, 218 p.
- FREIRE, P. (2000). *Pedagogía de la indignación. Cartas pedagógicas en un mundo revuelto*. Sao Paulo: UNESP, 134 p.
- FREIRE, P. (s. f.) *Pedagogía de la indignación* (3<sup>a</sup> ed.). Madrid, España: Morata.
- FRANKL, V. (1991). *El hombre en busca de sentido*. Barcelona, España: Herder.
- GARCÍA MÁRQUEZ, G. (1967). *Cien años de soledad*. Bogotá: Oveja Negra.
- GARCÍA MÁRQUEZ, G. (1980). *El Coronel no tiene quien le escriba*. Bogotá: Oveja Negra.
- HABERMAS, J. (2010). El concepto de dignidad humana, la utopía realista de los derechos humanos. *Dianoia*, LV (64), 3-25.

MARTÍNEZ BULLE, G. V. (2013). *Science direct*. Recuperado el 19 de octubre de 2017, de <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863313711219>

ROBLES MERCHÁN, G. (1967). La polemica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica. *Dialnet 1985431 pdf*. Recuperado de [https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEWja5sq62\\_LWAhVC1CYKHY8YCAQQFggmMAA&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F1985431.pdf&usg=AOvVaw25vunLK96vULgCOLACG1sl](https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEWja5sq62_LWAhVC1CYKHY8YCAQQFggmMAA&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F1985431.pdf&usg=AOvVaw25vunLK96vULgCOLACG1sl)

SILVA JARAMILLO, S. (2016). Identificando a los protagonistas: el mapeo de actores como herramienta para el diseño y análisis de políticas públicas. *Gobernar: The journal of Latin American Public Policy and Governance*, vol. 1, Art. 7.

VILLAR BORDA, L. (2017, octubre). Moral y Derecho. *Argumentos*.

ZAFFARONI, E. (1990, mayo). La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo (CICR, ed.) *Cuadernos de la Calle*, 5.

#### ANEXOS FOTOGRÁFICOS DE LA EXPOSICIÓN “DIGNIDAD EN UN NO LUGAR”

También puede ser consultada en el siguiente enlace web:  
<http://politicacriminal.uexternado.edu.co/exposicion-dignidad-en-un-no-lugar/>

## **DIGNIDAD EN UN NO LUGAR**

Esta exposición tiene como fin resaltar la construcción de dignidad en medio de las dificultades que supone el estado de cosas inconstitucional carcelario.

Las personas buscan transformación y cambio en su vida cotidiana, a través de la literatura, el arte, el deporte, la educación para la paz y el respeto de los derechos humanos para construir una existencia digna.

---

*23 a 27 de octubre de 2017*  
*Edificio D - Entrada de Auditorio D604*  
*Universidad Externado de Colombia*

---



### La risa

*La dignidad es un valor inherente a la especie humana, que hace a esta (o al individuo) merecedora de lo bueno, de lo mejor. Podría ser lo que "no quieres para los demás y lo que no quieres para Tí mismo".*

---

Germán Mendoza Obando



**El jardinero**

*La mente hay que saber manejarla. Un  
medio de resistencia es la fluidez.*

---

Juan Carlos, el medico



### La pasión

*La dignidad es respeto, amor por nosotros mismos y por los demás. Es cooperación y solidaridad.*

---

Jorge Augusto Mora Vanegas



**El arte urbano**

*Siempre todos merecemos un trato digno  
porque nadie sabe lo que uno es o puede  
llegar a ser. El arte se debe respetar.*

---

Diego Sánchez Camelo



### Disciplina

*La dignidad es el orgullo de no dejarse  
vencer por nada. Aunque sea pequeñito,  
es un valor agregado.*

---  
Miguel González



**Mirada hacia la libertad**

*La dignidad es ser solidario, humanitario y ser autosuficiente de los problemas de los demás, sean buenos, malos o tal vez nunca los hayamos conocido. Siempre todos merecemos un trato digno porque nadie sabe lo que uno es o puede llegar a ser.*

---

Diego Sánchez Camelo



### El estudiante

*Los textos te enseñan a llevar una vida  
llena de principios y valores. El derecho a  
la educación es fundamental.*

---

*El profe*



**El tallador**

*La dignidad es hacer esfuerzos: pensar  
y vivir de acuerdo a valores positivos,  
honestidad, confiabilidad, etc...*

---

Jorge Augusto Mora Vanega



### **El árbol del conocimiento**

*La dignidad es un valor del ser humano que nos enseña y muestra la calidad y autoestima que poseemos.*

---

Carlos H. Blanco C.



### El poeta

*Y si se agotan los poemas / guardados  
en la mente del pintor / que por no hablar  
cree / que el dilema es poner más  
palabras / que letras cantadas por el  
pincel / para susurrar paisajes / que  
como arcoíris revela notas musicales /  
canciones de paisajes cálidos / como el  
recuerdo de un abrazo.*

---

Carlos H. Blanco C.



### Dignidad

*Nuestro entorno es más vivible si tenemos buenas costumbres, si les damos el valor que las cosas y las personas se merecen, estos valores serán más íntegros y más aplicables, y podemos exigir la seriedad, honestidad, responsabilidad y demás valores agregados y así mismo brindarlos.*

---

Daniel

*Con el arte uno es digno.*

---

David



**El liderazgo**

*Se construye a base de esfuerzo, trabajo, teson y respetando los derechos que tenemos todos. Los valores se inculcan en nuestra vida desde nuestra más tierna infancia, por nuestras familias, padres, madres, hermanos, etc...*

---

Grupo Tertulia Literaria 2017



### El dilema

*La dignidad es sentir, ver y palpar los  
acontecimientos con nosotros mismos  
y con todo nuestro entorno.*

---

Guillermo Arenas Abril

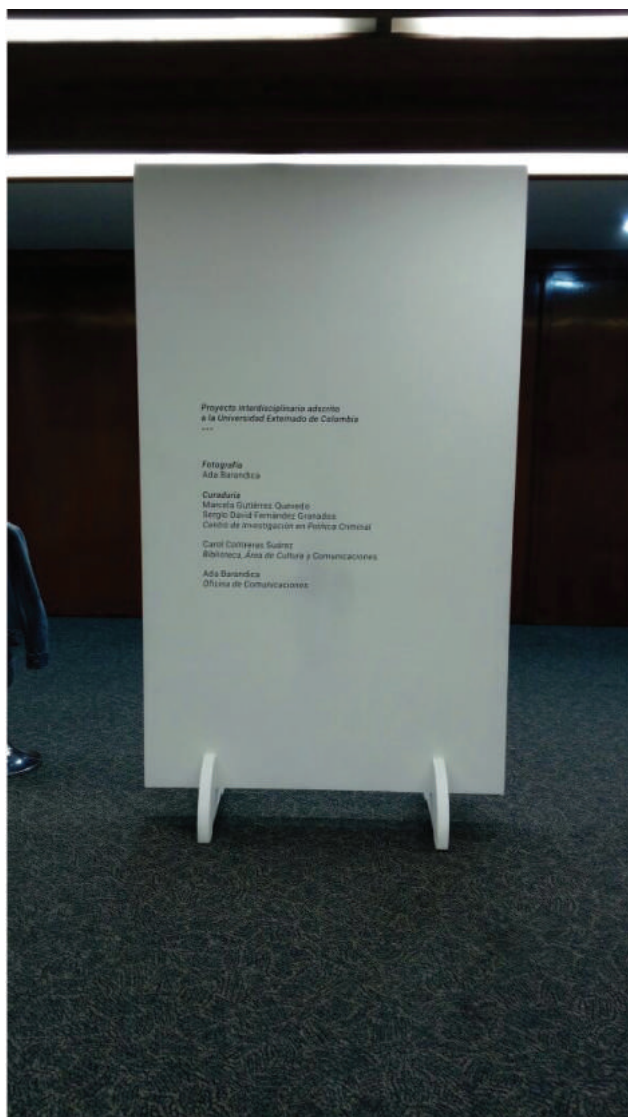


**Sin barreras**

*El cambio se puede y la transformación... La dignidad es un término que en mi concepto sirve para diferenciar lo que está bien o lo que está mal. Un calificativo para definir las acciones de cada persona.*

---

Iván Camilo Gallego





**CAPÍTULO 7**  
**EFFECTOS DE UN PROGRAMA SOCIOEDUCATIVO**  
**EN JUSTICIA RESTAURATIVA CON INTERNOS**  
**POR HURTO**

NORA CRISTINA OSORIO GUTIÉRREZ<sup>1</sup>  
MARÍA DEL PILAR SALAMANCA SANTOS<sup>2</sup>  
LIBEY TATIANA RAMÍREZ CORTÉS<sup>3</sup>

RESUMEN

El objetivo de esta investigación es valorar la efectividad de un Programa socio educativo en Justicia Restaurativa, destinado al desarrollo de conducta de responsabilidad y reparación del daño con internos por hurto, reclusos en el Complejo Carcelario y Penitenciario de Picalaña, Ibagué. El enfoque del programa se fundamenta en el Modelo

- 
- 1 Psicóloga, magíster en Criminología y doctoranda en Criminología y Delincuencia Juvenil en la Universidad de Castilla, La Mancha. Coordinadora de procesos de cooperación e intervención con instituciones de justicia y conductora de investigaciones socio-jurídicas. ncosorio@gmail.com
  - 2 Psicóloga, magíster en Psicología de la Universidad del Norte, Barranquilla. Grupo de Investigación Socio-Jurídica, HORUS, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué. pilar.salamanca@unibague.edu.co
  - 3 Psicóloga Universidad de Ibagué. tatianiusraco@hotmail.com

Clínico Transteórico de Cambio Conductual de Prochaska y Diclemente. El tipo de estudio es cuasi experimental. La muestra estuvo compuesta por 45 sujetos; 20 mujeres y 25 hombres, con edades comprendidas entre 18 y 27 años. Los instrumentos que se utilizaron fueron un protocolo de entrevista semi-estructurada, escala de estadios de Cambio de Prochaska y Diclemente y el Programa de Justicia Restaurativa, Responsabilidad y Reparación del Daño R y R. Los resultados evidencian reflexión y aceptación de las conductas delictivas y la necesidad de reparación a las víctimas de sus delitos. La investigación permitió concluir que los internos por hurto identifican aspectos básicos para la toma de decisión de cambio y reparación; sin embargo, las decisiones no evidencian firmeza para potenciar conductas reparadoras.

*Palabras clave:* justicia restaurativa, reparación, responsabilidad.

EFFECTS OF A SOCIO-EDUCATIONAL PROGRAM  
IN RESTORATIVE JUSTICE WITH INMATES BY ROBBERY

ABSTRACT

The objective of this research is to evaluate its effectiveness of an educational partner in Restorative Justice Programme, aimed at developing responsible behavior and repair the damage with first offenders, held in the Penitentiary and Prison Complex in Ibagué. The focus of the program is based on the Transtheoretical Model Clinical Behavioral Change Prochaska and DiClemente. The type of study is quasi-experimental research. The sample consisted of 45 subjects; 20 women and 25 men, aged 18-27 years. The instruments used were a protocol of semi-structured interview scale stages of Prochaska and DiClemente Change

and Programme of Restorative Justice, Responsibility and Repair Damage R and R. The results show reflection and acceptance of criminal behavior and the need for reparations to the victims of their crimes. The investigation concluded that the primary offenders to identify basic decision making and repair aspects of change, however, no evidence firmly decisions to enhance remedial behaviors.

*Keywords:* Restorative Justice, First Offenders, Repair, Responsibility.

La revisión del estado del arte de este trabajo de investigación articula diferentes aportes sobre el nuevo paradigma de intervención denominado Justicia Restaurativa, que pretende restituir lazos rotos que son consecuencia de una conducta delictiva, al igual que lograr una reconstrucción psicológica para el mejoramiento cognitivo-conductual; en consecuencia, se busca que el infractor satisfaga de manera respetuosa sus necesidades, que encuentre un incentivo que le permita realizar acciones sanas sin tener que incurrir nuevamente en el delito y así, de esta manera, podrá desarrollar competencias sociales, laborales y fundamentalmente cognitivas para afrontar efectivamente los problemas y adaptarse al medio y asumir un comportamiento más prosocial (Pantoja & Guzmán, 2011).

Ahora bien, la justicia restaurativa tuvo sus primeras experiencias en comunidades indígenas y religiosas de Canadá y Estados Unidos, por medio de los miembros de la iglesia Menonita, y en Nueva Zelanda y Australia por la revalorización de los sistemas de Justicia. Posteriormente, se han realizado aplicaciones en otros países para diferentes tipos de situaciones, a saber, delitos penales leves, delitos contra la honra, delitos cometidos por menores, actos de destrucción deliberada de bienes y daños contra la propiedad.

En este contexto cabe señalar que el bienestar colectivo, la solidaridad y las relaciones armoniosas dentro de un núcleo comunitario indígena y religioso son fundamentales, pues se asume que todos necesitan de todos y en el momento en el que se llegue a cometer cualquier acción que perjudique al otro, se debe detener y lograr recuperar el bienestar y el equilibrio, conservando así cada uno su lugar dentro de esta, evitando de este modo reforzar conductas violentas que interfieran de manera negativa la convivencia (Echeverri & Maca, 2006; Cunnen, 2008).

Una de las prácticas que se adelantan en el marco de la justicia restaurativa en Canadá es aquella en la que se envía al infractor a una isla en compañía de un familiar y los líderes de una tribu, a cambio de que esté fuera de la prisión, y se le imponen 8 meses de condena en trabajo supervisado. Por medio de este proceso restaurativo, se logra que el infractor obtenga el perdón de la comunidad al haber realizado este pago por medio de la reparación al daño ocasionado (Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, 2008).

La Justicia restaurativa emerge en 1970 como una crítica a la justicia tradicional y en respuesta a los llamados de los defensores de las víctimas, para ofrecer un modelo flexible capaz de adecuarse a los intereses y los valores de diversas culturas y de esta manera responder a las necesidades de las víctimas. Así mismo se concentra más en la reparación del daño y las relaciones de convivencia, que en emitir un juicio o castigo (Choi, Bazemore & Gilbert, 2012). Esta perspectiva busca introducir un nuevo espíritu a la justicia, recrearla desde la perspectiva de las víctimas como protagonistas para que junto con el infractor y con el apoyo de la comunidad, se busque la reparación de los daños y la restauración de las relaciones de ambas partes con la sociedad; de esta forma el delito no es solamente un

problema que involucra al Estado y al infractor, sino también a los miembros de la comunidad marcando así una diferencia significativa con la justicia tradicional (Shapland *et al.*, 2008; Ya Kuo, Longmire & Cuvelier, 2010). De manera complementaria, Britto (2010) plantea que en esta nueva alternativa de justicia los miembros de la comunidad también se ven afectados por la comisión de algún tipo de delito.

En este orden de ideas cabe señalar los estudios de Presser y Voorhis (2002) sobre valores y procesos evaluativos a considerar para los programas de justicia restaurativa y para la formulación de estrategias de evaluación de este tipo de programas. Al respecto señalan que los programas deben incluir actividades esenciales tales como el diálogo y la comunicación de los valores; así mismo, los resultados deben ser evaluados teniendo en cuenta criterios como la reparación, la satisfacción de los participantes y su percepción de igualdad o cambio de comportamiento.

Por su parte Umbreit, Bradshaw y Coates (1999) adelantaron un trabajo sobre víctimas de violencia grave y una estrategia de justicia restaurativa mediante el diálogo. Con ocasión de lo anterior, señalan que aproximadamente del 80 al 90 por ciento de los participantes que formaron parte del estudio –que incluye tanto víctimas como agresores– expresan su satisfacción por los programas que adoptan el concepto de justicia restaurativa y los desarrollan mediante espacios, procesos culturales, teniendo en cuenta los tipos de delitos.

Esta nueva alternativa de justicia que ha incorporado el sistema penal no se establece con el ánimo de perjudicar la persecución del delito y la violación de las leyes, sino de ver o reconocer el daño ocasionado de manera más amplia, construyendo un espacio de reflexión y motivación al cambio que va desde la infracción de la ley al daño que se ocasiona, tanto a las víctimas como a la comunidad, e incluso

las consecuencias negativas que tiene para el infractor el incurrir en el delito. En consecuencia, la intención de la justicia restaurativa es aportar mayor valor a la solución de los conflictos, responsabilizar a los victimarios de sus actos del pasado y de esta manera mejorar su futuro, además de verificar si los daños ocasionados a las víctimas son reparados. Como queda claro, este planteamiento es diferente al que asume la justicia penal retributiva, que tiene como criterio fundamental la amplitud del castigo impuesto (Sampedro, 2010; Ward & Langlands, 2009; Braithwaite, 2013).

En este contexto, se busca mejorar las relaciones y el bienestar de algunas personas que han sido afectadas por acciones de otros, que deterioran la confianza y destruyen a los demás. De esta manera, esta justicia no busca enfocarse en el mayor castigo al culpable sino que procura establecer líneas de diálogo entre los tres agentes involucrados, es decir, la víctima, el culpable –quien debe responsabilizarse de sus actos– y la comunidad, con el propósito de que las partes se entiendan como humanos y de esta manera se posibilite crear escenarios futuros en los que cada uno pueda satisfacer sus necesidades mediante el apoyo y la vigilancia de la justicia penal, ya que una de sus funciones es facilitar una mejor reinserción social para los castigados (Mesoniene, 2009).

De manera complementaria Álvarez (2007, citado por Agustín, 2008), plantea el concepto de “responsabilización”, que se refiere a la actitud de reparación con relación a los efectos del daño causado a la víctima y a la sociedad. Así pues, se asume como un criterio relevante en el modelo de justicia restaurativa.

En este mismo sentido, es necesario precisar que la Justicia Restaurativa no se asume como la única forma de solución a los conflictos, sino como una alternativa de justicia que requiere análisis y criterios específicos para su

aplicación, ya que debe considerar las condiciones de las víctimas. Así mismo, comprende tres etapas para su implementación, a saber, los preencuentros restaurativos, los encuentros restaurativos con todas las partes afectadas y los posencuentros restaurativos (Díaz, 2009). De esta manera se busca persuadir a los delincuentes para que asuman la responsabilidad sobre sus actos, así como el restablecimiento de las relaciones entre las partes interesadas, de tal manera que se logren acuerdos para evitar la reincidencia (Braithwaite, 2013).

En Colombia, la experiencia de los ciudadanos con respecto a la violencia tiene una incidencia significativa, tal como se evidencia en los altos índices de criminalidad. Así mismo, los hallazgos indican que las carreras delictivas se inician a edades muy tempranas (Rodríguez & Leonardo, 2012). En este contexto se señala que el incremento de problemas sociales ha conducido a la sociedad a generar un sentimiento de indolencia frente a esta problemática que afecta a toda la comunidad. En consecuencia, el Estado ha tomado medidas frente a esta situación mediante el endurecimiento de las penas en el marco de la justicia retributiva. No obstante, esta medida no resulta eficaz para evitar la reincidencia y no aporta para la reparación del daño ocasionado a la víctima (Mazo, 2013; Hernández, 2012; Lynn, 2013). Se evidencia la necesidad de procesos de intervención mediante nuevos métodos que adopten estos criterios y desarrollen procesos que alcancen mayor efectividad (Pelayo, 2011).

Esta nueva alternativa de justicia tiene, entre otras características, el hecho de que no es unívoca, es decir, asume diferentes perspectivas, puesto que los métodos restaurativos incluyen procesos, entre otros, de mediación, de conciliación, y el desarrollo de conferencias. En este sentido, la intervención desde la nueva alternativa de justicia se hace

con el ánimo de satisfacer necesidades y responsabilidades de las partes, de tal manera que se logre una mejor reintegración de la víctima y el victimario. Además se busca contribuir con la disminución de la dinámica que se asume en la justicia tradicional, esto es, crimen y castigo (Mera, 2009; Ward & Langlands, 2009).

Otro aspecto importante de este nuevo paradigma de justicia se refiere a la responsabilidad frente al acto cometido, mediante el reconocimiento de que se ha ocasionado un daño a otro, es decir, que identifica la conciencia como herramienta con poder para controlar el delito. Por lo tanto, se debe enfrentar el delito de tal manera que no estigmatice al victimario, en la que el acto inicial de la reparación debe ser acompañado por el infractor, un familiar, un coordinador, la víctima o un representante de la víctima, un representante de la policía, el abogado del infractor y personas que sean significativas de las dos partes, si así se considera necesario para realizar el proceso de conciliación o mediación (Mera, 2009; Winkel, Schweizer & Pemberton, 2010). La conciliación es un acto alternativo de justicia que se emplea con frecuencia porque es más simple, rápido y efectivo, es directo, en ocasiones resulta económicamente favorable y en muchos casos evidencia mayor transparencia que la justicia penal tradicional (Márquez, 2008).

La justicia restaurativa reconoce a la víctima como una realidad presente, que obliga a recordar injusticias del pasado, de tal manera que se enmarca en una necesidad de buscar el respeto de los derechos y así mismo, un aporte para la construcción de una sociedad más humana (Sampedro, 2010). Esta alternativa de justicia cumple con el objetivo del Derecho Penal relacionado con la reeducación y la resocialización del infractor, mediante la ayuda de un mediador que facilite el proceso de reparación entre las partes (Pelayo, 2011; Márquez, 2009; Márquez, 2012).

Si se compara el método de la Justicia Restaurativa con la justicia tradicional se encuentra, en primer lugar, que se deben reconocer las consecuencias psicológicas que tienen estas estrategias de intervención sobre las víctimas, en especial cuando el daño causado ya no tiene remedio, es decir, cuando las personas afectadas o familias de las mismas no ven a la justicia restaurativa como método que les pueda reparar el daño que les ocasionaron, ya que se debe tener en cuenta que en nuestra cultura se asume el perdón como sinónimo de impunidad. De ahí que la justicia restaurativa tiene un papel relevante para lograr el cambio de mentalidad, así como una nueva forma de ver el mundo. Además, tiene un aspecto novedoso, en cuanto contempla al agresor desde una perspectiva diferente, ya que con anterioridad se asumía que solamente el proceso de estar en prisión lo ayudaría a concienciar y mejorar sus comportamientos, pero desafortunadamente se evidencia lo contrario y en la mayoría provoca efectos psicológicos adversos como la depresión y la insatisfacción con la vida (Tomar, 2013).

Sumado a lo anterior, vale la pena resaltar que los profesionales de la psicología tienen un papel relevante en la dinámica de la Justicia Restaurativa, en tanto que no solo determinan si el victimario es imputable, es decir, que se encuentra en condiciones para someterse a un proceso restaurativo, sino que debe determinar y aportar para que el victimario asuma su responsabilidad, comprenda la magnitud del daño y logre una buena reinserción social con su comunidad (Acosta, 2009; Witvliet *et al.*, 2008).

En complemento a lo anteriormente planteado, el rol del profesional de la psicología en el marco de la Justicia Restaurativa frente al victimario debe garantizar que se logren unas condiciones específicas para lograr brindar realmente una reparación simbólica, lo que contribuye

al proceso de la víctima y los demás afectados. En consecuencia, es necesario que el psicólogo domine cualquier sentimiento de miedo al enfrentarse al ofensor, entender que es un proceso de diálogo, de aceptación de los hechos de manera pública, de perdón, para así lograr restablecer la dignidad humana de la víctima (Observatorio de Procesos de Desarme, Desmovilización y Reintegración, 2011).

Existen comportamientos que afectan de manera significativa la comisión de conductas antisociales. De acuerdo con Martín-Baró (1998, citado por Echeverri & Maca, 2006), uno de los aspectos a tener en cuenta es el *carácter*, definido como la conducta que se emite de manera individual, esto es, cómo el sujeto da vida a una estructura superior, de orden social y es al mismo tiempo razón de la permanencia de dicho carácter. Otro comportamiento mencionado es el *fatalismo*, que hace referencia a un “futuro inevitable y desgraciado”, el cual constituye una forma de ser y de relacionarse consigo mismo y con el mundo. Por último menciona la *perspectiva egocéntrica*, que es una fuerte tendencia psicológica autorreferencial al mundo físico y social en donde las personas tienen una comprensión imaginaria del mundo, centrada en los propios intereses y caracterizada por una actitud defensiva. En consecuencia, si el sujeto justifica por encima de las cosas su conducta antisocial y tiene una concepción del mundo y de la vida arraigada a conductas y situaciones negativas, siempre lo llevarán a cometer conductas violentas.

Para cambiar estas conductas antisociales que se dan por diferentes situaciones, y al mismo tiempo minimizar la reincidencia de las mismas en las personas que han sido condenadas por la comisión de conductas delictivas, se considera oportuno realizar una intervención desde la justicia restaurativa siendo esta una alternativa flexible, una justicia contemplada dentro del sistema penal, que

compensa los defectos del mismo y es utilizable en todas las etapas del ejercicio de la acción penal y adecuada para enfrentar el delito (Chaparro, 2009).

En los sistemas actuales se han incorporado principios de justicia restaurativa en los que los contenidos son sancionatorios, educativos y reparadores, lo cual significa un avance dentro del sistema penal que se enfoca no únicamente en el castigo, sino en la posibilidad de resolver el conflicto que se genera a partir de una conducta indeseada. Elemento que se aplica desde el momento en que un adolescente es detenido, pasando por el desarrollo de su proceso, hasta su inclusión social, como un sujeto de derechos, responsable del ejercicio de los mismos (Observatorio del Bienestar de la Niñez, 2012). Acorde con ello, en Colombia se ha visto la necesidad de diseñar programas de responsabilidad penal en adolescentes, a fin de detener carreras delictivas.

Estructurar programas que potencialicen conductas reparadoras y de responsabilidad que contribuyan a minimizar la reincidencia en delincuentes se hace necesario dentro de estas instituciones carcelarias evitando el abuso del uno contra el otro, buscando la indemnización justa para cada caso, ya que en diferentes estudios se ha evidenciado que el castigo impuesto por la justicia tradicional no ha tenido resultados favorables para la resocialización de estas personas privadas de la libertad. Así mismo, la participación en estos programas brinda una nueva oportunidad de vida y un futuro más prometedor (Viano, 2009; Márquez, 2010).

De esta manera se podrá contribuir al proceso de resocialización en los reclusos, potencializando una conducta de responsabilidad sobre sus actos, asumiendo la dimensión del daño ocasionado a sus víctimas y al mismo tiempo maximizando una conducta de reparación del acto cometido. Por su parte, la persona afectada debe abandonar su posición de víctima. Todo lo anterior con la ayuda

de un tercer agente importante en el proceso como lo es la comunidad, que es la encargada de ayudar al victimario a reconstruir los lazos rotos. Este, a su vez, debe tener ayuda de todos los implicados para el buen funcionamiento y el acercamiento a un estado de paz (Pérez & Zaragoza, 2011).

*¿Qué efectos produce en internos por hurto un programa socioeducativo que motiva el reconocimiento y responsabilidad en el daño causado y la necesidad de reparar a las víctimas de sus delitos?*

En atención a la citada pregunta de investigación, el propósito de este estudio es evaluar los efectos que el programa socioeducativo en justicia restaurativa logra en un grupo de internos por hurto en el reconocimiento de responsabilidad por el daño causado y la necesidad de reparar a las víctimas de sus delitos.

## 1. MÉTODO

### 1.1. Tipo de estudio

La intervención se realizó mediante un estudio cuasiexperimental, sin grupo control y con evaluación antes y después de aplicar el programa socioeducativo. La evaluación inicial fue seguida por la intervención del programa, que contó con una duración de tres meses consecutivos. Inició en septiembre de 2013 y finalizó en noviembre del mismo año. Tras un intervalo de dos meses, se realizó la evaluación posintervención. El proceso de formación se llevó a cabo con dos grupos y sin introducir ninguna variación del programa. Se valoraron los efectos del programa socioeducativo en justicia restaurativa: i) la capacidad de reflexión y análisis para darse cuenta de las consecuencias del acto

cometido y ratificar la responsabilidad por el daño causado y, ii) la capacidad para activar emocionalmente la necesidad de reparar el daño causado a las víctimas de sus víctimas.

## **1.2. Participantes**

La selección de los participantes se realizó mediante un muestreo aleatorio simple, a partir de la revisión de las bases de datos. Se trabajó con un grupo de 45 reclusos, divididos en dos grupos: el primero, compuesto por 20 mujeres ubicadas en el Bloque 4 de la sección A y B, y el segundo compuesto por 25 hombres ubicados en el Bloque I, pabellón 7. Las características de los participantes fueron: ingreso por primera vez al centro penitenciario, con edades comprendidas entre los 18 y los 27 años.

## **1.3. Instrumentos**

Para evaluar las cuatro fases de cambio se utilizó la Escala de Estadios de Cambio de Prochaska y Diclemente, que consta de 32 afirmaciones sobre creencias y disposiciones que puede tener un individuo con respecto al problema de conducta que presenta. Esta escala es tipo Likert, y mide el grado de acuerdo/desacuerdo con los planteamientos de cada ítem, asociado a alguno de los cuatro estadios de cambio del modelo Transteórico (Callaghomy & Taylor, 2006; Diclemente, Schlundt & Gemmell, 2004; y Hemphin & Howell, 2000, citados por Redondo & Martínez, 2012).

Con el fin de evaluar y resolver la ambivalencia por parte de los reclusos para considerar otro estilo de vida y decidir una conducta más responsable y reparadora frente a sus víctimas, se aplicó en la tercera sesión del entrenamiento un protocolo de Entrevista Motivacional, siguiendo los postulados del Modelo Clínico Transteórico de Motivación

al Cambio de Prochaska y Diclemente y los principios de la justicia restaurativa.

#### **1.4. Hipótesis**

Los internos por hurto que participan del programa socioeducativo en justicia restaurativa reconocen la responsabilidad y necesidad de reparar el daño causado a las víctimas de sus delitos.

### **2. PROCEDIMIENTO**

#### **2.1. Fase 1: Diagnóstico**

En esta fase las acciones se concentraron en la revisión de la base de datos, el análisis de los programas transversales implementados dentro del COIBA y la aplicación de la escala de cambios de Prochaska (pretest).

#### **2.2. Fase 2: Diseño del programa socioeducativo**

##### *2.2.1. Momento 1: decidir enfoque*

El Programa de Justicia Restaurativa se estructuró bajo el Modelo Clínico Transteórico de Motivación al Cambio de Prochaska y Diclemente. La propuesta teórica orienta cómo se pueden lograr cambios comportamentales en una persona a partir de las siguientes etapas: precontemplación, contemplación, preparación y comprobación (Hubble, Duncan & Miller, 1999; Prochaska, Diclemente & Norcross, 1994).

El modelo teórico plantea tener en cuenta cuatro fases para llevar a cabo su implementación. Ellas son: diagnóstico, entrenamiento, comprobación y evaluación. En las fases

se halla un conjunto de principios que se interrelacionan para motivar los cambios a nivel cognitivo y conductual. A manera de síntesis se describen a continuación:

- *Aumento de conciencia*: implica aumentar el “darse cuenta” respecto a las causas, consecuencias y curas para un problema particular.
- *Auxilio dramático*: implica la activación emocional del comportamiento actual y el alivio que se alcanza como consecuencia del cambio.
- *Reevaluación ambiental*: evaluación cognitiva y emocional sobre la manera como los comportamientos de una persona afectan el ambiente social; y cómo el cambio afectaría ese ambiente.
- *Reevaluación a sí mismo*: evaluaciones cognitivas y afectivas de la imagen de uno mismo sin la conducta problema.
- *Autoliberación*: creencia de que uno puede cambiar y planteamiento de compromisos para actuar, que se construyen a partir de sus creencias.
- *Contra condicionamiento*: requiere el aprendizaje de comportamientos saludables que reemplacen las conductas problema.
- *Manejo de contingencias*: uso sistemático del reforzamiento y el castigo para dirigir la conducta en una determinada dirección.
- *Control de estímulos*: modificación del ambiente para incrementar las claves que promueven las respuestas saludables y disminuyen las claves que se pueden asociar con recaídas en conductas inadecuadas.
- *Relaciones interpersonales de ayuda*: mecanismos que combinan el cuidado, la apertura, la confianza, así como también los apoyos para el cambio.

### *2.2.2. Momento 2: establecer sentido, contenidos, metodología y evaluación*

El programa Responsabilidad y Reparación del Daño, R y R, se orientó desde un enfoque de justicia restaurativa que promueve la dignidad e igualdad de todas las personas involucradas en el hecho delictivo (Mera, 2009), promoviendo también que los victimarios reconozcan su error y acepten la responsabilidad frente al daño ocasionado y los efectos positivos de la rehabilitación y la no reincidencia (Chaparro, 2009).

Inicialmente se presentó el programa a la muestra elegida y quienes decidieron participar firmaron el formato de consentimiento como constancia de su participación voluntaria y de su aceptación de los contenidos a desarrollar. De igual forma, los participantes autorizaron el uso de la información obtenida por el estudio para fines de rehabilitación con reclusos que registren características similares.

El programa desarrolló 10 sesiones para modificar e identificar la percepción de los reclusos participantes frente a su conducta delictiva. Asimismo, para identificar la magnitud del daño: i) el concepto de justicia, ii) auto-concepto, iii) conducta de responsabilidad que condujo a generar formas de reparación frente a las víctimas, siempre acompañando para mantener un nivel alto de motivación. Se trabajó tres días a la semana en jornadas de dos horas, con talleres y actividades dinámicas que promovieron un clima de confianza adecuado hasta obtener cambios según el modelo Transteórico de Prochaska y Diclemente.

Las actividades desarrolladas en las sesiones se enfocaron al entrenamiento en conductas responsables y reparadoras para alcanzar la recuperación psicoemocional, el reconocimiento de las consecuencias del daño y la magnitud de este frente a la persona afectada. Asimismo, se centraron

en lograr una mayor empatía hacia sus víctimas, a fin de conseguir estados emocionales favorables para pensar en conductas reparadoras. En esta fase se aplicaron registros de *observación* y se realizó la sistematización en cada una de las sesiones para recoger información detallada.

### 2.2.3. *Momento 3: precontemplación y contemplación*

En estas etapas primarias del modelo de Prochaska y Diclemente, precontemplación y contemplación, se desarrollaron actividades encaminadas a resolver la duda y el sentimiento de ambivalencia frente al proceso de cambio, con el propósito de lograr avances en los estados de motivación, como criterio fundamental del modelo y elemento clave de la propuesta.

En esta fase se identificó que la mayoría de los participantes justifican el delito y el daño como un mecanismo para cubrir necesidades económicas y para alcanzar gratificación. Algunos de los argumentos más comunes en el grupo fueron: “[...] puedo tener todos los lujos, fiesta, mujeres, Pérez, marimba y alcohol”. “Yo necesito plata para mis cosas y que voy andar por ahí de empleado, vendiendo minutos o trabajando en construcción con otro montándola”.

Los reclusos evidencian sentirse estables a nivel emocional si económicamente consiguen lo que necesitan para sí y sus familias, dado que esto les proporciona felicidad al ver que gracias a ellos sus familias tienen lo “suficiente”. También explican que pueden disfrutar de los placeres de la vida, alcanzar tranquilidad por un tiempo, disminuir la preocupación del riesgo y dejar de pensar de manera negativa en el momento de aceptar algún tipo de “vuelta”.

Los participantes asumen como estado de bienestar a la vida cargada de lujos y el gusto por una vida económica cómoda. La poca voluntad para conseguir con esfuerzo y

sacrificio los bienes para suplir sus necesidades evidencia baja capacidad para sentir empatía por el otro. Por el contrario, los visualizan como un objeto. Durante las actividades, los reclusos minimizan la importancia del dolor y el sufrimiento de sí mismo y del otro; de no ser así, ellos consideran que la vida carecería de sentido. Por el contrario, encuentran excitante mantener su condición de búsqueda, poder y ambición. Se observó que estos aspectos están bastante arraigados en sus creencias y estilos de vida. En consecuencia, se dificulta la conducta reparadora, ya que el agresor cree que las víctimas de sus delitos superarán el dolor porque la vida les ha dado más oportunidades que a ellos. Así, bloquean la posibilidad de querer cambiar su percepción frente a las víctimas, de dejar de verlas como un objeto: “Lo hecho, hecho está”, “yo lo hice por lo mío, no me interesa nada más”.

No poseen en sus repertorios de pensamientos sentimientos y conductas reparadoras. En sus voces dicen: “Ya lo hecho, hecho está”, o conductas que denotan rencor o necesidad: “Si naciera lo volvería a matar”, “primero está lo que necesito”. Pensamientos como los citados fueron objeto de análisis a fin de formular las metodologías y estructuras de las sesiones y a fin de evitar que obstaculizaran el proceso para lograr avances y para conseguir una igualdad entre las partes, ya que se evidencia prioridad en el beneficio propio y no en lo colectivo.

Así mismo, reconocer las consecuencias en el momento se hace difícil: “uno en el momento no piensa es en nada, solo en que la vuelta me va a dar plata para disfrutarla”.

Los reclusos justifican también sus conductas cuando le ocasionan un daño a cualquier integrante de su familia: dicen sentir dolor y deseos de venganza, de hacer pagar por el daño que les han causado.

#### *2.2.4. Momento 4: entrenar*

En esta fase se reflexionó con los reclusos para avanzar, emocional y cognitivamente, en pensar antes de actuar para no volver a caer en la conducta problemática. Además, para valorar la vida, la familia y las consecuencias que conlleva delinquir; para aprender a tolerar la opinión de los demás y a pensar en el futuro.

#### *2.2.5. Momento 5: etapa de acción y mantenimiento*

Las etapas de acción y mantenimiento que comprenden el Programa, no se realizaron debido a dos factores. El primero, la visualización de la mayoría de los participantes en la etapa de contemplación, en la que no se consiguió evidencia de una firme decisión de cambio, hecho que dificultó también el avance a las etapas de acción y mantenimiento. En segundo lugar, las dificultades para contar con una aplicación a largo plazo que permita potencializar las conductas reparadoras y los propósitos de responsabilidad y reparación del daño. Adicionalmente, por los continuos traslados, hubo dificultad para monitorear los comportamientos de los participantes en el contexto de su convivencia: los patios.

#### *2.2.6. Momento 6: comprobar y evaluar*

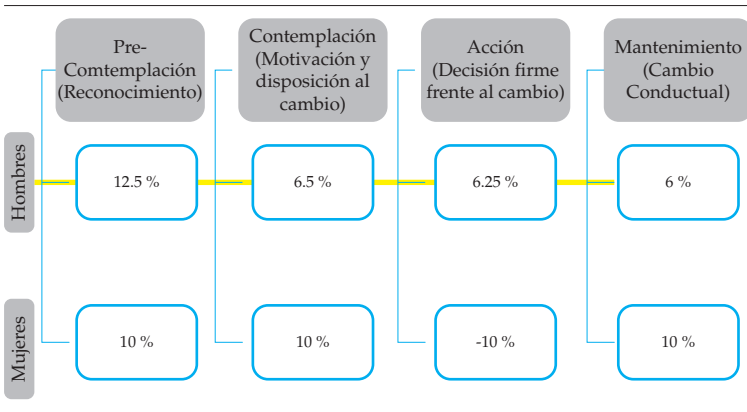
Luego de dos meses de finalizado el programa, se realizó una evaluación para valorar los cambios en el comportamiento de los participantes. La evaluación se aplicó a diez (10) participantes que aún se encontraban en la misma ubicación (Bloque 1, pabellón 7) y ocho (8) mujeres ubicadas en Bloque IV. Los demás reclusos fueron trasladados.

No se logró obtener una evaluación por parte de observadores externos. Se registraron los aportes y reflexiones personales de los participantes acerca de sus comportamientos. Así mismo, a partir del trabajo adelantado, se identificaron algunos indicadores acerca de la capacidad de reflexión frente a las conductas antisociales.

### 3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

A continuación se presentan los resultados de la aplicación pretest-postest de la Escala de Estadios de Cambio de Prochaska y Diclemente (gráfico 7.1), mediante la cual se identificó el estado de cada fase y el efecto de participación en el Programa.

GRÁFICO 7.1. ESCALA DE ESTADIOS DE CAMBIO DE PROCHASKA Y DICLEMENTE: PRETEST-POSTEST



Con relación a la etapa de *precontemplación*, la medición pretest/postest en el grupo de varones señaló un avance de 12,5%. Es decir, que los varones lograron un reconocimiento frente a su conducta delictiva que en su inicio no aceptaban. Por otro lado, el porcentaje restante de participantes se

mantuvo en estado de negación frente a sus problemáticas delictivas y de identificar responsabilidad en los hechos. Con respecto al grupo femenino, el 10% evidenció la disposición para el cambio.

Por lo que se refiere a la etapa de *contemplación*, el grupo masculino mostró una motivación y disposición al cambio en un 6,5%. En el grupo femenino, por el contrario, se evidenció indecisión para avanzar hacia el cambio, y como consecuencia se mantuvieron ambivalentes en la disposición frente al cambio en sus comportamientos. De este grupo, solo un 10% lo evidencia.

En lo que respecta a la etapa de *acción*, el grupo masculino manifestó un 6,25% de motivación y esfuerzo; no era el resultado esperado, ya que este porcentaje indica que ellos no estaban seguros de tomar una decisión firme frente al cambio, a asumir conductas de responsabilidad y reparación por el daño causado. El grupo femenino no mostró cambios y por el contrario se constató un 10% de deserción. Al indagar las razones, se logró establecer que no alcanzaron a cubrir los objetivos de la etapa por factores relacionados con la dependencia a alucinógenos, preocupaciones familiares y estados emocionales de tristeza. Estos dos últimos factores tienden a ser comunes en todos los participantes; se diría que están presentes en la mayoría de ellos y el principal factor por el cual no avanzan en forma significativa en los procesos.

En lo que concierne a la última etapa, la de *mantenimiento*, se encontró un mínimo del 6% en el grupo masculino. Esto quiere decir que en los hombres hay poca capacidad de enfrentarse con conductas saludables a las diferentes situaciones problemáticas; estas podrían lograr que reincidieran en comportamientos delictivos. En el grupo femenino hubo un 10% de deserción. Esto señala que, al igual que en el grupo masculino, hay poca capacidad de

enfrentarse con conductas saludables a las diferentes situaciones problemáticas.

De esta manera se concluye que hubo un avance frente a la motivación y la aceptación de sus conductas en las etapas 1 y 2; sin embargo, no se consiguió una decisión firme de cambio para pasar a las etapas 3 y 4. Por ende, se logró únicamente un proceso de información y reflexión.

### **3.1. Discusión**

El programa socioeducativo validó la efectividad de los postulados del Modelo Clínico Transteórico de Prochaska y Diclemente, con los delincuentes primarios del COIBA que participaron en el estudio, y exploró cambios en el comportamiento delictivo, desarrollo de conductas de responsabilidad y reparación por el daño causado en las víctimas, apoyados en un modelo de motivación (Prochaska, Diclemente & Norcross, 1994; Ward & Langlands, 2009). Para ello, el proceso y las metodologías indujeron a reconocer los errores del pasado y mejorar para un escenario futuro (Sampedro, 2010; Ward & Langlands, 2009).

Por lo que se refiere al modelo en su etapa de precontemplación y contemplación, habría que indicar que las sesiones de trabajo preestablecidas fueron insuficientes, toda vez que los delincuentes primarios reportaron en sus historias de vida personal haber iniciado a temprana edad su conducta delictiva, lo que trae consigo resistencia para reconocer responsabilidad y deseo de reparación, sobre todo cuando dudan de si la víctima los podía perdonar. También mostraron ambivalencia ante la incertidumbre de qué hacer después de dejar el delito. En sus voces afirman: “A mí no me gusta trabajar para ganarme nada que no me sirva”, “yo necesito plata para mis cosas y qué voy andar por ahí de empleado, vendiendo minutos o trabajando en

construcción con otro montándola”, “ese sueldo chimbo no me alcanza para nada”. El estado de ambivalencia los aturde, razón por la cual desisten o abandonan antes de dejar de ser ellos.

Para lograr cambios cognitivos-conductuales específicos de justicia restaurativa y conseguir una respuesta eficaz a la prevención del delito, son necesarios programas socioeducativos que promuevan la armonía social, la dignidad e igualdad de todas las personas involucradas en un hecho delictivo y la recuperación psicoemocional de hombres y mujeres delincuentes, programas que les posibiliten futuros más favorables en los que puedan satisfacer sus necesidades (Rul & Castañer, 2011).

De lo contrario, los índices de reincidencia no disminuirán y se mantendrán los pensamientos negativos –“lo hecho hecho está”, “si lo tuviera de frente lo volvería a matar”–. La dinámica en la prisión para los participantes es la supervivencia. Por ello conseguir un proceso restaurativo cuando no hay un autoanálisis profundo sobre las consecuencias físicas y psicológicas que sus actos causan a las víctimas es imposible, así como conseguir mayor conciencia de sus necesidades y sentimientos y capacidad para reconocer esto mismo en sus víctimas, asumir su lugar y desarrollar empatía por ellas (Acosta, 2009; Witvliet *et al.*, 2008).

Para lograr un proceso de cambio en forma gradual y conseguir el desarrollo de conductas responsables y de reparación, es necesario que la dirección administrativa y penitenciaria realice la parametrización de los programas de rehabilitación hasta lograr categorizarlos por delito, género y años en la vida delictiva, entre otros factores; esto dado que los programas socioeducativos que se desarrollan en el complejo penitenciario y carcelario no están dirigidos al logro de una administración de justicia penal más justa y equilibrada con delincuentes, víctimas y sociedad,

dirigidos a la reducción considerable de la delincuencia y la reinserción social efectiva.

#### 4. CONCLUSIÓN

Por lo que se refiere a los resultados obtenidos de la evaluación del desarrollo del programa de justicia restaurativa bajo el modelo de Prochaska y Diclemente, se hizo evidente la negación que realizaron los internos para identificar sus propias necesidades y sentimientos. Se resisten a identificar y reconocer a sus víctimas y a asumir la responsabilidad por el daño causado, aspecto que evidencia la ineficacia del programa de justicia restaurativa para la fase piloto.

Incurcionar en un programa de justicia restaurativa que modifique y consiga que: i) los delincuentes tomen conciencia sobre el daño causado a las víctimas, ii) reconozcan sus errores, iii) ratifiquen su responsabilidad y iv) formulen propuestas para reparar frente al delito cometido, la administración carcelaria y penitenciaria necesita:

- Aumentar el grado de evaluación cognitiva y activación emocional en el programa para reconocer cómo el comportamiento delictivo afecta a las víctimas y al delincuente mismo.
- Establecer un modelo sistemático del reforzamiento para que los reclusos se *reevalúen a sí mismos* y se visualicen sin la conducta problema, la delincuencia.
- Crear mecanismos para mantener el cambio y seguimiento a los compromisos de rehabilitación.
- Modificar el modelo de rehabilitación penitenciario, puesto que se requieren programas altamente estructurados que estén encaminados a evitar la reincidencia en el delito.
- Establecer un modelo de interacción intra-penitenciaria basado en el desarrollo de conductas responsables, que

consiga menor dependencia de la guardia de seguridad, por modelos de apertura y confianza. Asimismo, la oferta de apoyos permanentes para el cambio.

## 5. REFERENCIAS

- ACOSTA, S. (2009). Impactos psicológicos de la Justicia Restaurativa en el marco de la ley de Justicia ya Paz. *Poiésis*, (18), 2-5.
- AUGUSTIN, O. (2008). La responsabilidad del niño que delinque. *Katal*, 11(2), 237-247.
- BRAITHWAITE, J (2013). Flipping, markets to virtue with qui tam and restorative justice. *Accounting, Organizations and Society*, (38), 458-468.
- BRITTO, D. (2010). *Justicia Restaurativa: Reflexiones sobre la experiencia en Colombia*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- CHAPARRO, V. (2009, agosto). Justicia Restaurativa en el Sistema de Responsabilidad penal para Adolescentes. *Justicia Restaurativa*. Conversatorio Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes-SRPA (L.1098/06).
- CHOI, J., BAZEMORE, G., & GILBERT, M. (2012). Review of Research on victims' Experiences in Restorative justice: Implications for youth justice. *Children and Youth Services Review*, (34), 35-42.
- CUNNEEN, C. (2008). *Revining Restorative Justice Traditions?* University of New South Wales.
- DÍAZ, I. (2009) El rostro de los invisibles. Víctimas y su derecho a la verdad, justicia, reparación y no repetición. Cali, Colombia. Recuperado de <http://www.observatori.org/documents/Ivonne.pdf>
- ECHEVERRI, M., & MACA, D. (2006). Justicia Restaurativa, contextos marginales y Representaciones Sociales: algunas ideas sobre

la implementación y la aplicación de este tipo de justicia. *Paperson Social Representations*, (15), 2.1-2.19.

- HERNÁNDEZ, G. (2012) La Justicia Restaurativa, campo de acción para la Psicología. Noti Colpsi. Recuperado de [http://www.colpsic.org.co/Noticolpsic/documentos/La\\_justicia\\_restaurativa\\_campo\\_de\\_accion\\_para\\_la\\_psicologia.pdf](http://www.colpsic.org.co/Noticolpsic/documentos/La_justicia_restaurativa_campo_de_accion_para_la_psicologia.pdf)
- HUBBLE, M., DUNCAN, B. L., & MILLER, S. (1999). ¿Cómo cambian las personas, y cómo podemos cambiar nosotros para ayudar a muchas más personas? *American Psychological Association*, 227-255.
- LYNNIR, R. (2013). *Restorative Justice: Its effect on offender's perceptions of harm and responsibility*. California State University, Sacramento.
- MÁRQUEZ, A. (2008). La Conciliación como Mecanismo de Justicia Restaurativa. Prolegómenos. Derechos y Valores. *Redalyc*, (11), 57-74.
- MÁRQUEZ, A. (2009). Doctrina Social sobre la Justicia Restaurativa. Prolegómenos. Derechos y valores. *Redalyc*, 12 (24), 59-75.
- MÁRQUEZ, A. (2012). La Mediación como Mecanismo de Justicia Restaurativa. Prolegómenos. Derechos y Valores. *Redalyc*, 15(29), 149-171.
- MÁRQUEZ, A. (2010). Normatividad y características de la Justicia Restaurativa en el contexto nacional. *Redalyc*, 13(25), 251-275.
- MAZO, H. (2013). La mediación como herramienta de la justicia restaurativa. *Opinión Jurídica*, 12(23), 99-114.
- MERA, A. (2009). Justicia Restaurativa y Proceso penal Garantías Procesales: Límites y Posibilidades. *Iuset Praxis*, 15(2).

- MESONIENE, S. (2009). The problem of efficient resocialization: legal regulations and social demands. *Jurisprudence*, 4(118), 235-246.
- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA (2008). Manual de prácticas restaurativas para conciliadores en equidad. Recuperado de <http://es.scribd.com/doc/159787724/Ok-Manual-Practicas-Restaurativas-Ministerio-Justicia-e-Interior>
- OBSERVATORIO DEL BIENESTAR DE LA NIÑEZ (2012). La justicia restaurativa en el sistema penal para adolescentes en Colombia. Recuperado de <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas/ObservatorioBienestar/Boletines/BoletinNo5-2012.pdf>
- OBSERVATORIO DE PROCESOS DE DESARME, DESMOVILIZACIÓN Y REINTEGRACIÓN (2011). Reparación, reconciliación y programas restaurativos en el proceso de Justicia Tradicional vigente en Colombia. Recuperado de [http://www.bdigital.unal.edu.co/1808/1/ODDR\\_UNAL\\_NNAJ\\_Norm\\_Pol\\_Progr.pdf](http://www.bdigital.unal.edu.co/1808/1/ODDR_UNAL_NNAJ_Norm_Pol_Progr.pdf)
- PANTOJA, R., & GUZMÁN, G. (2011). Impacto del “Programa de reinserción social” sobre la reincidencia de los hombres adultos condenados por delitos. Recuperado de <http://www.dsp.gob.cl/filesapp/Informe%20evaluacion%20de%20impacto%20preliminar%20Programa%20reinsercion%20social%202011.pdf>
- PELAYO, M. (2011). *La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos. Departamento de derecho administrativo, financiero y procesal*. Universidad de Salamanca, Salamanca.
- PÉREZ, J., & ZARAGOZA, M. J. (2011). Justicia Restaurativa: Del Castigo a la Reparación. En CAMPOS, F., CIENFUEGOS, D., RODRÍGUEZ, L., & ZARAGOZA, J. (eds.), *Entre libertad y Castigo: dilemas del estado contemporáneo Estudios en homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz* (pp. 1-917). México: Editorial Laguna.

- PRESSER, L., & VOORHIS, V. (2002, enero). Values and Evaluation: Assessing Processes and Outcomes of Restorative Justice Programs. *Crime & Delinquency*. Recuperado de <http://cad.sagepub.com/content/48/1/162.abstract>
- PROCHASKA, J., DICLEMENTE, C., & NORCROS, J. C. (1994). Cómo cambia la gente. Aplicaciones en los comportamientos adictivos. *Revista de Toxicomanías*, (1), 2-13.
- REDONDO, S., & MARTÍNEZ, A. (2012). Tratamiento y cambio terapéutico en agresores sexuales. *REIC, Revista Española de Investigación Criminológica*.
- RODRÍGUEZ, C., & LEONARDO, A. (2012). Análisis de la Justicia Restaurativa en la materia de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia. *Anuario de Psicología jurídica. Redalyc*, (22), 25-35.
- RUL, A., & CASTAÑER, L. (2011). *Justicia y Prácticas Restaurativas. Los Círculos Restaurativos y su aplicación en diversos ámbitos*. Palma, España: Fundación universitaria Iberoamericana.
- SAMPEDRO, J. (2010). La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (17), 87-124.
- SHAPLAND, J., ATKINSON, A., ATKINSON, H., DIGNAN, J., EDWARDS, L., HIBBERT, J., HOWES, M., JOHNSTONE, J., ROBINSON, G., & SORSBY, A. (2008). *Does Restorative Justice affect reconviction? The fourth report from the evaluation of three schemes*. NOMS: Sheffield.
- TOMAR, S. (2013). The Psychological effects of Incarceration on inmates: Can We Promote Positive Emotion in inmates. *Delhi Psychiatry Journal*, 16(1), 1-7.
- UMBREIT, M., BRADSHAW, W., & COATES, R. (1999). Victims of Severe Violence Meet the Offender: Restorative Justice Through

Dialogue. *International Review of Victimology*. Recuperado de <http://irv.sagepub.com/content/6/4/321.abstract>

VIANO, E. (2009). La justicia restauradora: una nueva perspectiva en derecho penal, victimología y criminología. *Derechos humanos y transformación de conflictos*, (1), 1-113.

WARD, T., & LANGLANDS, R. (2009). Repairing the rupture: Restorative justice and the rehabilitation of offenders. *Aggression and Violent Behavior*, (14), 205-214.

WINKEL, F., SCHWEIZER, S., & PEMBERTON, A. (2010). Victim-offender dialogue: an analogue study examining the impact of apology on anger. International Victimology Institute Tilburg University, The Netherlands.

WITVLIET, C., WORTHINGTON, E., ROOT, L., SATO, A., LUDWING, T., & EXLINE, J. (2008). Retributive justice, restorative justice, and forgiveness: An experimental psychophysiology analysis. *Journal of experimental social psychology*, (44), 10-25.

YAKUO, S., LONGMIRE, D., & CUVELIER, S. (2010). An empirical assessment of the process of restorative justice. *Journal of Criminal Justice*, (38), 318-328.

## 6. BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

AGUIRREZÁBAL, M., LAGOS, G., & VARGAS, T. (2009). Responsabilidad Penal juvenil: Hacia una "justicia individualizada". *Derecho*, 22 (2), 137-159.

DÍAZ, A. (2010). La experiencia de la mediación penal en Chile. *Polít. Crim*, 5(9), 1-67.



**CAPÍTULO 8**  
**POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PROTEGER EL**  
**DESARROLLO INTEGRAL Y LA UNIDAD FAMILIAR**  
**DE NIÑOS Y NIÑAS ENTRE CERO Y TRES AÑOS,**  
**HIJOS DE MUJERES RECLUIDAS EN EL CENTRO**  
**PENITENCIARIO DE PICALAÑA EN IBAGUÉ**

MARÍA CRISTINA SOLANO DE OJEDA<sup>1</sup>

RESUMEN

La Corte Constitucional, al resolver varias tutelas, encontró diversas situaciones problemáticas en las cárceles del país. Mediante la Sentencia T-388 de 2013 decidió emprender acciones para tratar de mediar en la crisis. Si bien el centro de reclusión Coiba-Picalaña no tiene los síntomas de gravedad de los demás de su especie, se consideró que la sociedad civil debía estar atenta a una eventual crisis.

Una de las situaciones que nos inquietó fue la de los niños, entre cero y tres años, que permanecen en prisión con

---

1 Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, especialista y magíster en Derecho Penal y Criminología. Profesora de tiempo completo de la Universidad de Ibagué. Miembro del Grupo de Investigación de la misma Universidad.

sus madres, porque la Constitución Política de Colombia, en el Artículo 44, consagra los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, y corresponde al Estado velar porque sean una realidad y no un discurso. Entre otros derechos se predicán: el tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado, el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

Con sano criterio, el presente artículo concibe una investigación que nos permita identificar la situación de los infantes recluidos en prisión en compañía de sus madres, como ocurre en la penitenciaría de Picalaña en Ibagué. El proyecto se convierte además en una oportunidad para examinar las normas penales y procesales penales que se ocupan de la mujer en estado de embarazo, durante el parto y después de este, con el fin de que el niño o niña crezca en familia, por lo menos en los primeros años. Se propicia la ocasión para reclamar un trato especial para las mujeres gestantes, lactantes y en proceso de crianza de sus hijos en el tiempo en prisión, para que esta situación sea una de las alternativas de remisión de la pena.

*Palabras clave:* prisión, madre, hijos entre cero y tres años, políticas públicas, política criminal.

PUBLIC POLICIES AIMED TO PROTECT THE INTEGRAL  
DEVELOPMENT AND THE FAMILY CORE OF CHILDREN  
OF AGES 0 TO 3 YEARS SONS AND DAUGHTERS OF INMATE WO-  
MEN OF PICALAÑA PENITENTIARY

ABSTRACT

The Constitutional Court, through guardianships, has detected several problematic situations in the prisons of the country. Through Sentence T-388 of 2013, the Court decided to take action to try to mediate the crisis. Although the

Coiba-Picaleña detention center does not have the serious symptoms of others of its kind, it was considered that civil society should be alert to an eventual crisis.

One of the situations that worried us was that of children, between zero and three years old, who remain in prison with their mothers. Because with respect to children and adolescents, the Political Constitution of Colombia (Art. 44) enshrines fundamental rights. Among others, because it is of interest for the present work, to have a family and not be separated from it, care, love, education and culture, recreation and free expression of opinion.

With sound judgment, the present project intends to conceive a research that allows us to identify the situation of infants held in Picaleña. The effectiveness of protection policies at the national, departmental and regional levels during the time they remain with their mothers in prison and the effects they generate in the mother - child relationship and with the family outside the penitentiary. The project also becomes an opportunity to examine the criminal and criminal procedural norms that deal with pregnant women, during and after childbirth, in order that family growth, at least in the first years, be a reality and not mere rhetoric. It will be the opportunity to demand special treatment for pregnant women, nursing and in the process of raising their children as a means to discount the prison sentence.

*Keywords:* prison, mother, children between zero and three years, public policies, criminal policy.

## 1. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar en el tema, debe aclararse que la *política pública* es una herramienta esencial para la gestión del Estado, es decir, los proyectos, planes y programas que se elaboran

para resolver situaciones sociales puntuales. En el caso de la presente investigación, se determinaron las políticas públicas dirigidas a la atención de la primera infancia en general, y otras que se han diseñado para los niños hijos de mujeres privadas de la libertad o en situación de aislamiento social, cuyas edades oscilan entre cero y tres años.

Por ejemplo, cuando aún se desarrollaba esta investigación, el 2 de agosto de 2016, se sancionó la Ley 1804 de 2016, destinada a proteger a la mujer gestante y a garantizar el desarrollo integral de la primera infancia. De ella hablaremos adelante. Así mismo, nos ocuparemos de la política criminal para el tratamiento de las mujeres privadas de libertad, su estancia intramuros, la excarcelación y la prisión domiciliarias. A su vez, revisaremos varios pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, al revisar este interesante tema.

Finalmente, presentaremos los resultados del estudio de campo en el Centro Penitenciario de Ibagué.

## 2. OBJETIVOS

### 2.1. Objetivo general

Los objetivos generales se orientaron a verificar el cumplimiento por parte del Estado de las políticas de atención integral a los menores entre 0 y 3 años, hijos de mujeres condenadas a pena privativa de la libertad en la Cárcel de Picalaña, Ibagué, de conformidad con el Decreto 2553 de 2014, con especial referencia a los derechos, a la unidad familiar y a la protección integral.

## 2.2. Objetivos específicos cumplidos

I. Se identificaron los instrumentos legales que tiene Colombia para la protección de los niños y niñas entre cero y tres años que tienen sus madres en prisión.

II. Se precisaron las acciones, planes, programas o estrategias que tienen instrumentados el Inpec y/o el ICBF para dar cumplimiento a las políticas nacionales de atención integral de los hijos de mujeres privadas de la libertad en establecimiento carcelario, para garantizar la protección integral de los niños y niñas y la unidad familiar.

III. Mediante entrevistas con mujeres internas en el pabellón de mujeres, en estado de embarazo y con niños entre cero y tres años, se verificó cuántas de ellas tenían sus hijos en la guardería que el Instituto Penitenciario –Inpec– y el Instituto de Bienestar Familiar –ICBF– tienen en la Penitenciaría de Picalaña.

IV. Mediante oficio del director del Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué “Picalaña” Coiba se allegó información del total de niños que han hecho parte del programa que permite que los niños entre cero y tres años convivan con sus madres en prisión, con fines de protección integral y mantenimiento de la unidad familiar.

V. A través de la Coordinación del Centro Zonal de Ibagué, se pudo conocer la situación de los niños y niñas que dejan el programa, para efectos de la protección integral y la unidad familiar.

## 3. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA PRIMERA INFANCIA

Colombia se ha ocupado de definir conceptos como protección integral y mantenimiento de la unidad familiar, dentro de un programa para la primera infancia de niños entre cero y tres años. Así, encontramos en el Artículo 29

de la Ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y la Adolescencia– el concepto de primera infancia, que comprende el *desarrollo integral*, e incluye los diez principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Dicha norma destaca el reconocimiento de todos los derechos sin posibilidad de excepciones, distinciones o discriminaciones, así como la protección especial de su libertad, dignidad humana y consideración por el interés superior del niño. Por lo tanto, es importante que se dé la interacción con actores, contextos y demás condiciones que potencialicen el progreso y la autonomía de las personas, objeto de la política de protección, más allá de la primera infancia.

Uno de los objetivos de la norma está relacionado con aspectos como estar al cuidado de un familiar o persona responsable que procure una crianza encauzada al desarrollo integral, disfrute de salud óptima, nutrición adecuada y, en general, un entorno saludable que favorezca su desarrollo. Así mismo, el Estado colombiano debe propender por la creación de políticas que permitan la construcción de la identidad en un marco de diversidad que valore la expresión de sus sentimientos, ideas y opiniones. Este panorama le garantiza al menor crecer en condiciones tales de seguridad que le garanticen superar las situaciones de riesgo en que el menor se pueda encontrar.

En este punto hemos de referirnos a la situación de los niños que se encuentran reclusos en los centros penitenciarios con sus madres, para preguntarnos si el entorno en que trascurren sus primeros años de vida es el adecuado para garantizar su promoción y desarrollo integral. Si bien es cierto que los niños, entre cero y tres años, reclusos con sus madres en el Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué (Coiba) cuentan con instalaciones confortables para su permanencia, no deja de ser un lugar de reclusión.

¿Hasta qué punto esos albergues son apropiados para lograr los objetivos propuestos en la Ley de Protección Integral?

La respuesta surge de las personas encargadas del programa, a través de la coordinadora zonal de Instituto de Bienestar Familiar, quien destaca los efectos positivos del programa, ya que los menores participan simultáneamente en actividades educativas, de alimentación y de atención profesional, entre otros (ICBF, 2016, oficio 7310300).

Uno de los beneficios que busca del programa de cero a tres años es que estos infantes compartan con sus madres los primeros años de vida, sin duda una de las políticas públicas que busca la permanencia de los niños con sus madres para mitigar el abandono en que quedarían al ser separados de ellas. Esto, a decir de la Corte (Sentencia T-246, 2016), se soporta en la teoría de la necesidad que tiene todo niño de compartir, crecer y estar bajo el cuidado y protección de sus padres, con el fin de evitar que se generen daños irreversibles para los menores.

Además, en la misma Sentencia T-246 de 2016 se reconoce el compromiso de Colombia con la Convención sobre los Derechos de la Niñez, que en su Artículo 9 prevé:

1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y deben adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (Sentencia T-246, 2016).

De la ausencia de los padres se derivan efectos psicológicos que, aunque no son tema de este documento, sí deben ser

abordados por el derecho penal, en especial por las posibles consecuencias que genera la ausencia de la madre cuando esta está sometida a privación de libertad. La situación de los niños, entre cero y tres años, justifica entonces la creación de alternativas a la pena de reclusión en establecimiento carcelario.

Se considera negativo para el desarrollo de los niños y niñas que el destete coincida con la separación física de la madre, ya que podría agudizar los efectos de la separación.

Desde el punto de vista del desarrollo infantil también aparece como relevante que el niño o niña cuente [con] lenguaje verbal antes de la separación de su madre. La adquisición de lenguaje verbal permite al niño entender mejor lo que pasa a su alrededor, como comprender por ejemplo el hecho de que la separación es algo temporal; expresar sus temores y preocupaciones, así como también la madre podrá sentir cierta tranquilidad ya que su hijo o hija podrá expresarle verbalmente si algo le ocurre en su ausencia (Cortázar *et al.*, 2015, p. 3).

A su vez, la Ley 1804 de 2016 fija los presupuestos para la efectividad de la atención integral, para que esta sea una realidad y no mera retórica, de acuerdo con las necesidades o intereses del menor, su ciclo vital y entorno, y de manera que la atención que se brinde a los niños entre cero y tres años, en centros de reclusión, sea oportuna y eficaz. Para el hijo de la mujer privada de libertad en establecimiento carcelario, la oportunidad se da desde la gestación y hasta los tres años. La eficacia se relaciona con la clase de atención que se brinda para la formación integral del infante y el tiempo que haga parte del programa.

El proceso individual de desarrollo del niño está garantizado por medio de la *continuidad* de las medidas de atención, así como por su naturaleza *complementaria*, es decir, las acciones que deben contribuir “a la integración de la

atención”, como resultado de la “interacción y articulación solidaria entre los actores responsables de la protección integral de las niñas y niños en la primera infancia” (Ley 1804, 2016).

Si bien la Ley 1804 de 2016 no se ocupa de los hijos de mujeres privadas de la libertad en establecimientos carcelarios, ellos deben ser considerados sujetos de atención prioritaria; prioridad que según la ley corresponde a la configuración de niños y familias en estados de vulnerabilidad: derivados de la cultura, la raza, el contexto, condiciones particulares o afectaciones transitorias; estas dimensiones deben considerarse además cuando concurren con la privación de la libertad de la madre.

De las políticas públicas puede decirse que se trata de una pluralidad de programas diseñados para la protección de un grupo poblacional, en alto grado de vulnerabilidad, a la que se le suma un componente penal que torna más compleja la situación: reclusión de la madre por delitos tipificados como altamente lesivos para bienes jurídicos. Además, si los programas que favorecen a la primera infancia –en prisión– son un instrumento efectivo para la preservación de la unidad familiar, ¿cuál de las dos políticas debe prevalecer?

Los programas de atención integral a la primera infancia, en las condiciones planteadas, necesariamente deben involucrar a las autoridades, organismos e instituciones (Inpec-Coiba, 2016, oficio 07285) cuya misión se ha centrado en la atención de la niñez y, por supuesto, en la familia, que en no pocas ocasiones son disfuncionales (Departamento Nacional de Planeación, 2014, Observatorio Nacional de Familias).

Los estamentos involucrados deben estar orientados, desde la etapa de gestación hasta el nacimiento, hacia la nutrición, la salud, la prevención de enfermedades, la

generación de condiciones de vida digna y a un ambiente sano donde se le permita al niño aprender valores, costumbres sociales y formar su identidad. Así mismo, la salud emocional garantizará al sujeto una adecuada adaptación, con la finalidad de crear las condiciones viables para la unidad familiar.

Si bien no se tiene mayor información sobre los efectos emocionales en los niños que dejan el programa, el oficio 73101300 de 2016 del ICBF manifiesta hallar efectos positivos por la permanencia de los niños con sus madres en prisión. Entre las razones se afirma que durante ese tiempo los niños reciben educación integral, alimentación, atención profesional en salud y un proceso pedagógico que apoya el desarrollo integral de esos niños y niñas; beneficios que sin duda son inmediatos a la dejación de la guardería carcelaria, pero que no dan cuenta de los efectos emocionales a corto y largo plazo (ICBF, 2016, oficio 7310300).

#### 4. MARCO NORMATIVO Y DE REFERENCIA

En el campo normativo nacional se encuentra un buen número de normas que consagran derechos y mecanismos de protección generales, así como específicos, que garanticen y hagan eficaces los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia.

Adicionalmente hay varias normas internacionales avaladas por Colombia, como la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), el primer instrumento vinculante para el país en esta materia. La norma, por su carácter internacional, liga todos los derechos humanos y se constituye en fuente de las medidas legales a favor de este grupo de personas. Fue firmado en 1989, al tomarse la decisión de crear un tratado que se ocupara de los derechos de las personas que no habían alcanzado la mayoría de edad. Su postulado

reconoce un grupo especial de derechos para esta población y propende por el entendimiento de su protección.

La Constitución de 1991 definió, en el Artículo 44, los derechos fundamentales de los niños, a los cuales nos remitimos. Uno de los puntos por destacar es el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Sin embargo, una familia no siempre está soportada en lazos genéticos o de consanguinidad, ya que en muchos casos la familia natural no está en condiciones de brindarle al menor los derechos constitucionales definidos en el Artículo 44 de la Carta Política.

Para el desarrollo de la norma constitucional, Colombia ha expedido dos códigos: el Decreto 2737 de 1989, conocido como Código del Menor, y la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia. Dichos códigos contienen normas sustanciales y procesales destinadas a garantizar los derechos reconocidos, en normas internacionales, como de rango constitucional, para hacerlos efectivos a través de la familia, la sociedad y el Estado.

En materia de protección integral, el Código de la Infancia y la Adolescencia circunscribe el reconocimiento de los derechos y la implementación de las medidas necesarias para la prevención y represión de toda forma de violencia, así como el restablecimiento inmediato de sus derechos. Dicha protección se hace realidad en el conjunto de políticas, planes y programas que el Estado y la sociedad ejecutan en los planos nacional, departamental y municipal con las asignaciones correspondientes. Este diseño de políticas debe partir desde el punto de vista económico, físico y humano, pues no se entendería la creación de proyectos que se quedarán solo impresos en el papel.

En este orden de ideas, la primera y más importante política es la de considerar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes como un fin prioritario para el Estado.

Declaración que implica el reconocimiento y la prevalencia de sus derechos, así como la corresponsabilidad de su protección por parte del Estado.

Las políticas públicas, para la primera infancia, implican el reconocimiento de la dignidad humana. El principio constitucional se reitera en la Ley 1098 de 2006, de infancia y adolescencia, que para nuestro estudio comprende las etapas que anteceden al parto y las siguientes hasta los 12 años (Sentencia T-770, 2005); la dignidad humana debe reconocerse en la infancia como etapa fundamental en el desarrollo del ser humano en sociedad.

Es fundamental no pasarse por alto al que está por nacer, pues a voces el Artículo 3 de la Ley 1098 de 2006 señala: “son sujetos titulares de derechos, para efectos de esta ley, todas las personas menores de 18 años”. Y la norma agrega: “sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 34 del Código Civil, se entiende por niños o niñas las personas entre los 0 y 12 años, y por adolescentes las personas entre 12 y 18 años”. Luego, la dignidad humana en materia de niños y niñas entre cero y tres años no es una ficción sino una realidad que se expresa en acciones de protección, como lo señala el Artículo 18 de la Ley de Infancia y Adolescencia cuando postula que:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario (Art. 18, Ley 1098, 2006).

El Artículo 7 de la Ley 1098 de 2006, define la protección integral como:

el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacionales, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos (Ley 1098, 2006).

A su vez, el Artículo 10 de la misma norma trata la corresponsabilidad que posee un número concurrente de personas encargadas de brindar protección a los niños, niñas y adolescentes. Salvaguardia que se encuentra radicada en la familia, la sociedad y el Estado.

En relación con la atención y el cuidado de la primera infancia, el Artículo 29 de la Ley 1098 de 2006 anota:

[...] la etapa del ciclo vital en la que se establecen las bases para el desarrollo cognitivo, emocional y social del ser humano. Comprende la franja poblacional que va de los cero (0) a los seis (6) años de edad. Desde la primera infancia, los niños y las niñas son sujetos titulares de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en este Código. Son derechos impostergables de la primera infancia, la atención en salud y nutrición, el esquema completo de vacunación, la protección contra los peligros físicos y la educación inicial. En el primer mes de vida deberá garantizarse el registro civil de todos los niños y las niñas (Ley 1098, 2006).

Al examinar el Artículo 44 de la Carta Política, la Corte Constitucional, en Sentencia C-239 de 2014, da lugar a que estas personas sean protegidas de “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

En términos generales y desde el punto de vista teórico, los niños y niñas –entre cero y seis años– cuentan con una amplia protección del Estado, la familia y la sociedad por mandato constitucional. Este es un buen momento para recordar la Sentencia C-1064 de 2000 que dice:

Este principio condiciona el actuar de la totalidad del Estado, así como de las instituciones privadas de bienestar social, a la hora de tomar decisiones en las que se vean afectados niñas y niños; siempre se ha de considerar, primordialmente, el interés superior del niño (Sentencia C-157/2002). En otras palabras, el interés superior del menor “se revela como un principio, el cual implica una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucra, el cual obtiene reconocimiento en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional como en el nacional”.

En suma, es claro que los derechos y garantías de los niños son prevalentes en tanto que merecen un tratamiento prioritario respecto de los derechos de los demás y que las disposiciones en que se involucren dichos intereses deben interpretarse siempre a favor de los intereses del niño, que son intereses superiores del régimen jurídico (Sentencia C-1064, 2000).

Sin embargo, nos interesa examinar el tema cuando se presenta una vulneración de los derechos de los niños entre cero y tres años, cuando la madre se encuentra en prisión intramural.

Finalmente, el 2 de agosto de 2016 se sancionó la Ley 1804 de 2016, en la cual se concreta la política del Estado para el desarrollo integral de la primera infancia –de cero a siempre–. Se trata de una norma que busca la protección y la garantía de las mujeres gestantes y de los niños de cero a seis años de edad. El artículo primero textualmente reza:

Artículo 1°. Propósito de la ley. La presente iniciativa legislativa tiene el propósito de establecer la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre, la cual sienta las bases conceptuales, técnicas y de gestión para garantizar el desarrollo integral, en el marco de la Doctrina de la Protección Integral.

Con ello busca fortalecer el marco institucional para el reconocimiento, la protección y la garantía de los derechos de las mujeres gestantes y de los niños y las niñas de cero a seis años de edad, así como la materialización del Estado Social de Derecho (Ley 1804 de 2016).

La tarea que se propone emprender incluye a la mujer gestante, la familia y la sociedad, entornos que garantizan la protección integral y el beneficio de los *nascitūrus*. Esta nueva normativa determina que las actividades encaminadas a la protección de los sujetos deben realizarse “a través de un trabajo articulado e intersectorial”, que promueva acciones efectivas para alcanzar el desarrollo de las condiciones humanas en cada uno de los momentos de la vida.

De cero a siempre es una estrategia conformada por acciones planificadas, en el ámbito nacional y regional, que promueven y garantizan el pleno desarrollo de los niños, desde su etapa de gestación hasta los seis años de edad (primera infancia). Por lo tanto, sus derechos son inaplazables, y Estado, familia y sociedad están obligados a protegerlos en derechos como la salud, la nutrición y la educación.

## 5. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD Y MATERNIDAD

Este apartado tiene el propósito de resaltar la política criminal en la materia en mención. Algunas de las medidas a favor de la excarcelación extramural se conceden por causa del embarazo, concretamente cuando faltan dos meses para

el parto y durante los seis meses siguientes al nacimiento de la criatura. Otras se confieren en virtud de ser madre cabeza de familia; aunque la medida no es exclusiva para la mujer, sí resulta de mayoritaria aplicación para ella como figura paternal.

El Proceso 36507 de 2011, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en referencia al alcance de los Artículos 314 (num. 5) y 461 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, sustenta que la sola condición de cabeza de familia es suficiente para conceder la prisión o detención domiciliaria.

El numeral 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal señala que la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia cuando el procesado fuese cabeza de familia “de un hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado” (Proceso 36507, 2011).

La sustitución de la detención preventiva no está limitada por la naturaleza del delito, la carencia de antecedentes o por la valoración de un componente subjetivo. La medida de sustitución está autorizada en el Artículo 461 del Código de Procedimiento Penal. Esta norma faculta al juez de penas y medidas de seguridad para sustituir la ejecución de la sanción en los mismos casos previstos en el Artículo 312, modificado por la Ley 1142 de 2007, Artículo 25, para la sustitución de la detención preventiva.

Puntualmente, la privación de la libertad en el lugar de la residencia del procesado por su condición como padre o madre cabeza de familia, a juicio de la Corte Suprema: “No puede tolerar situaciones de impunidad, es decir, aquellas en las cuales el derecho reconocido del menor afecta de manera grave o desproporcionada la realización efectiva de

los fines del proceso o del cumplimiento de las funciones propias de la pena” (Proceso 36507, 2011).

La Corte aborda el posible conflicto que se puede presentar entre la detención preventiva intramural y la necesidad de proteger el derecho del hijo o hija a estar al lado de su madre. Es decir, la colisión entre el derecho de los niños a tener una familia y el de la sociedad a segregar a las personas que ponen en peligro la vida en comunidad; conflictos que deben resolverse mediante el llamado juicio de ponderación, como lo ha explicado la Corte Constitucional.

Valga como ejemplo el que expone la Sentencia C-184 de 2003:

Tal fue uno de los argumentos de la Corte Constitucional cuando declaró exequible algunas expresiones del artículo 1 de la Ley 750 de 2002:

“[...] los derechos de las niñas y los niños, pese a su especial protección, dentro de un estado social y democrático de derecho como el colombiano tienen límites como cualquier otra garantía constitucional. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que uno de esos límites se encuentra cuando la madre solicita que se le conceda el derecho de detención domiciliaria, y a pesar de que eso sea lo mejor para sus hijos, se le niega por representar ello un peligro o una amenaza grave para la paz y tranquilidad de la sociedad [...]

De esta manera, la jurisprudencia constitucional considera, por una parte, que es legítimo para el legislador introducir derechos en materia penal a mujeres que se encuentran privadas de la libertad, como por ejemplo la prisión domiciliaria; pero por otra, considera que no concederla a una mujer cabeza de familia, cuando esta pone en riesgo la seguridad de la comunidad y puede representar una amenaza para los derechos de los asociados, es legítimo, porque es constitucional restringir esa posibilidad en tales condiciones” (Sentencia C-184, 2003).

En este sentido, nuevamente la Sala Plena de la Corte Constitucional manifiesta que “el respeto por el interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos” (Sentencia C-184, 2003). Para la Corte no sería coherente con el derecho exigir como único requisito para la concesión de la libertad la condición de *madre o padre cabeza de familia* ya que la decisión debe atender a múltiples principios y valores constitucionales, como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de la justicia. Dichos valores y principios deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, y por eso siempre requieren ponderación.

Sin embargo, cuando se trata de la maternidad y la privación de libertad, la ponderación de los principios y valores en conflicto merecen un análisis especial. Así que nos ocuparemos de la procedencia de la medida de privación preventiva en centro carcelario, la gestación, el parto y la maternidad.

La medida de aseguramiento y la condena a pena efectiva de prisión son instituciones penales que se potencializan frente a la maternidad. De acuerdo con el mandato del Artículo 250 de la Carta Constitucional y el Artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, los requisitos para imponer medida de aseguramiento se concretan en un análisis que desarrolla el juez y del cual debe deducir: i) Que el imputado probablemente es el autor o partícipe del delito que se le imputa, conclusión que se deduce del elemento probatorio; ii) que el imputado obstruirá el ejercicio de la justicia, mediante la destrucción o la manipulación de los elementos materiales de prueba o a través de la amenaza o corrupción de los testigos; iii) que la persona imputada constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o iv) que deduzca que el imputado no

comparecerá al proceso, en caso de que se profiera en su contra una sentencia condenatoria.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-705 de 2013, sublima la prevalencia del interés superior de los niños en la primera infancia, aun frente al derecho penal. De tal manera, demanda a los jueces, servidores administrativos y cualquier otra autoridad comprometida a resolver situaciones a favor de la prevalencia de tales intereses.

Para cumplir con tal cometido, el derecho penal ha entronizado varias instituciones que le permiten al juez la sustitución de la privación de libertad intramural por la prisión domiciliaria. Esta situación opera para casos puntuales y de manera especial para madres y padres cabeza de familia, con la finalidad de no dejar desamparados a los hijos necesitados de su atención y cuidado personal. El juez cuenta con un margen de discrecionalidad, y no de arbitrariedad, para decidir en uno u otro sentido.

El Artículo 314 de la Ley 906 de 2004, referente a la *Sustitución de la detención preventiva*, fue modificado por el Artículo 27 de la Ley 1142 de 2007. La norma faculta al juez para sustituir la detención intramural por la detención domiciliaria. De manera puntual, señala que cuando a la imputada o acusada le falten menos de dos meses para el parto es procedente la sustitución de la reclusión carcelaria por la domiciliaria. El derecho se extenderá durante los seis meses siguientes a la fecha del nacimiento del menor. Sin embargo, el legislador incorporó a la norma un párrafo en el cual excluye la detención extramural en razón de algunas conductas que afectan gravemente a la sociedad. Con esta restricción, la decisión del juez, en materia de libertad, deja de ser discrecional para imponerse por decisión legislativa.

A pesar de lo dicho, la Corte Constitucional, en Sentencia C-318 de 2008, al examinar el apartado del Artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, expone la no interferencia con el

juez al momento de valorar la medida de aseguramiento y su lugar de cumplimiento. De tal manera que, si el juez encuentra procedente imponer la medida por alguno de los delitos establecidos en el párrafo, esta se deberá cumplir en el establecimiento carcelario, pero –enfatisa– en tales situaciones el juez debe efectuar un juicio de necesidad al momento de imposición de la medida. “La limitación del umbral de discrecionalidad del juez (numeral 1 del artículo 314) se ubica en el campo del juicio de suficiencia, no el ámbito de la valoración de la necesidad” (Sentencia C-318, 2008).

Ahora bien, la Corte plantea que pese a las condiciones referidas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del Artículo 314 del CPP, deben restringirse algunas prerrogativas consideradas a favor de un grupo de personas. En el caso de la prisión extramural, “no procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria” cuando se trata de uno de los delitos puntualizados en la norma. En casos como estos, se desestima la “protección reforzada prevista en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 del CPP”, es decir, la proximidad del parto y los seis meses posteriores ceden ante la gravedad de determinadas conductas, para ordenar la permanencia del sujeto en el establecimiento carcelario.

La negativa a conceder la excarcelación deja de lado el interés individual para hacer prevalecer el sentimiento de seguridad social, es decir, que las condiciones personales referidas al sujeto involucrado (personas de la tercera edad, en estado grave de enfermedad o mujeres próximas al parto) pasan a un segundo plano.

La figura procesal de la sustitución de la prisión por el domicilio adquiere una dimensión particular cuando se trata de proteger personas diferentes al autor o agente de la medida preventiva, ajenos pero dependientes del mismo

y que requieren especial protección constitucional, como es el caso de los niños en período de lactancia (num. 3, Art. 314, CPP), hijos menores o en situación de discapacidad que se encuentren bajo el cuidado exclusivo del padre o la madre (numeral 5, de la misma norma).

Para la Corte, el párrafo fue anexado para restringir la libertad como consecuencia de la existencia de una imputación específica, y con la finalidad de fortalecer la percepción de seguridad de la colectividad y su confianza en el sistema de justicia; en especial, cuando la conducta ha afectado los derechos de los niños, la familia o ha repercutido en la institucionalidad y en el desarrollo de la sociedad (Sentencia C-318, 2008). Sin embargo, la necesidad de la medida se encuentra definida dentro de los límites que tiene el *ius puniendi*: asegurar la comparecencia del acusado al proceso, la protección del elemento probatorio y *la protección de la comunidad, con énfasis en la víctima*, puntualiza la Corte.

Por tratarse de una restricción a un derecho, en este caso el de la libertad, esta limitación debe estar precedida de los fundamentos jurídicos que establece el Artículo 28 de la Carta Constitucional. De manera excepcional, la norma apunta: “Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado...”, salvo que exista una orden escrita de una autoridad judicial competente, librada con las formalidades legales y por los motivos previstos en la ley.

El juez posee la potestad de valorar, adicionalmente, algunas situaciones como la continuidad del sujeto en actividades criminales –de la misma naturaleza a la que el juez valora en el momento–, su vinculación con organizaciones delictivas; así como la existencia de medidas de aseguramiento o mecanismos sustitutivos de pena anterior –por delito doloso o preterintencional– o la existencia

de sentencia condenatoria vigente por los mismos delitos (Sentencia C-318, 2008).

De acuerdo con la Corte Constitucional, la prohibición del Artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 –que modifica el Artículo 314 de la Ley 904 de 2004– deja en cabeza del juez la decisión de imponer o no la medida de aseguramiento. En el caso de que el juez decida aplicar la medida de aseguramiento, por uno de los delitos censurados en el párrafo, esta debe cumplirse en establecimiento carcelario y soportarse en la valoración de la medida al momento de su imposición. Es decir, el juez no tiene discrecionalidad para decidir la necesidad porque esta se funda en supuestos objetivos, por el contrario, la discreción se ubica, “en el campo del juicio de *suficiencia* propio del momento de la *sustitución*” (Sentencia C-318, 2008).

Si bien el fallo constitucional (C-318, 2008) dice que no procede la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria, cuando la imputación de los delitos se refiere a los definidos en el Artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, no puede interpretarse en un sentido literal porque:

En un sistema de regulación de los requisitos y condiciones bajo los cuales es posible la restricción preventiva de la libertad a consecuencia de una imputación penal, responde a imperativos históricos y constitucionales, como el camino hacia la humanización del sistema penal, la fuerza normativa de los principios de dignidad, libertad e igualdad, y a las exigencias de proporcionalidad y razonabilidad que se derivan del último de los postulados mencionados.

[...] El tratamiento especial que se consigna en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314, está establecido en algunos casos en favor del propio procesado(a) en estado de debilidad manifiesta (personas de la tercera edad o enfermos graves), y en otros, con propósito de protección de terceros que resultan afectados con la medida restrictiva de la libertad y que tienen

la condición de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso del menor lactante (num. 3°), y del hijo menor o discapacitado bajo el cuidado exclusivo del padre o madre bajo imputación (num. 5°) (Sentencia C-318, 2008).

En tales casos:

Una exclusión generalizada y absoluta de la posibilidad de sustitución de la medida de detención en establecimiento carcelario por la domiciliaria, para un amplio catálogo de delitos, y en relación con estos sujetos merecedores de especial protección, bajo el único criterio de la gravedad abstracta del delito y de su potencialidad de afectación de la seguridad ciudadana, conlleva a situaciones de inequidad injustificables.

(...) De esta forma, la mujer gestante a quien se le imputa el delito de rebelión podrá cumplir la detención en su lugar de residencia cuando falten dos meses o menos para el parto, en virtud del numeral 3° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, en tanto que si la sindicación es por el delito de cohecho por dar u ofrecer (...) tendrá que permanecer privada de la libertad en un establecimiento carcelario antes y después del parto, simplemente porque el delito que se le imputa se encuentra dentro de los expresamente excluidos del beneficio en el párrafo acusado, incluso si en este último evento existen elementos de juicio que evidencien que para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento es suficiente la reclusión en el lugar de residencia (numeral 1°, ejusdem) (Sentencia C-318, 2008).

Por lo tanto, la Corte considera que la Constitución colombiana no tolera la forma como se tratan estas situaciones, supuestos de hecho iguales, que solo producen “focos de discriminación intolerables” (Sentencia C-318, 2008). En el marco de los principios de igualdad (Art. 13 de la Carta y Art. 4 del CPP), dignidad (Art. 1 de la Constitución y Art. 1 del CPP) y libertad (Art. 28 de la Carta y Art. 2 del CPP), se

“derivan las exigencias de necesidad, proporcionalidad, razonabilidad y gradualidad en la aplicación de las medidas de aseguramiento”.

Para la Corte es preciso que el juez examine cada situación, porque de aceptarse la existencia de una prohibición absoluta por parte del legislador, respecto de los numerales 2, 3, 4 y 5, se “propiciarían situaciones absurdas y carentes de justificación racional”.

Es posible que el juez, al resolver la situación jurídica, se vea avocado a evaluar la libertad de una mujer con motivo de la maternidad, estudio que lo lleva a concluir que no se dan los presupuestos procesales y, por lo tanto, la madre debe recibir a su hijo en internamiento intramural. Este hecho conlleva al Estado a adoptar acciones para proteger al menor. La iniciativa se traduce en el programa a cargo del ICBF y el Inpec para atender a los niños, entre cero y seis meses, con sus madres en el establecimiento carcelario.

## 6. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

El programa liderado por el ICBF y el Coiba empezó a funcionar desde el 18 de abril de 2013. A partir de esta fecha se ha cuantificado el ingreso de 44 mujeres gestantes y cuatro en período de lactancia. A su vez el programa ha recibido un total de 24 niños entre cero y tres años. Estas cifras nos permiten entrever que aproximadamente la mitad de las mujeres se benefician con la libertad antes de dar a luz a sus hijos.

Del total de las mujeres privadas de libertad, a 43 se les suspendió la pena por autoridad judicial. Solo una permaneció con su hijo en prisión, ya que en su ciudad de residencia (Bogotá) no contaba con ninguna persona familiar o amiga que le colaborara con el traslado del menor.

En cuanto a la permanencia de los niños en prisión con sus madres, a través de la investigación se concluyó que del total de niños en prisión con sus madres solo dos permanecieron hasta los tres años en el programa, los demás lo abandonaron antes. Así mismo, de las mujeres con medida de aseguramiento y en estado de gestación, solo una dio a luz en cautiverio.

De acuerdo con la coordinadora del Centro Zonal de Ibagué:

Efectivamente, el ICBF hace seguimiento a los niños y niñas que egresan del Inpec a través de la psicóloga y la dragoneante responsable de la guardería. Estas funcionarias informan, a través de documentos a la coordinadora del Centro Zonal, la situación del beneficiario próximo a salir del programa para que se realice por parte de la defensoría de familia una visita a la red familiar. A fin de garantizar sus derechos y que estos no sean vulnerados. Además a los niños que egresan del programa, el ICBF les garantiza cupo para un Centro Desarrollo Integral cercano a la vivienda de la madre o a su red de apoyo (ICBF, 2016, oficio 7310300).

En entrevista con un funcionario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se nos informó de la falta de seguimiento de algunos menores, ya que las madres dejaban la ciudad y no se sabía de su paradero. Sin embargo, teniendo en cuenta que el documento escrito tiene más fuerza probatoria, debemos aceptar la nota destacada en el punto anterior.

Otra de las inquietudes de la investigación se relacionó con los efectos positivos o negativos para el desarrollo emocional del niño o la niña que haya convivido con su madre en la prisión de Picalaña. Al respecto, el ICBF señala:

Sí se han generado efectos positivos. Los niños que egresan del proyecto pasan por una educación integral, en donde

se les garantiza un programa que abarca alimentación, atención por profesionales de la salud y un proceso pedagógico que apoya su desarrollo. Sumado a esto, cuentan con cuidados y apoyo en su crecimiento para el fortalecimiento de un vínculo maternal independiente a la realidad en que se encuentran.

El Centro Zonal Ibagué, quien ejerce la supervisión, está realizando con los Centros Zonales de Protección en la ciudad procesos de sensibilización acerca de la importancia del vínculo del niño con la madre durante los primeros años de vida. Del mismo modo se crean estrategias que garanticen a través de acompañamientos y asesorías la estabilidad emocional entre madre e hijo (ICBF, 2016, oficio 7310300).

De esta manera, los resultados basados en el informe de las entidades del Estado, que manejan los programas en beneficio de los niños entre cero y tres años, son positivos.

## 7. CONCLUSIONES

Como ya se reseñó, desde el 18 de abril de 2013, fecha de inicio del programa para los hijos de mujeres en el Coiba, 44 mujeres en estado de embarazo han sido recluidas en el centro carcelario. De manera que en cumplimiento del Artículo 314 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el Art. 27 de la Ley 1142 de 2007), 43 fueron dejadas en libertad. Este hecho nos permite concluir que la justicia penal ha cumplido con los fines de política criminal en materia de protección de las mujeres comprometidas con procesos penales y sus hijos en período de gestación y primeros años de vida.

Una segunda reflexión es la de reconocer que, además del cumplimiento de las normas para la protección integral y mantenimiento de la unidad familiar, los niños mientras

permanecen con sus madres cuentan con condiciones dignas. Los espacios donde se localizan la guardería y las celdas donde duermen las internas y sus hijos cumplen las condiciones para que los objetivos del programa no sean mera retórica. Sin embargo, creemos que por tratarse de una prisión, el límite del espacio restringe la relación con el entorno del que disfrutaban otros niños entre cero y tres años. Esto es, el niño no tiene contacto con el mundo exterior, salvo los fines de semana en pueda compartir con sus abuelos, padre o demás parientes fuera del centro penitenciario. Estas salidas están previstas en el reglamento del programa y las autoridades del mismo hacen esfuerzos para garantizar al niño estos espacios de libertad.

Sobre las consecuencias del internamiento de los niños, resulta prematuro afirmar, en tan solo tres años del programa, los efectos en la psiquis del niño que estuvo con su madre en prisión. Sin embargo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar hace seguimiento a los que dejan el programa para brindar otro tipo de atención integral. Hasta el momento no se conocen consecuencias negativas.

De esta investigación surgen nuevas inquietudes, como conocer la situación de los hijos de mujeres condenadas con prisión domiciliaria o detenidas en sus domicilios en virtud de otros programas, como el de las madres cabeza de familia. ¿Qué ocurre con ellos? ¿Reciben igual atención que los que están con sus madres en prisión? Estos interrogantes podrán ser objeto de otro trabajo.

Finalmente y para dar respuesta a las inquietudes de la Corte Constitucional, este programa no tiene quejas que aconsejen acabarlo o modificarlo. Los menores se consideran sujetos de protección especial, y el Estado a través de este tipo de programas cumple con la tarea institucional de preservar la relación de madre e hijo.

## 8. UNA PROPUESTA

Colombia ha promulgado leyes penales especiales para atender problemas sociales que no ha logrado prevenir con el derecho penal ordinario. La historia del tratamiento al narcotráfico en la época de Pablo Escobar, las normas promulgadas para el sometimiento de los llamados paramilitares y los acuerdos para la paz son solo algunas referencias de la necesidad de adoptar medidas penales diferentes a las normas ordinarias. El gran reto ahora son las necesidades de los hijos de mujeres en reclusión. Primero porque, aunque pueden convivir con sus madres en los establecimientos carcelarios y contar con programas que, desde el punto de vista formal, son completos, no dejan de vivir en cautiverio. En los casos en que la madre no sea liberada de la prisión, los hijos al cumplir los tres años salen del programa y quedan sin el abrigo materno, lo que puede traer consecuencias futuras para su convivencia en sociedad.

La propuesta que hacemos, inspirados en la experiencia que nos ha permitido vivir este proyecto, es la de ampliar el catálogo de factores que permitan a las mujeres, madres gestantes y/o con niños entre cero y tres años, obtener rebajas de la pena por el cuidado de sus hijos. Es decir, que los días que la madre dedica al cuidado de sus hijos en gestación y entre cero y tres años, le permita obtener una rebaja de la pena, como la obtiene por trabajo, estudio o enseñanza. Además, el derecho penal debe permitir que las madres cumplan la pena fuera del centro penitenciario, con asistencia permanente de los institutos que velan porque el derecho de las niñas, niños y adolescentes sea una realidad. Si se observa desviación o fracaso en la protección de los hijos, o si se ven abocados a mayores peligros, que se

adopten medidas de protección, como ocurre con los casos comunes de abandono o maltrato de menores.

No se puede perder de vista que la política criminal se debe orientar, antes que a la madre, al bienestar del hijo menor de edad, a sus necesidades afectivas y materiales. De manera que cuando por causa del delito se ponga en peligro la unidad familiar y el desarrollo integral del niño, el Estado debe tomar las medidas que protejan el interés superior de estas personas. Naciones Unidas (UNODC, 2011, Reglas de Bangkok) recuerda que los hijos e hijas de personas recluidas son las víctimas invisibles del delito y del sistema penal. Son vejados por el estigma de la criminalidad, aun cuando no han quebrantado ley alguna. Su derecho a una crianza y educación de calidad se ve negativamente afectado, tanto por la acción delictiva del progenitor como por la respuesta del Estado. Porque, aunque no están penados, se ven confinados a vivir en medio de situaciones y circunstancias propias del contexto carcelario, que hace invisible su derecho a vivir en un ambiente familiar, propicio para su desarrollo como persona y miembro activo de la sociedad.

Finalmente, con la finalidad de humanizar más la pena privativa de libertad, se propone la adopción de medidas como la de reconocer rebajas de pena a la mujer que se encuentra en la etapa de gestación y/o al cuidado de sus hijos en los primeros años de vida. La rebaja de pena a personas que la cumplen en establecimiento carcelario debe cobijar también a las mujeres a quienes se les ha sustituido por la prisión domiciliaria. La gestación, el parto y la crianza del hijo demandan de la mujer actividad laboral de 24 horas que no ha sido tenida en cuenta en el sistema carcelario y que puede estimular a la mujer a reincorporarse mejor a la sociedad.

## 9. REFERENCIAS

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL [CPP]. Ley 906 de 2004. Agosto 31 de 2004 (Colombia).

CONGRESO DE COLOMBIA (2006, 8 de noviembre). Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. DO n.º 46.446.

CONGRESO DE COLOMBIA (2007, 28 de junio). 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. DO n.º 46.673.

CONGRESO DE COLOMBIA (2016, 2 de agosto). Ley 1804 de 2016. Por la cual se establece la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de cero a siempre y se dictan otras disposiciones. DO n.º 49.953.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [CONST]. Arts. 28, 44 y 250. 7 de julio de 1991 (Colombia).

CORTÁZAR, A., QUESILLE, A., LENIZ, I., VIELMA, C., FERNÁNDEZ, P., & VILLALOBOS, C. (2015). *¿Qué pasa con los hijos de madres encarceladas? Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad*. Documento del Instituto de Políticas Públicas, IPP, Facultad de Economía y Empresa, Columbia Global Centers/Latin America. Recuperado de: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=117002&prmtipo=documentocomision>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1064 de 2000 (M. P. Gabriel Álvaro Tafur Galvis: 16 de agosto de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-157 de 2002 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: 5 de marzo de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-184 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: 4 de marzo de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-770 de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández: 25 de julio de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-318 de 2008 (M. P. Jaime Córdoba Triviño: 9 de abril de 2008).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 36507 (M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-705 de 2013 (M. P. Nelson Pinilla Pinilla: 26 de abril de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-239 de 2014 (M. P. Mauricio González Cuervo: 9 de abril de 2014).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-246 de 2016 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 17 de mayo de 2016).

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (2014) Observatorio Nacional de Familias. Bogotá.

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, INPEC; COMPLEJO CARCELARIO Y PENITENCIARIO DE IBAGUÉ, PICALAÑA, COIBA (INPEC-COIBA) (2016). Oficio de subdirección 07285, del 15 de abril de 2016.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF, REGIONAL TOLIMA (2016). Oficio 7310300 del 28 de diciembre de 2016.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, UNODC (2011). Reglas de Bangkok. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus comentarios. 16 de marzo de 2011. Recuperado de <https://>

[www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/  
Bangkok\\_Rules\\_ESP\\_24032015.pdf](http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf)

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de <http://www.humanium.org/es/convencion-adaptada/>

**CAPÍTULO 9**  
**SALUD INTEGRAL EN MUJERES PRESAS**  
**DESDE LA EXPERIENCIA DEL COJAM.**  
**¿UNA PROPUESTA DE POLÍTICA ABOLICIONISTA**  
**ESTRATÉGICA NO RADICAL?<sup>1</sup>**

DIANA RESTREPO RODRÍGUEZ<sup>2</sup>

*¿Cómo puede algo hacerse invisible sin desaparecer a la  
vista? Basta meterlo en prisión.*  
*¿Cómo puede el dolor detener su potencial transformador a  
pesar de agrandarse al infinito? Basta meterlo en prisión.*  
*¿Cómo puede el amor incondicional dejar de ser una  
respuesta? ¿Basta meterlo en prisión?*

Yahuaría

- 
- 1 Este texto es resultado de la investigación “Condiciones actuales de salud integral de las mujeres reclusas en el complejo carcelario y penitenciario de Jamundí (Cojam)”, cuya investigadora principal es Diana María Restrepo Rodríguez, del Grupo de Investigación GICPODERI de la Universidad Santiago de Cali; aprobado por la DGI y registrado ante el CEIDE: 105-20170305.
  - 2 Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Módena (Italia), especialista en Derecho Penal de la Universidad Eafit, abogada de la Universidad de Antioquia. Mediadora y conciliadora, experta en temas de resolución de conflictos y justicia restaurativa; activista del Colectivo Abolicionista Contra el Castigo. Actualmente es docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. yahuaría@yahoo.es

## RESUMEN

Desde la década de 1940 está claro que la “salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no una mera ausencia de enfermedad”. Así, se ha ido avanzando en el concepto de salud integral, el cual abarca aspectos físicos, mentales, emocionales, espirituales, sociales y ambientales. A efectos del análisis de la salud integral en las prisiones latinoamericanas, y en especial en la reclusión de mujeres del Complejo Carcelario y Penitenciario de Jamundí (Cojam), se observan los factores de: alimentación, higiene, descanso, deporte, educación, distracción, visitas y comunicaciones con el exterior, drogodependencias, prevención suicidio y autolesiones, atención médica, violencias, hacinamiento, y se analizan a la luz de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos (1955, 2015), más conocidas como Reglas Nelson Mandela, y aquellas para las reclusas (2011), más conocidas como Reglas de Bangkok, para luego proponer medidas de emergencia.

*Palabras clave:* mujeres presas, cárcel, salud integral, abolicionismo, política pública prisión, Cojam.

INTEGRAL HEALTH IN WOMEN INMATES FROM COJAM'S  
EXPERIENCE. A NON-RADICAL AND STRATEGIC  
ABOLITIONIST POLICY PROPOSAL?

## ABSTRACT

Since the 40s of the 20th century it was clear that “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. Since that moment, the concept of integral health has evolved until it includes physical, mental, emotional, spiritual, social and environmental aspects. To analyse integral health in

Latin American prisons, and especially in the detention of women in the Prison and Penitentiary Complex of Jamundi (Cojam), some factors are observed and compared with the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (1955, 2015), better known as Nelson Mandela Rules and those for women inmates (2011), better known as Bangkok Rules. Those factors are: food, hygiene, rest, sports, education, distraction, visits and communications with the outside world, drug addiction treatment, suicide and self-harm prevention, medical attention, violence, overcrowding. In respect to those factors, emergency measures are proposed.

*Keywords:* women inmates, jail, integral health, abolitionism, prison public policy, cojam prison.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este texto da cuenta de los hallazgos de la investigación “Condiciones actuales de salud integral de las mujeres reclusas en el Complejo Carcelario y Penitenciario de Jamundí (Cojam)”, y busca ofrecer información que sea útil para implementar nuevas medidas que impliquen un manejo adecuado en salud para esta y otras reclusiones de mujeres del país, de una manera respetuosa de sus derechos humanos (DDHH) y teniendo en cuenta una perspectiva diferencial que visibilice las necesidades particulares de esta población altamente vulnerable por su condición de mujeres (con sus diversidades: jóvenes, ancianas, lesbianas, transexuales, enfermas de VIH, con adicciones, etcétera) y presas. Además, y como siempre será cualquier documento sobre la prisión desde una perspectiva abolicionista, busca servir para generar consciencia acerca de la naturaleza

terrible de la prisión, más allá de las buenas intenciones de sus operadores y operadoras.

La Corte Constitucional de Colombia, teniendo como antecedente la Sentencia T-153 de 1998, profirió la Sentencia T-388 de 2013 en la que declaró el estado actual de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario, y expidió órdenes y mandatos de carácter general y específico para superar la situación, ratificando la misma a través de las Sentencias T-762 de 2015 y T-127 de 2016. Mediante diferentes autos y comisiones se ha venido realizando seguimiento a dichas sentencias, y uno de los problemas que más se presenta es el relativo al manejo de la salud en los centros penitenciarios y carcelarios del país.

Sin embargo, no se han realizado suficientes estudios en todas las prisiones que permitan precisar las condiciones particulares, y mucho menos se ha hecho esto con la población específica femenina y desde una perspectiva integral y diferencial de la salud. Es por ello que en esta investigación se pretendió, como objetivo general, caracterizar la situación de salud integral de las mujeres detenidas en el Cojam en la actualidad, aunque teniendo como antecedentes las medidas asumidas y las situaciones presentadas desde el año 2010, cuando empieza allí la reclusión de mujeres, hasta el mes de septiembre de 2017.

Como objetivos específicos de la investigación se tuvieron: 1) Estudiar la legislación vigente sobre salud en prisión; 2) Identificar qué se entiende por salud integral de las mujeres, desde una perspectiva diferencial; 3) Caracterizar el abordaje desde la institucionalidad de la prestación del servicio integral de salud a las mujeres presas; y 4) Verificar las prácticas concretas en cuanto a prevención, promoción, atención y seguimiento a la salud integral de las mujeres presas en el Cojam.

Este análisis de las normas y realidades al respecto espera ser un instrumento útil tanto para la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013 (Comisión de Seguimiento a la Sentencia, CSS), como para la Corte Constitucional, el legislador colombiano, la academia interesada en estos temas, y para las internas y directivas del Cojam, para que puedan, con mayor información, implementar nuevas medidas, de una manera respetuosa de sus DDHH y teniendo en cuenta una perspectiva diferencial que visibilice las necesidades particulares de esta población altamente vulnerable por su condición de mujeres (con sus diversidades: jóvenes, ancianas, lesbianas, transexuales, enfermas de VIH, con adicciones, etcétera) y presas.

Metodológicamente, la investigación asumió un enfoque jurídico, sociológico y antropológico, basado en metodologías cualitativas que, además de implicar trabajo de análisis bibliográfico, cuenta con la realización de 16 entrevistas semiestructuradas realizadas a mujeres internas en el Cojam, así como con observaciones que se han podido realizar desde el trabajo de la autora en el Colectivo Abolicionista Contra el Castigo y en la Comisión Ciudadana de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013, y mucho más aún a partir de la observación participante encubierta de la misma, con elaboración de diversos diarios de campo, como visitante de una persona presa desde hace 4 años y 8 meses.

Sobre esta última metodología, debo admitir que no fue fácil tomar la decisión de incorporarla, y que de hecho se hizo modificando el proyecto inicial y estando ya bastante avanzada la investigación. A pesar de que como docente he expuesto tal metodología de investigación, explicado cómo puede realizarse y los aportes y ventajas que la misma puede traer para la ciencia jurídica (Denzine & Lincoln, 1994, pp. *passim*), además de cómo era ampliamente aceptada no

obstante de su subjetividad (De la Cuesta Benjumea, 2003, pp. 25-27), no alcancé nunca a dimensionar la dificultad de su realización, porque cuesta exponer y usar las propias vivencias a partir de la reflexión. Sin embargo, encontré que no tenía otra forma de llenar muchos vacíos y que realmente la mayor información que poseía del tema venía de este instrumento, que conscientemente he estado usando pero que creía sería empleado para una investigación futura, cuando la observación participante, y especialmente la participación, hubiese cesado. He decidido pues utilizar la observación participante encubierta, que de la situación de las mujeres presas llevo realizando con constancia desde hace cuatro años y ocho meses; soy abogada y familiar visitante de una mujer presa. Desde entonces he llevado varios diarios de campo que hasta ahora no me animaba a usar en investigaciones, y he dialogado con decenas de personas presas y sus familiares. He presenciado innumerables visitas, con todo lo que ello implica. Me han realizado múltiples consultas legales y de la vida cotidiana. He visto reír, y sobre todo llorar, y también he reído y he llorado. Y durante todo el tiempo me he visto inmersa en mi rol de persona sumida en sus vivencias, pero también en el de investigadora social. Me he planteado muchas hipótesis, teorías, preguntas. He usado mis conocimientos para analizar el contexto, me he documentado, y he indagado en diferentes fuentes, que me permiten ahora, en este texto, exponer con mayor conocimiento científico y humano la realidad de la situación de salud de las mujeres presas en el Cojam, como una muestra de lo que sucede con las mujeres privadas de la libertad en Colombia.

El objeto de estudio obliga a abordar también un enfoque diferencial en la atención en salud de las mujeres en situación de reclusión. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al

abordar el enfoque diferencial, ha hecho énfasis en el doble significado que reviste este concepto, señalando que:

Es a la vez un método de análisis y una guía para la acción. En el primer caso, emplea una lectura de la realidad que pretende hacer visibles las formas de discriminación contra aquellos grupos o poblaciones considerados diferentes por una mayoría o por un grupo hegemónico. En el segundo caso, toma en cuenta dicho análisis para brindar adecuada atención y protección de los derechos de la población (Defensoría del Pueblo, 2014, p. 3).

El enfoque diferencial parte de la particularidad de diferentes grupos poblacionales (población en situación de discapacidad, población en situación de desplazamiento, grupos étnicos, habitantes de calle, población en privación de la libertad, personas de sector LGBTI, etcétera) y de la necesidad de que la atención que se dirige a cada uno de ellos sea respetuosa de su dignidad humana y de las diversas condiciones específicas, así como de la vulnerabilidad manifiesta que caracterizan al grupo poblacional.

En la investigación se asume esta perspectiva teniendo como principal referente el enfoque diferencial de género, al centrarse este trabajo en la población de mujeres presas en el Cojam: “De manera tradicional, las mujeres han sido discriminadas en el ámbito penitenciario, como población vulnerable y vulnerada por diversos factores multiproblemáticos, que afectan al colectivo previamente al ingreso penitenciario, durante el mismo y tras la excarcelación” (Del Pozo Serrano & Martínez Idárraga, 2015, p. 11).

En igual sentido expresan Del Pozo Serrano y Martínez Idárraga (2015, p. 14) que en Colombia, como en el resto de Latinoamérica, ha primado un enfoque genérico que no tiene en cuenta la necesidad de adecuar las infraestructuras penitenciarias y carcelarias a las necesidades de las hembras,

el fuerte desarraigo familiar y social que para ellas, mucho más que para los varones, representa el encierro en prisión:

La restricción de espacios para visitas familiares, inexistencia o poca pertinencia de los programas sociolaborales y educativos penitenciarios, invisibilidad de programas de reincorporación social, así como el reto contextual positivo para la residencia de infantes menores con las madres y las atenciones especializadas en salud para mujeres (ginecología, atención a historias de violencia intrafamiliar y de género, drogodependencias, etc.), entre otros temas (p. 14).

Estas autoras mencionan la necesidad de superar las discriminaciones de género en la formación del cuerpo de custodia y vigilancia del Inpec y de tener en cuenta que muchas mujeres presas han sido víctimas de violencia intrafamiliar y agresiones sexuales.

Expuesto el problema que planteaba la investigación, con sus objetivos y metodología, queda ahora introducir el presente texto que recoge algunos de los hallazgos, especialmente los que permitan visualizar la situación de salud integral de las mujeres presas en el Cojam de cara a las exigencias legales e internacionales que tratan de este derecho humano. La intención inicial de este artículo era, a partir de los hallazgos de campo, hacer una propuesta de política abolicionista estratégica no radical para el mejoramiento de las condiciones de salud de este establecimiento penitenciario y carcelario. Tal intención surgía de la postura abolicionista sostenida por el Colectivo Abolicionista Contra el Castigo, e inspirada en la siguiente concepción de Guagliardo (2013, p. 36): “Ser abolicionista es simplemente estar convencido de la imposibilidad de reforma del sistema penal. No podrá ser un extremista en el ámbito político porque quiere hacer todo lo que sea posible en el presente para que haya menos cárceles y tribunales de conciencia”.

A partir de aquí se entiende que aunque la abolición de las prisiones y de toda la cultura del castigo que le sostiene (“Por eso, el abolicionismo es extremista en el ámbito cultural, porque para realizarse tiene que exigir un cambio de mentalidad, una puesta en discusión de sí mismo, una mirada diferente a la miopía de la servidumbre voluntaria” [Guagliardo, 2013, pp. 36-37]) sea posible y necesaria, no será lograda a corto plazo, y por ende hay que ocuparse también de apoyar a las personas que sufren las consecuencias de esta trágica decisión social. Por ello se creía posible plantear una política criminal para responder a los temas de salud que no riñera con la perspectiva abolicionista. Sin embargo, la crudeza de los hallazgos y el diálogo directo con las personas que los sufren (a quienes agradezco infinitamente su colaboración y lamento sinceramente no poderles retribuir como se debería) hizo que se pensara de otro modo, y que desde ahora se pueda adelantar la respuesta a la pregunta del título: no, no es posible una propuesta de política abolicionista estratégica no radical. La visión abolicionista solo permite lo único sensato: la abolición, pero mientras se materializa, sí se harán algunas propuestas concretas para mitigar las tragedias humanas que tal institución genera, que podrían llamarse *políticas criminales abolicionistas de emergencia*, en lo que tiene que ver con la salud integral de las mujeres presas, a partir del caso Cojam.

## 2. PRECISIONES

Si bien este punto implica una serie de conceptos y desarrollos teóricos que podrían ocupar muchas páginas, se tratará de presentarlos de manera breve y solo en la medida necesaria para poder comprender los hallazgos de campo de la investigación, sin desconocer la necesidad de

profundizar en estos aspectos teóricos mucho más, como efectivamente se hizo en la investigación, pero dejándose esto para posteriores publicaciones.

## **2.1. Toda prisión atenta contra la salud integral de las personas**

Que toda prisión atente contra la salud integral de las personas es un punto de partida y una idea clave para entender que aunque se propongan reformas y se exija la protección de derechos reconocidos por el Estado, solo la abolición de esta institución podría llevar a que la salud integral de las personas que la sociedad ha decidido castigar fuese respetada realmente.

La prisión (cárceles y penitenciarías), como la sociedad que la ha creado y convertido en el núcleo de sus sistemas de control social, está llena de contradicciones.

La sociedad se organiza en un modo en que dice buscar la seguridad y la promoción de la buena vida de las personas, pero genera exclusión y violencia. La sociedad dice promover cada vez más la salud, avanzando en la ciencia médica y en la cobertura asistencial, pero a la vez destruye los medios que promuevan el bienestar, contaminando cada vez más nuestro ambiente y nuestros alimentos, y basándose en una ocupación de la vida que destruye las posibilidades de autosanación.

Así mismo, por supuesto, la prisión refleja de manera aguda, como con una lupa, lo que vive la sociedad. No solo los y las investigadoras de estos temas repiten una y otra vez la imposibilidad de la cárcel de resocializar (Mathiesen, 2003; Vacani, 2007; Guagliardo, 2013), su contradicción como mecanismo de protección de los intereses y derechos de las personas precisamente a través de la vulneración de esos derechos, sino que también en cuanto a la salud

presenta insuperables contradicciones, toda vez que la prisión, además de ser criminógena, es patógena.

Algo patógeno es lo que origina enfermedad. Y eso es la prisión. La idea misma de salud es incompatible con la prisión. Ahora bien, antes de evidenciar esto, y hacerlo en particular en el contexto latinoamericano, es necesario mostrar desde qué punto de vista se está entendiendo la salud y la enfermedad, así como realizar algunas aclaraciones en torno a las prisiones latinoamericanas.

## **2.2. El concepto de salud integral y su adopción para las prisiones**

Por mucho tiempo y hasta la década de 1940, la salud se entendió predominantemente como ausencia de enfermedad (Mantilla Uribe, 2006, pp. 2-3); posteriormente, muy de la mano del surgimiento de la Organización Mundial de la Salud (OMS), empezó a entenderse que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, 1946, p. 1). A partir de este momento se ha ido avanzando en el concepto de salud integral, que es el que se tuvo en cuenta en la investigación, teniendo como principal referente a la OMS y sus postulados al respecto, y también las ideas de un autor como Sigerist (citado por Bello Rodríguez *et al.*, 2011, p. 811), basado en la prevención: “la salud se promueve cuando se facilita un nivel de vida decente, buenas condiciones de trabajo, educación, cultura física y medios de descanso y recreación”.

En este sentido, se destaca que dentro del concepto de salud integral es muy importante no solo el autocuidado de la persona, sino también factores externos a esta de carácter social (Mantilla Uribe, 2006, p. 9). Por supuesto, hay antecedentes de tal visión (ya Hipócrates en el 400 a. c. hablaba

de la relación entre el ambiente y la enfermedad [González Fernández, 2011, p. 374]), pero solo en los últimos 70 años estas ideas han sido adoptadas de manera generalizada, afectando especialmente las actuaciones de las entidades públicas, jugando un rol muy importante en lo que se conoce como Salud Pública: “la promoción de la salud de la población va más allá de lo individual e involucra incluso las formas de organización social y la política estructural de las naciones” (Cabrera, 2004, p. 185).

También la Corte Constitucional colombiana (Sentencia T-548 de 2011) ha asumido el concepto de salud integral, por lo que es la salud en esta dimensión la que tiene que garantizarse a todas las personas; también a las personas presas. El reconocimiento del derecho a la salud para esta población está ampliamente reconocido por el derecho a nivel internacional: Arts. 3, 5, 9, 10 11 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los Cuatro Convenios de Ginebra (1949), la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1987); y el importantísimo Convenio de Naciones Unidas relativo a los estándares mínimos de tratamiento de presos (1957). A nivel nacional, se tiene: Art. 49 de la Constitución Política de Colombia, la Ley 100 de 1993, la Ley 1121 de 2007, la Ley 1616 de 2013, la Ley 1709 de 2014, la Directiva Permanente del Inpec 000022 del 6 de diciembre de 2011, la Resolución 6349 de 2016 del Inpec, y la Resolución 00005159 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, especialmente. Un criterio básico para su protección está en el hecho de que internacionalmente se reconozca como un derecho humano fundamental que las personas presas tengan una atención médica equivalente a la que tienen las personas de su país que no se encuentren

en prisión, así como el derecho a vivir en un ambiente que no genere enfermedad:

En todo caso, las políticas de salud de la prisión deben asegurar que las condiciones y servicios de la prisión estén diseñados para proteger la salud de todas las personas presas. Deben contemplar las bases determinantes de la salud, como espacio adecuado, nutrición, agua potable, alcantarillado, calefacción, ventilación, luz natural y artificial, como factores claves en la protección del bienestar físico y mental de todas las personas presas –en este contexto también es vital la provisión de actividades significantes y de estimulación mental, así como el contacto con el mundo exterior (ONU, 2008, p. 48).

A nivel jurisprudencial son amplios los reconocimientos de este derecho y de la imposibilidad para el Estado de limitarlo ante la población penitenciaria. Son paradigmáticas, en este sentido, las sentencias T-153 de 1998 y T- 388 de 2013.

Además de las sentencias ya mencionadas, otras instituciones y la academia han abordado el tema de la salud en las prisiones. Sobre la salud integral en las prisiones Shifter resalta la poca autonomía y capacidad de decisión que las personas tienen para enfrentar los problemas de salud, y cómo esta población –a pesar de la inversión de los Estados– encuentra múltiples factores negativos para su salud integral dentro de la vida en las prisiones (Shifter Sikora, 2001, p. 134). Puntualmente indica que “la violencia intracarcelaria, los altos índices de adicción y, en estrecha relación con los anteriores, el riesgo de contagio al VIH/sida y las Infecciones de Trasmisión Sexual (ITS) son elementos intrínsecos a la vida en prisión, que amenazan constantemente la vida de los reclusos y reclusas” (Shifter Sikora, 2001, p. 134).

Por su parte, la Comisión Ciudadana de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013 (2017), sostiene:

Se pudo constatar que la crisis de salud en los establecimientos penitenciarios y carcelarios afecta de manera diferencial a las mujeres, principalmente en lo que tiene que ver con la salud sexual y reproductiva. De la información obtenida se evidencia escasez de médicos especialistas, tratamientos específicos, provisión y seguimiento de métodos anticonceptivos. Los resultados de exámenes de rutina como las citologías se archivan en las historias clínicas, no son informados a las mujeres y existen múltiples obstáculos para la asignación de citas para la lectura de los mismos, vulnerando con ello el acceso a la información “el cual comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud” (p. 11).

Pero también la salud incluye la salud mental, sobre la que la Ley 1616 de 2013 establece obligaciones de i) diagnóstico, ii) tratamiento y iii) rehabilitación, que deben garantizarse a las personas presas sin importar si la afectación la presentaban antes de entrar a prisión o durante su permanencia. Sin embargo, la Defensoría del Pueblo (2015) señala:

Los centros de reclusión son por excelencia “caldos de cultivo” de las enfermedades mentales, ya que la cotidianidad en estos establecimientos supone para la persona el enfrentamiento a diferentes eventos estresores como (i) la pérdida de privacidad, (ii) la pérdida de autonomía, (iii) la distorsión en el tiempo y el espacio, (iv) la sensación de soledad debido al rompimiento abrupto de las relaciones sociales, (v) el tedio y otras situaciones características propias de la vida en prisión [...] / [...] / Si se observa que casi la mitad de la población colombiana padece, o ha padecido, una enfermedad mental sin enfrentarse a los eventos estresores que implica la privación de la libertad en un establecimiento carcelario o penitenciario, se puede establecer que la cifra suministrada por el Inpec podría no compadecerse con la realidad o se podría deber a un sub registro del total de los pacientes y a las condiciones establecidas por Inpec y Caprecom EPS-S (pp. 4-6).

Este informe resalta la importancia de los estudios de campo que se preocupen por averiguar sobre la situación de salud de las personas presas de manera integral, y específicamente de la Reclusión de Mujeres (RM) del Cojam; el mismo informe indica que, según el Inpec, allí se encuentran 24 mujeres que presentan enfermedad mental (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 8). Frente a la situación de estas mujeres en el Cojam se resalta además que no se encuentran, como establece la ley, en una unidad de sanidad mental:

La Defensoría del Pueblo logró identificar una grave falencia en la ruta de atención que se le[s] ofrece a los pacientes con trastornos mentales. [...] el hecho que más preocupa a la Defensoría del Pueblo radica en la utilización de las Unidades de Tratamiento Especial (UTE), pese a que la ley determina un uso distinto para ellas, como unidades para albergar a las personas privadas de su libertad con trastornos mentales. [...] *(iv) ninguna reclusión de mujeres se cuenta con una USM, tampoco con espacios acondicionados para las internas con trastorno mental, de forma que ninguna interna que lo padezca en forma grave o que se encuentre en crisis tendría a su disposición el personal ni el tratamiento adecuado para su enfermedad en el establecimiento en el que se encuentre reclusa. De igual forma, en ninguno de los establecimientos visitados se cuenta con un protocolo de atención de urgencias psiquiátricas para la remisión de estos casos a hospitales psiquiátricos, en los que las internas podrían recibir la atención adecuada [cursivas fuera de texto]* (Defensoría del Pueblo, 2015, pp. 10-11).

En el siguiente informe de la Defensoría, del año 2016, se aborda la deficiencia en la atención recibida por personas con enfermedades mentales graves, quienes muchas veces son sometidas a largos períodos de aislamiento sin un tratamiento adecuado a su patología (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 132).

Dentro de las propuestas que se encuentran sobre cómo abordar la salud integral en las prisiones, son varias las dimensiones que se abarcan. Por ejemplo Matthews (2011, p. 327) resalta que para “lograr una ‘prisión saludable’”, se requieren “cuatro elementos claves: La prisión debe ser segura. / Los prisioneros deben ser tratados con respeto y dignidad. / Los prisioneros deben participar en actividades con una finalidad claramente establecida con anterioridad. / Estas actividades deben ir destinadas a ayudar a los internos a reinsertarse en la comunidad”.

Ahora bien, al hablar de salud integral en un ámbito tan particular como son las prisiones, además de lo mencionado adquieren especial relevancia las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Personas Reclusas; hablamos tanto de las conocidas como Reglas Nelson Mandela (Resolución 70/175 del 17 de diciembre de 2015 de la Asamblea General de Naciones Unidas que actualiza las Reglas Mínimas de las resoluciones de 1977) como, y especialmente, de las Reglas de Bangkok (Resolución 65/229 del 16 de marzo de 2011 de la Asamblea General de Naciones Unidas) que se establecen específicamente para las mujeres presas.

Estas resoluciones son solo recomendaciones, es decir, no tienen fuerza vinculante, pero la Corte Constitucional colombiana (Sentencia T-762 de 2015) reafirma su importancia y las asume como guía para sus argumentaciones. Y es que estas normas permiten realizar el mandato constitucional (Art. 12 de nuestra norma superior): “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a *tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*” [cursivas fuera de texto].

Por ello, estas recomendaciones serán tenidas en cuenta, más adelante, al elaborar los factores de salud integral propios de las prisiones.

### 2.3. Requerimientos del diseño de una política pública

Al pensar en el diseño de una política pública es importante tener en cuenta, como por ejemplo lo mencionaba Pallares (1988, p. 143), que “las políticas públicas deben considerarse como un ‘proceso decisional’, es decir, configuradas por un conjunto de decisiones a tomar en el transcurso de un proceso temporal, más allá del inicial período de elaboración de las políticas. En este proceso, además, las decisiones siguen normalmente una secuencia racional”. Aquí mismo este autor indica que una política pública también puede ser lo que no se está haciendo por inacción. Este último sería el caso más cercano a la política criminal en Colombia frente a la salud en las prisiones.

Cuando hablamos de una política pública (*policy*, en inglés) nos referimos a un programa que debe ser llevado a cabo por parte de las autoridades públicas (Roth Deubel, 2002, p. 26), en nuestro caso, por parte de los legisladores: Ministerio de Justicia, jueces de ejecución de penas, Inpec, Uspec, dirección y subdirección del Cojam, personal en general del Cojam. Es decir, las medidas que se indicarán deben insertarse y aportar a una política criminal estatal que, quizá, está en vías de construcción, pero hará referencia a lo que puede establecerse para el Cojam en particular.

Lo anterior, sin olvidar que todo Estado que se considere de derecho, y más si también quiere ser social y de derecho, tiene que contar con una política criminal clara y coherente con los postulados constitucionales, en la que se defina cuáles serán las líneas de actuación estatal, en sus diferentes organismos, frente al fenómeno de la criminalidad, como fenómeno individual y como fenómeno social. Dentro de esta política pública tiene que haber claridad, una vez que el Estado ha decidido usar la privación de la libertad como principal herramienta, en cómo se gestionarán las cárceles

y prisiones, y cómo se articulará su funcionamiento con las exigencias constitucionales y legales, y todas aquellas que surjan de la articulación con los demás sectores de la política criminal.

Pallares (1988, p. 144) también nos recuerda que “los instrumentos de acción de las políticas públicas son las normas jurídicas, los servicios, los recursos financieros y la persuasión”. Por lo anterior, en las recomendaciones que se harán se habrán tenido en cuenta las normas constitucionales y las normas internacionales sobre el derecho a la salud de las personas presas que ya fueran mencionadas, pero también debe tenerse en cuenta el Artículo 4 del Código Penal Colombiano, como norma rectora que orienta toda la actuación penal, el cual establece: “La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”, para resaltar que más allá de los motivos que lleven a privar de libertad a las mujeres que se encuentran en el Cojam, durante la ejecución de la pena todas las condiciones tendrían que contribuir a la reinserción social, y para ello la garantía de la salud integral es fundamental; pero también se harán propuestas que no sobrepasen las posibilidades de recursos, esto es, que no sean excesivas en tales exigencias, a pesar de que la Corte Constitucional sea clara en que estos argumentos no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de garantizar los derechos fundamentales.

Finalmente, en cuanto al elemento de la persuasión, que debe ser parte de las políticas públicas, se sugiere desde ahora que en la implementación de las transformaciones requeridas se dé participación activa a las mujeres presas sobre las que incidirán las políticas propuestas. Esto último no solo facilita las implementaciones, sino que se requiere para que la incidencia en la salud integral respete la dignidad humana y su vinculación con el libre desarrollo de la

personalidad garantizado por el Art. 16 de la Constitución Política de Colombia.

### 3. CARACTERIZACIÓN DEL PROBLEMA

No existiendo bibliografía sobre el tema específico en el Cojam, se acudió a la bibliografía latinoamericana. Así, se empezará por caracterizar el contexto de las prisiones de la región en el que se inscribe la Reclusión de Mujeres del Complejo Carcelario y Penitenciario de Jamundí (Cojam), para luego evidenciar los hallazgos de la investigación de campo en cuanto a la salud integral de las mujeres presas en el Cojam de acuerdo con una serie de factores que se eligieron porque permiten evidenciar las diferentes dimensiones de la salud integral de las mujeres en contextos de encierro.

#### **3.1. Las prisiones en Latinoamérica y en Colombia en particular**

Las prisiones en Latinoamérica se caracterizan, entre otras cosas y con algunas diferencias en cada país, por presentar dos modelos marcadamente diferentes que conviven y a veces se mezclan, como muestra del mestizaje propio de estas naciones poscoloniales: las que denominaré “prisiones tradicionales o de depósito de cuerpos excluidos” y las que llamaré “prisiones modernas o de la globalización de la industria contra la consciencia”.

##### *3.1.1. Prisiones tradicionales o de depósito de cuerpos excluidos*

Se caracterizan por tratarse de estructuras antiguas y generalmente en malas condiciones físicas, en donde priman celdas amplias en las que se pueden amontonar muchas

personas, y patios abiertos, al aire libre, también de dimensiones amplias, aunque por supuesto no suficientes para las tasas de hacinamiento. El control interno de muchas de estas prisiones corre a cargo de algunos internos o internas (conocidos y conocidas como plumas, caciques, mamás, etcétera), y los funcionarios de custodia y vigilancia solo controlan la parte exterior, requiriendo de acuerdos más o menos explícitos con quienes lideran el interior de la prisión para permitir su funcionamiento. Las condiciones de higiene usualmente son más que deplorables y casi todas las penurias se centran en el cuerpo: bien sea por las condiciones físicas del lugar, el abandono por parte del Estado, así como por la violencia interna y la violencia externa ejercida por la guardia en los momentos en que entra en contacto con el interior de la prisión.

Estos depósitos o almacenamientos de personas, como expone Aguirre (2009, p. 212) se han presentado en Latinoamérica desde la expulsión de los regímenes coloniales: “Localizadas en edificios fétidos e inseguros, la mayoría de las cárceles coloniales no mantenían siquiera un registro de los detenidos, las fechas de entrada y salida o las categorías de los delitos y sentencias” (p. 212).

### *3.1.2. Prisiones modernas o de la globalización de la industria contra la consciencia*

Estas segundas se caracterizan por ser prisiones normalmente construidas en los últimos diez años (con el modelo de los establecimientos de reclusión de tercera generación, como los denomina el Inpec), aunque hay antecedentes de penitenciarías líderes en cuanto al cambio desde 1850, con una fuerte influencia, visible desde la estructura física misma, del sistema penitenciario norteamericano y toda la floreciente industria de las prisiones (Christie, 1993).

Son uniformes (e implementan el uso de uniformes), con celdas para pocas personas reclusas, patios interiores, poco ingreso de luz solar, cuentan con instrumentos de vigilancia, relativas condiciones adecuadas de higiene y control por parte de los funcionarios del Estado en todo el establecimiento. Pero más importante aún, se caracterizan por atacar menos el cuerpo, y más el alma o la integridad mental y emocional de las personas a las que retiene. Son prisiones que se centran en la gestión de la disciplina, acercándose cada vez más a lo que se presenta en el país carcelero por excelencia, Estados Unidos (con una tasa de encarcelamiento de 693 por cada 100.000 habitantes, como se puede observar en [www.prison-insider.com](http://www.prison-insider.com)). Por supuesto, en el actual mundo globalizado estas prisiones no solo existen en Latinoamérica. También Europa ha venido plegándose a ellas, incluso mucho antes, desde la década de 1980 (Guagliardo, 2013, pp. 47-137), y por ejemplo en España presenta como figura paradigmática los denominados Módulos de Respeto, donde la disciplina se obtiene con sistemas de puntos. Un modelo que en Latinoamérica extiende desde Brasil la *Prison Fellowship* con sus proyectos aparentemente bondadosos de prisiones sin rejas, y que en Colombia se ven reflejados en los patios APAC (Francés Lecumberri, 2015, pp. 167-200; Colectivo Abolicionista Contra el Castigo, 2012).

Este segundo tipo de prisiones, además, se corresponde con la justicia premial propia de los modelos acusatorios implantados en el mundo con la actual globalización del sistema penal de corte estadounidense (Restrepo Rodríguez, 2015, p. 231), disfrazado de una evolución humanizadora y de respeto a los derechos humanos de las personas presas.

Y es que, hablando de anteriores intentos de reforma penitenciaria en Latinoamérica, este autor expone cómo el discurso humanizador ha sido utilizado en la región:

En todos estos casos, estructuras sociales y raciales altamente estratificadas constituían el telón de fondo de los intentos por implementar la reforma penitenciaria. [...]. Lo que atrajo a las autoridades estatales hacia el modelo penitenciario no fue la promesa de reformar a los criminales a través de mecanismos humanitarios, sino la posibilidad, mucho más tangible y realizable, de reforzar los mecanismos de control y encarcelamiento ya existentes. Esa fue, de hecho, la manera en que las autoridades estatales concebían generalmente la *modernidad* de sus proyectos sociales (Salvatore y Aguirre, 1996, p. 17; Flores Galindo, 1999; Aguirre, 2009, p. 219 [citados por Restrepo Rodríguez, 2015]).

Ciertamente se construyeron nuevas prisiones, algunas viejas cárceles fueron remodeladas, las condiciones de vida mejoraron para algunos grupos de presos y se logró imponer más seguridad en las prisiones; pero hacia finales de la década de 1930, los sistemas carcelarios mostraban, en la mayoría de los países de la región, claros signos de agotamiento, ineficiencia, y corrupción. [...] el retrato que ofrecían observadores y administradores era uno de corrupción e ineficiencia y, desde el punto de vista de los detenidos, de sufrimiento y abandono (Aguirre, 2009, p. 234 [citado por Restrepo Rodríguez, 2015]).

Por supuesto, estas dos denominaciones se usan para englobar un fenómeno actual que no deja de presentar múltiples matices que en este texto no pueden abordarse. Se trata de modelos que sirven para explicar la realidad actual y no de una descripción de la evolución histórica ni los diferentes sistemas penitenciarios que se han presentado en Latinoamérica.

Valga aclarar, además, que Colombia no es ajena a esta realidad, y antes bien puede ser un país paradigmático de este fenómeno, siendo las prisiones modernas de la actualidad las construidas a partir del año 2000, las cuales el mismo Inpec llama prisiones de “tercera generación”; actualmente –aunque hay más en construcción que pronto

serán entregadas— son 10 y retienen al 40 % de la población penitenciaria del país (Inpec, 2017), y hay una tendencia clara a reemplazar con estas a las prisiones tradicionales. Al día de hoy la población privada de la libertad en Colombia se reparte casi por mitades entre el modelo tradicional y el moderno, aunque las mujeres presas se encuentran sobre todo en las prisiones que siguen este último.

### **3.2. Factores de salud integral en la reclusión de mujeres del Cojam**

Varias autoras y autores enfatizan la necesidad de analizar de manera diferencial el encierro femenino. Así por ejemplo, Elena Larrauri Pijoán (2009, p. 11) o Roger Matthews (2011, p. 332). Igualmente Nancy Kurshan (2012) señala:

El encarcelamiento de mujeres en los Estados Unidos siempre ha sido un fenómeno diferente a aquel que viven los hombres; la proporción de las mujeres en prisión siempre ha sido diferente respecto a la de los hombres; las mujeres han sido enviadas a prisión por razones distintas; y una vez en prisión, ellas han soportado condiciones diferentes de encarcelamiento. Los “crímenes” de las mujeres frecuentemente han tenido una definición sexualizada y han sido fundados en el doble estándar patriarcal. Adicionalmente, la naturaleza del encarcelamiento de las mujeres refleja la posición de las mujeres en la sociedad (p. 1).

Tema este último sobre el que resultan relevantes las palabras de Elías Carranza (2012):

Cuando se analizan los delitos por los que las mujeres guardan prisión, se encuentra que en su inmensa mayoría son criminalizadas y privadas de libertad por delitos relacionados con la producción, tráfico y expendio de drogas prohibidas en las

funciones de menor jerarquía dentro de las organizaciones transnacionales dedicadas a la comisión de estos delitos (p. 38).

También aceptan la mayor dificultad que presenta para las mujeres el encierro: “Varios estudios señalan la discriminación de la que son objeto las mujeres en algunas cárceles, que va desde el control de su relación marital hasta restricciones para recibir a sus hijos. Se insiste además [en] que no cuentan con una atención médica especializada” (Rangel, 2009, p. 72).

Así mismo, Carmen Antony (2007) expresa:

La prisión es para la mujer un espacio discriminador y opresivo. Esto se expresa en el desigual tratamiento recibido y en el significado, muy diferente, que asume el encierro para las mujeres y para los hombres. Sostenemos que la prisión es para la mujer doblemente estigmatizadora y dolorosa si se tiene en cuenta el rol que la sociedad le ha asignado. Una mujer que pasa por la prisión es calificada de “mala” porque contravino el papel que le corresponde como esposa y madre, sumisa, dependiente y dócil. / Las características reflejadas en todos los establecimientos penitenciarios de América Latina son sospechosamente similares: regímenes duros, largas condenas, alta proporción de detenidas no condenadas, mal estado de las instalaciones, falta de atención y tratamientos médicos especializados, terapias basadas en trastornos calificados como “nerviosos”, escasa o nula capacitación laboral y pocas actividades educativas y recreativas. Estas características indican que no se está utilizando la perspectiva de género y que, por el contrario, se refuerza la formación –o mejor dicho, la asignación de sexo– y se consolida la idea androcéntrica de la mujer como un ser subordinado, incapaz de tomar decisiones, sin responsabilidades y sin posibilidad de enfrentar el futuro (p. 76).

Esta es una exigencia que el Ministerio de Justicia y del Derecho (2014) resalta, aunque lo enfoca solo a uno de los factores del enfoque diferencial de género cuando indica:

Para el caso de las mujeres, se establece que los centros penitenciarios deberán contar con una infraestructura que garantice un adecuado desarrollo del embarazo a las mujeres gestantes, ya sean sindicadas o condenadas. / Igualmente, deberán contar con un ambiente propicio para madres lactantes, que propenda al correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres años que conviven con sus madres. Y para ello, el ICBF en coordinación con la USPEC establecerán las condiciones que deben cumplir los establecimientos de reclusión de mujeres con el fin de resguardar los derechos de los niños y las niñas que conviven con sus madres (p. 8).

Atendiendo en parte a estas necesidades, la Ley 1709 de 2014, que reforma el Código Penitenciario y Carcelario, define el principio de enfoque diferencial en su Art. 3. Este principio se encuentra también contemplado como pilar del sistema de seguridad social integral, y debe leerse en estrecha correlación con el Artículo 13 de la Constitución, en el entendido de que solo es posible cumplir con la igualdad real y efectiva en la medida en que se le brinde atención con enfoque diferencial en salud a las mujeres privadas de la libertad, sin olvidar que esta población es sujeto de especial protección en un doble sentido: por su condición de personas privadas de la libertad en una relación de especial sujeción al Estado, y como mujeres; sector reconocido como víctima de amplias discriminaciones históricas.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta este momento, la investigación adelantada permite proponer los siguientes once factores como datos clave para averiguar en qué medida (recordemos que partimos de la idea de que un concepto completo de salud integral es absolutamente incompatible con la prisión) se garantiza o no la salud integral de las personas presas en una determinada prisión, y muy en concreto desde una perspectiva diferencial, en una prisión de mujeres.

<b>Factores de salud integral en mujeres presas</b>
1. Alimentación
2. Higiene
3. Descanso
4. Deporte
5. Distracción
6. Visitas y comunicaciones con el exterior
7. Drogodependencias
8. Prevención del suicidio y autolesiones
9. Atención médica
10. Hacinamiento
11. Violencia

A continuación, y como hallazgos de la investigación de campo consistente en la observación participante ya descrita y en las 16 entrevistas semiestructuradas (evitando citar aspectos puntuales por cuestiones de espacio y dejando esto para artículos posteriores) realizadas a 6 mujeres actualmente reclusas, como condenadas, en el patio 1, a 8 en el patio 2, y a 2 en el patio 4A para mujeres sindicadas del Cojam, se describirán estos factores de salud integral en la Reclusión de Mujeres del Complejo Carcelario y Penitenciario de Jamundí (Cojam).

### *1. Alimentación*

Se sabe que la salud está íntimamente relacionada con la alimentación. Cada vez hay más estudios al respecto. También que las mujeres, en nuestra ciclicidad, requerimos de alimentaciones diferentes de acuerdo con nuestro ciclo hormonal; sin embargo, hablar de esto ante la realidad de

la prisión y del Cojam en particular no tiene mucho sentido, pues los problemas de alimentación allí evidenciados hasta ahora son mucho más graves, pues no cumplen no solo con lo adecuado para la salud integral sino que atentan directamente contra la salud física.

La alimentación no es balanceada; normalmente consiste en arroz, lentejas, pollo, algún zumo de fruta constantemente “vinagrado” porque no se cuenta con refrigeración, y alguna verdura como zanahoria o cebolla; también se dan algunas frutas, básicamente se trata de naranjas, bananos, granadillas (alguna de estas, no todas al tiempo). La cantidad es percibida como insuficiente, especialmente porque hay partes que definen como incomedibles (por eso se bota mucha comida diariamente, generando la falsa visión de que hay más que suficiente), su calidad no se garantiza (constantemente hay productos de mala calidad, gusanos en la comida, esta llega fría, con poca sal) y el agua no es potable. El transporte de los alimentos se hace en canecas no aptas para estas finalidades.

Los horarios tampoco son adecuados, pues la última comida se entrega a las 2:30 p. m., y la siguiente a las 6:30 o 7:00 a. m. del día siguiente, dándose el almuerzo a las 11:00 a. m. Por ende pasa mucho tiempo entre la última comida de un día y la primera del otro. Ante esto las mujeres presas suelen guardar algo de comida para comerla en su celda, lo que genera aún más dificultades en cuanto a la calidad de los alimentos que se consumen y frente a las posibilidades de higiene.

Igualmente se resalta la absoluta imposibilidad de recibir alimentos del exterior, bien sea para preparar (esta posibilidad, aunque ilegalmente, se evidenció sí la tienen algunos hombres presos en el Cojam, quienes cuentan con cocinas hechizas y reciben insumos) o preparados. También hay una queja constante de que los únicos alimentos que

el establecimiento les vende en “el expendio” sean gaseosas sin enfriar, dulces (algunos helados de grasa vegetal, postres), mecato (papas fritas, galletas) y algunas veces panes que se elaboran allí mismo. No hay posibilidad de comprar productos más alimenticios como cereales, frutos secos, leche, frutas, alimentos proteicos (yogur, quesos, huevos, cárnicos, etcétera).

## *2. Higiene*

Tampoco en la higiene necesitamos avanzar a factores muy refinados, hasta tanto no se solucione un aspecto básico: el agua corriente. La Reclusión de Mujeres del Cojam solo cuenta con este servicio, y en ello coinciden de manera absoluta las 16 entrevistas, de 4:30 a. m. a 6:00 a. m., y de 3:00 p. m. a 4:30 p. m. Además, el establecimiento no provee implementos adecuados para recolectar agua para las horas restantes, bien sea para su consumo (aunque no sea potable), como para, por ejemplo, poder vaciar los sanitarios que se encuentran en las celdas. Mucho menos hay posibilidad de agua caliente, ni de un acceso adicional al agua durante los períodos de menstruación.

Al respecto, son importantes las siguientes palabras de Naciones Unidas:

El mantenimiento de buenas condiciones sanitarias en prisión es importante para prevenir enfermedades y dolencias, así como para mantener la dignidad humana. En este sentido, las prisioneras mujeres tienen requerimientos especiales de higiene que las autoridades están obligadas a garantizar. Los dormitorios y habitaciones usados para acomodar a prisioneras mujeres tienen que tener las facilidades y materiales requeridos para suplir las especiales necesidades de higiene de las mujeres. Debería haber disponibilidad de agua para el cuidado personal de menores y mujeres, especialmente

aquellas involucradas en cocinar, las que se encuentren embarazadas, amamantando, o atravesando la menopausia. En países de bajos ingresos donde no se cuente con recursos para proveer regularmente agua caliente, estas mujeres deben al menos ver incrementado su acceso al agua para poder satisfacer sus necesidades de higiene. Son de particular importancia el rápido acceso a sanitarios y lavabos, la disposición segura de los artículos que contengan sangre, así como la provisión de artículos de higiene. Estos deben estar disponibles para las mujeres en condiciones en las que ellas no tengan que sentirse incómodas por tener que solicitarlos (por ejemplo, ser entregados por otras mujeres o, mejor aún, estar disponibles para cuando sean necesitados). El Comité Europeo de Prevención de la Tortura y los Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) considera que fallar en la provisión de estas necesidades básicas puede equivaler a un tratamiento degradante (ONU, 2008, p. 58).

Al respecto una de las entrevistadas recluidas en el Cojam afirmó:

El agua es un tema complicado en la cárcel. Uno solamente tiene acceso a bañarse cuando es el día, apenas abren las rejas, prácticamente de las 5:00 de la mañana a las 7:30 dejan el agua en la mañana. Desde ahí el agua suspendida; se tienen unos tarros, como unas tanquetas, me entiendes, en donde la gente de ahí saca agua para todo [...] y tampoco te abren. Mira, hay muchos casos de personas, por ejemplo, que... digamos que una mujer, que tan, que se manchó, y tiene las toallas adentro de la celda, no te abren. ¡No! [...].

A las mujeres presas en el Cojam tampoco les son suministradas por el Inpec toallas higiénicas, ni papel higiénico, jabones, etcétera. E incluso su venta no está garantizada en todo momento en el expendio.

Sobre este punto expresó una entrevistada: “Aquí la única manera de acceder a los kits de aseo es desde la

subdirección, pero tienes que mandar una carta y pues decir que eres estrato menos cero, que nadie te ayuda y eso se va para estudio a ver si le dan un kit de aseo pequeñito, pero eso casi nunca”.

La ausencia de agua, así como la de adecuados implementos de aseo que suministre el establecimiento a las personas (algunas mujeres presas) encargadas de asear las zonas comunes, hace que constantemente los patios tengan moho, regueros de comida, canecas con “aguamasa” (las sobras de la comida) acumulada que genera malos olores y acumulación de moscas, y sanitarios con orines y materia fecal acumulada. Esto es aún más grave si se tiene en cuenta que en los patios no hay sillas ni mesas para que las mujeres allí recluidas, entre las 6:30 a. m. y las 3:30 p. m. puedan sentarse, y por ello suelen estar sentadas en el piso.

### 3. *Descanso*

Se cuenta con una colchoneta por persona, pero no se suministra almohada ni sábanas ni cobijas. Tampoco mosquiteros. Su ingreso es sin embargo permitido. No se garantiza la oscuridad en los períodos de sueño. Los patios, en donde las mujeres se encuentran desde las 5:30 a. m. hasta las 3:30 p. m., no cuentan con sillas ni mesas, y las colchonetas no pueden ser sacadas de las celdas. Se reporta además que con frecuencia se hacen requisas en la madrugada, impidiendo el descanso nocturno, y que las rondas del personal de guardia y vigilancia no son silenciosas. Se observa como positivo, en comparación con otras prisiones de mujeres, que se permite el uso de audífonos, lo que reduce el ruido de los radios en las noches.

A pesar de que el reglamento general del Inpec así lo prevé, no se tiene un acceso a las celdas, para poder hacer una siesta, luego del almuerzo. Las mujeres que por sus

condiciones de salud requieren estar más tiempo acostadas, deben permanecer todo el día encerradas en sus celdas, sin contar con la posibilidad de realizar algunos desplazamientos por el patio. El uso de los teléfonos públicos (ubicados en el patio) está limitado solo al inicio o final del día en que las celdas permanecen abiertas por aproximadamente una hora.

#### *4. Deporte*

En el mejor de los casos las mujeres presas en el Cojam pueden acceder una hora a la semana a la cancha al aire libre, sin que tal espacio esté garantizado. Allí no se cuenta con implementos deportivos. Tampoco al interior de los patios o en las celdas se cuenta con ningún implemento para hacer deporte, ni hay actividades sistemáticas de enseñanza o guía al respecto. Las mujeres presas que por su cuenta intentan hacer ejercicio en los patios o celdas, por la cantidad de personas que allí se encuentran, difícilmente pueden lograrlo; no es posible por ejemplo trotar, ni se cuenta con colchonetas para hacer ejercicios, o en general espacio adecuado para ello.

#### *5. Distracción*

No hay actividades recreativas estables. Para patios de 80 o más de 100 personas, se cuenta solo con un televisor y un DVD en mal estado. La única distracción se encuentra en la radio –dentro de la dotación está permitido el uso de aparatos de radio– y en una actividad ilícita: el consumo de drogas. También se ofrecen en el patio, donde están reclusas, varios servicios religiosos durante el día (solo de fe cristiana o católica), los cuales pueden considerarse distracciones para quienes profesen esos credos; no obstante,

son factores que merman el espacio y la posibilidad de otras distracciones o al menos de silencio para las mujeres que no sigan estos credos.

#### *6. Visitas y comunicaciones con el exterior*

Las mujeres condenadas cuentan solo con dos horas y media de visita cada 15 días, para visitantes mujeres, y otras dos horas y media cada 15 días para visitantes hombres (mucho menos numerosos). Las sindicadas en cambio, como lo establece el reglamento para todas (Art. 66 de la Resolución 6349 de 2016 del Inpec), sí cuentan con esta posibilidad cada 8 días. La visita de niños y niñas menores de 9 años, sin importar si se trata de hijos o hijas de las mujeres presas, solo se permite una vez al mes.

Las condiciones para las visitas son deplorables: no cuentan con transporte público para llegar hasta el Cojam, la vía no es pavimentada y se inunda constantemente; no hay baños ni acceso a agua durante la fila; se debe realizar desde la madrugada y a la intemperie.

Sobre el lugar para recibir las visitas, informa una entrevistada: “No hay sillas, está el asunto del sol, que solo media parte del área designada para visitas está cubierta, entonces la otra mitad es así, y pues es un césped lleno de piedras y de muchos insectos, y el resto en el cemento, es un sitio poco amable”.

La visita íntima es una vez al mes, por espacio de una hora, en condiciones de higiene inadecuadas. En cuanto al espacio de la visita íntima, la misma mujer presa entrevistada afirma:

La movilidad para el desempeño sexual se ve reducidísima debido a lo ancho de la colchoneta, pues hay un sanitario y

un lavamanos y una ducha, pero la mayoría de veces que uno llega está sucia, tiene de pronto cosas como colillas, protectores, toallas higiénicas, condones, o está húmeda, hay charcos, cosas así, se ve que no la limpian mucho.

Además, sostiene: "El tiempo sí es algo muy fundamental. La visita puede durar entre 45 a 60 minutos, eso depende como de la dragoneante, no pues, que quisiera una, un poco más de tiempo y un lugar más cómodo, más limpio, una colchoneta más amplia".

Algo muy grave que se da y que es contrario a la Regla Mandela 43, en su numeral 3 ("Entre las sanciones disciplinarias o medidas restrictivas no podrá figurar la prohibición del contacto con la familia"), es que las faltas disciplinarias se sancionan con la pérdida de visitas hasta por un año.

Las posibilidades de comunicación fluida, esenciales para no afectar las posibilidades de resocialización, se ven limitadas a los pocos teléfonos públicos que se encuentran en los patios, que además de ser insuficientes (lo que genera constantes conflictos entre las mujeres presas) son muy costosos: el minuto local a fijo cuesta 100 pesos y el minuto a celular 290 pesos; tarifas mucho más altas que las del exterior. El uso de celulares no permitidos se da en algunas ocasiones, pero no es generalizado, como sí sucede entre la población presa masculina.

Se puede recibir correo postal aproximadamente cada 15 días, pero este servicio es costoso.

Otra vía de comunicación con otras mujeres presas, y sobre todo con los hombres presos, es el conocido como chat: un sistema de comunicación que inventaron en esta prisión y que consiste en un alfabeto y algunas palabras que se realizan con toallas desde los "calados" (rejas por donde entra aire y luz).

## 7. *Drogodependencias*

El consumo de sustancias es masivo, especialmente de tabaco (permitido y vendido por el establecimiento de manera legal), licor artesanal, marihuana, cocaína y droga psiquiátrica sin fórmula médica que, curiosamente, parece ser la que no se agota en el establecimiento (aunque también una parte de estas drogas entra ilegalmente); no ocurre lo mismo con otros medicamentos incluso de menor valor.

El mayor motivo que se indica para el consumo es la monotonía y la falta de actividades, así como la necesidad de evasión. También se reporta consumo previo y ausencia de ayudas para dejar el consumo cuando así se quiere. No se cuenta con programas para el manejo de drogodependencias.

## 8. *Prevención del suicidio y autolesiones*

Son también comunes las prácticas de *cutting* o autolaceración; en los casos de heridas mayores las mujeres son llevadas a que les pongan puntos, sin que haya ningún tipo de seguimiento posterior, ni en cuanto a la evolución de las heridas, ni mucho menos en lo que atañe a las necesidades psicológicas. Suicidios no se reportan, pero sí constantes pensamientos e ideaciones suicidas. No se cuenta con personal de psicología disponible para las mujeres presas. No hay programas de prevención al respecto, tampoco programas que ayuden a asumir las condenas de larga duración ni que preparen para la libertad (sobre la necesidad de esto véase a Moncayo Albornoz, 2017).

## 9. *Atención médica*

En contra de lo establecido por las Reglas de Bangkok, no se realiza un adecuado examen médico al ingreso de las

mujeres a prisión; mucho menos se indaga si han sufrido anteriormente violencias sexuales ni se cuenta con un tratamiento de apoyo para esto.

Ante la pregunta de si al ingreso se le hacía una evaluación médica, respondió una entrevistada: “A uno sí le hacen examen médico, pasas por un lugar que es la reseña y ahí te miran si tienes tatuajes o no tatuajes [...] te preguntan si tienes alguna cosa, y si tienes su certificado médico dices es que yo sufro de tal o tal, no es que te vea un médico”. Otra indicó: “¿Sabes cómo es el examen? Medio lo toca un médico a uno y ya... no hay exámenes médicos, ni nada”.

Tampoco se realizan con periodicidad exámenes médicos básicos, como citologías o mamografías.

Según las internas parece no haber personal médico constante o para ellas es imposible acceder al mismo. Al respecto, una entrevistada afirmó:

No hay un médico permanente, lo que hay son enfermeras que vienen por turnos, pero igual en sanidad no hay nada, no hay nada que a uno le puedan inyectar, aplicar, generalmente lo mandan de nuevo al patio con acetaminofén, o esas dioxinas genéricas que es lo mismo a nada y ya.

No hay un sistema de solicitud de citas, sino que depende de voluntad del personal de guardia o custodia. La mayoría de las veces en que se solicita atención médica, el acceso a esta depende de la voluntad o no de la dragoneante (personal de custodia y vigilancia del Inpec) de turno: en el último semestre las entrevistadas reportaron dos muertes de compañeras a las que a pesar de las solicitudes no se les sacó del patio para recibir atención médica. El establecimiento no cuenta con una unidad de urgencias funcional, a pesar de la dotación inicial que presenta en equipos.

### *10. Hacinamiento*

A diferencia de otras prisiones, el Inpec reporta que en la Reclusión de Mujeres del Cojam se cuenta con cupo para 1.101 personas y que hay detenidas 1.000. Por ende, no puede hablarse de hacinamiento. Sin embargo, la percepción de las internas es otra, lo que probablemente se debe a que los espacios no están acondicionados con sillas o mesas, a la cantidad de baños en los patios y a que no cuentan con agua corriente y es insuficiente, y a que algunas de las celdas no están habilitadas. También influye el hecho de que algunos patios, como el destinado a las mujeres embarazadas y que amamantan, tiene mayor capacidad al de la población que lo usa, por lo que quedan celdas vacías, y esto no se refleja en las cifras.

### *11. Violencia*

Este es uno de los factores que más es sentido, por las internas entrevistadas, como causa de malestar emocional y físico. Se relata un alto nivel de violencia verbal y física; hay en promedio una mujer lesionada por otra compañera cada 15 días (la mayoría de las veces son rasguños o golpes, pero en otros casos también hay laceraciones de cierta gravedad). También se denuncia violencia por parte del personal de custodia y vigilancia: violencia verbal, conductas asumidas como de acoso, requisas excesivas y degradantes, castigos colectivos.

Una entrevistada refirió las “raquetas” (requisas) como situaciones de agresión:

Hay mucha persecución de entrar a las celdas, revolcarnos todo, dañarnos todo... yo no sé qué es lo que están buscando, eso es incansable, eso vuelven y lo raquetean a uno... no,

eso es muy difícil, muy difícil [...] El motivo ni lo sabemos porque no nos dan ninguna explicación. Por ahí se escuchó respecto a un cuchillo que se había perdido del rancho, pero no entendemos eso por qué acá en el patio de nosotras. Nos dañan el papel higiénico, las toallas higiénicas, nos las envuelven, nos las tiran, no las abren, nos las tiran y nos las tiran al piso... es un despelote, los champús nos los dañan, los jabones, todo, todo, y a veces se pierden hasta las cosas de las celdas, se llevan cositas [...] Y le tocan a uno los senos, a veces la vagina, con los garres esos y a veces hasta con la mano... Nos dejan a veces en, con el calzoncito y el topsito, pero hay algunas compañeras que se lo han hecho ya quitarle la ropa.

Se reporta el caso de una interna que murió tras ser sometida a tratos inhumanos (Adriana Bernal, caso actualmente en investigación judicial). Se indica que desde que sucedió aquello, en octubre de 2015, la situación ha mejorado un poco, pero las internas manifiestan temer a las funcionarias en términos generales, así como a varias de sus compañeras. También se evidencia la carencia absoluta de programas de convivencia y gestión pacífica de conflictos al interior de la reclusión de mujeres del Cojam.

#### 4. CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE POLÍTICA ABOLICIONISTA DE EMERGENCIA

Desde el abolicionismo, la solución a los problemas de salud integral en las prisiones se resuelven con la abolición: este es un argumento más, y uno importante, para la eliminación de esta forma de castigo y de muchas formas de sanción. Sin embargo, ante la emergencia humanitaria que viven las mujeres presas en el Cojam, se proponen las siguientes medidas que pueden ser adoptadas de manera inmediata o a muy corto plazo, pues dependen casi todas de organización y voluntad, más que de cambios estructurales

o de incremento de recursos (asuntos también importantes pero que exceden este espacio).

En general debe darse cumplimiento inmediato a los mínimos legales establecidos incluso en el Reglamento General (Resolución 6349 de 2016 del Inpec), así como en las Sentencias ya mencionadas de la Corte Constitucional, y en las Reglas Mandela y de Bangkok. Deben reglamentarse a nivel del reglamento interno todos esos derechos consagrados en las normas superiores (ningún régimen interno debería ser aprobado por la dirección nacional del Inpec sin este requisito) y garantizar el cumplimiento de esos mínimos legales al establecer consecuencias claras ante su incumplimiento, como el cierre de prisiones (línea que introducen las sentencias de la Corte), la orden de que se acuda inmediatamente a la figura de la prisión domiciliaria (si el Estado no puede garantizar el encierro en condiciones de dignidad humana debe acudir a esta figura) o al descuento de pena (siguiendo un argumento paralelo al propuesto por la doctrina penal ante casos de tortura por parte de autoridades policiales) ante la verificación de que no se cumple con tales requisitos en las condiciones de encierro. Igualmente se debe establecer un sistema de alertas tempranas ante casos que pongan en riesgo la vida, gestionado por las mismas mujeres presas en conexión directa con representantes de la Defensoría, Personería, jueces de ejecución de penas y veeduría ciudadana a través de ONGs y grupos que trabajen en pro de los derechos de las personas presas. Un Estado respetuoso de los derechos humanos no puede permitir un estado de cosas inconstitucional en las prisiones y menos aun no tomar medidas inmediatas para la garantía de esos derechos.

Ahora bien, en particular y tratando de que sean acciones muy sencillas de implementar, desde una visión

abolicionista y ante la emergencia, se proponen las siguientes medidas ante cada una de las situaciones identificadas en el Cojam:

### *1. Alimentación*

Suministrar la última comida más tarde, en condiciones nutricionales adecuadas, cuidando de la cadena de frío en los suministros; garantizar una venta en el expendio de productos con valor nutricional; garantizar la disponibilidad constante y sin limitaciones de agua potable; permitir el ingreso de alimentos preparados a las visitas como se hace en otras prisiones. Posibilitar que las mujeres reciban víveres y puedan cocinar sus propios alimentos, al menos en algunas ocasiones.

### *2. Higiene*

Garantizar la venta en todo momento de toallas higiénicas y tampones en el expendio, así como de papel higiénico, cepillo de dientes y crema de dientes; permitir el ingreso y fomentar el uso de la copa menstrual. Establecer el flujo de agua corriente durante todo el día, y acceso adicional a las duchas a las mujeres que se encuentren menstruando. Así mismo, instalar un sistema de calefacción para garantizar que al menos una ducha por patio cuente con esta posibilidad y se establezca el acceso a la misma a mujeres enfermas, ancianas, embarazadas y en período de menstruación. También deben brindarse elementos para asear los patios y permitir la autoorganización de las mujeres presas para el desarrollo de estas tareas, de manera que puedan contar con espacios de autonomía que beneficien su salud integral, también en el aspecto psíquico y emocional.

### 3. *Descanso*

Debe permitirse el uso de cortinas para aislarse de la luz exterior, y el Inpec debe garantizar el suministro de almohadas y ropa de cama a todas las mujeres presas. También debe instruirse al personal de guardia y vigilancia para que no interrumpa el sueño de las internas, a menos que reales circunstancias excepcionales lo requieran. Igualmente deben instalarse interruptores de luz al interior de las celdas, para que sean las personas que las ocupan las que decidan cuándo encender o no la luz, algo importante para generar autonomía y que no atenta contra la seguridad ni implica mayores costos. También se deben suministrar sillas y mesas para los patios, y también hamacas (las cuales son más económicas y permiten posturas más saludables).

### 4. *Deporte*

Debe permitirse acceso a las zonas al aire libre de la prisión del Cojam al menos una hora cada día, como lo exige la Regla Mandela número 23. Esto no implica ningún gasto adicional; el espacio ya existe y es subutilizado. Sin embargo, a mediano plazo, deben dotarse de algunas zonas con techo para descansar del sol, así como de implementos deportivos tales como balones, colchonetas, máquinas para hacer ejercicio y, preferiblemente, una piscina. Además debe contarse con personal que pueda brindar, a quien lo desee, asesoría y acompañamiento en prácticas deportivas como atletismo, gimnasia, yoga, kung-fu, etcétera.

### 5. *Distracción*

Debe permitirse el uso de celulares: esto evitará actos de corrupción y extorsión, mejorará las comunicaciones y

permitirá a las mujeres presas distraerse. Igualmente hay que garantizar una oferta –no obligatoria ni intrusiva– cultural regular: teatro, cine, tertulias, bailes, ceremonias religiosas variadas, etcétera. Así mismo es importante que se permita a todas las mujeres presas recibir del exterior, y usar libremente, instrumentos artísticos: materiales para pintar, para escribir, para hacer música (instrumentos musicales), entre otros.

#### *6. Visitas y comunicaciones con el exterior*

Reconocer a las familias o amistades de apoyo de personas presas como víctimas, para que así puedan acceder a programas que alivianen las cargas económicas y emocionales que tienen que padecer. Es fundamental también que se promuevan visitas adicionales y se expidan certificados a quien lo requiera para garantizar permisos en los trabajos.

Deben garantizarse condiciones dignas para la visita (por lo menos permitiendo el acceso a baños y el ingreso de sombrillas y agua potable) y facilitar el ingreso, por ejemplo, utilizando el sistema Visitel que se usa en otras prisiones.

La visita íntima debe ser al menos de cuatro horas una vez al mes.

La pérdida de visitas no puede ser una sanción disciplinaria. Las comunicaciones telefónicas deben abaratare y el establecimiento debe garantizar cierta cantidad de minutos mensuales a cada mujer presa, o al menos a las que no cuenten con recursos propios.

#### *7. Drogodependencias*

Mejorar las condiciones de distracción, deporte y comunicaciones con familiares y amistades incidirá directamente en este fenómeno. Pero además debe contarse con programas

de apoyo para quien quiera dejar el consumo y campañas para el consumo consciente. Igualmente es importante permitir el acceso a trabajo remunerado.

#### *8. Prevención del suicidio y autolesiones*

Se requiere mejorar todas las demás condiciones en los términos indicados y además garantizar el acceso a programas de apoyo psicológico para quien lo solicite, así como generar campañas educativas de autocuidado, y programas que ayuden a superar las violencias sufridas por las mujeres antes de su ingreso a prisión, muchas de ellas de carácter sexual.

#### *9. Atención médica*

Brindar atención médica en los términos en que la ley lo establece, garantizando atención de urgencias 24 horas, con los implementos y el personal requerido. Permitir, como lo exige la ley, el libre acceso a las historias clínicas. Implementar medidas de promoción de salud y permitir tratamientos alternativos a la medicina occidental.

#### *10. Hacinamiento*

Mejorar el uso de los espacios del Cojam (canchas, auditorios, celdas) y garantizar el agua corriente. Sin embargo, dado que las cifras de las mujeres presas va en aumento a nivel nacional, no puede darse una solución al hacinamiento que no sea general. Es importante que se implementen medidas nacionales en pro de la eliminación de la detención preventiva, la no utilización de la prisión para los delitos que no impliquen violencia y la progresiva adopción de medidas alternativas a la prisión.

## *11. Violencia*

Deben implementarse programas que fomenten la convivencia y la gestión pacífica de conflictos. Se requiere capacitación a funcionarios, funcionarias y mujeres presas en prácticas restaurativas y mecanismos de diálogo sin violencias, y fomentar espacios seguros de diálogo, tanto entre las mujeres presas como entre el personal del Inpec. Esto puede hacerse en el Cojam de manera inmediata. Sin embargo, a mediano plazo, se requiere que al interior de las prisiones solo haya funcionarios y funcionarias civiles; es decir, se requiere una reforma estructural del Inpec. El personal militar solo debería hacerse cargo de la vigilancia externa y de intervenir ante gravísimas situaciones de violencia al interior de las prisiones.

Para concluir, la investigación ha revelado que la insatisfacción de niveles mínimos de salud, considerada en su dimensión integral, es absoluta. A pesar de tratarse de la primera prisión de tercera generación en Colombia, o precisamente por ello, presenta varias características propias de las prisiones tradicionales, sin por ello dejar de presentar otras de las modernas, haciendo aún más difícil la vida para las mujeres allí recluidas.

Por otro lado, el enfoque diferencial es algo que solo está presente en las normas pero que no se refleja en lo más mínimo en la realidad.

Las necesidades de salud se encuentran totalmente sometidas a las necesidades de disciplina, y por obtenerla se ha llegado incluso al caso de que una interna resultase muerta en circunstancias aún por esclarecer. Ello sin lugar a dudas refleja un trato inhumano y degradante que afecta negativamente las condiciones de salud integral de las mujeres presas en el Cojam.

Igualmente se evidencia que algunas condiciones, que deberían garantizarse a todas las mujeres presas, pues hacen parte de su derecho a la salud, son utilizadas como premios para obtener “buena disciplina” al interior de la prisión, esto es, adaptación a la misma, lo cual es contrario a la resocialización. Para garantizar la salud integral, esta no debe someterse a la disciplina, sino al contrario, debe ser la base para el fomento de la convivencia al interior de las prisiones.

La situación demanda la abolición. Mientras tanto, mientras la cultura del castigo no cambie, nos queda la amarga necesidad de pedir una “política criminal” que respete los derechos humanos y las garantías constitucionales. Pero las amargas necesidades no pueden defenderse, solo resta desear y trabajar por que sean eliminadas definitivamente.

Es indiscutible que se requieren medidas de emergencia, como las propuestas, para proteger la vida y la dignidad de las mujeres presas en el Cojam y en las demás cárceles y penitenciarías de Colombia.

## 5. REFERENCIAS

- AGUIRRE, C. (2009). Cárcel y sociedad en América Latina: 1800-1940. En KINGMAN GARCÉS, E., *Historia social urbana. Espacios y flujos* (pp. 209-252). Quito: Flacso.
- ANTONY, C. (2007, marzo-abril). Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina. *Nueva Sociedad*, (208), 73-85.
- BELLO RODRÍGUEZ, B. ET AL. (2011). La concepción integral de la salud: principio de la educación en ciencias de la salud. *Revista Médica Electrónica*, 807-816.
- CABRERA, G. A. (2004). Teorías y modelos en la salud pública del siglo XX. *Colombia Médica*, 35(3), 184-188.

- CARRANZA, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, 31-66. Recuperado de [www.anuariodh.uchile.cl](http://www.anuariodh.uchile.cl)
- CHRISTIE, N. (1993). *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* Buenos Aires: Editores del Puerto.
- COLECTIVO ABOLICIONISTA CONTRA EL CASTIGO (2012, mayo). *El APAC ¿Humanizando las prisiones?* Recuperado el 25 de junio de 2017, de *Contra el castigo*: <https://contraelcastigo.files.wordpress.com/2012/09/apac-final3.pdf>
- COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA SENTENCIA T-388 DE 2013 (2017). Tercer informe de seguimiento. Recuperado de <http://www.urosario.edu.co/Accion-Social-SERES/Documentos/Tercer-Informe-de-Seguimiento.pdf>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-762 de 2015 (M. S. Gloria Stella Ortiz Delgado: 16 de diciembre de 2015).
- DE LA CUESTA BENJUMEA, C. (2003). El investigador como instrumento flexible de la indagación. *International Journal of Qualitative Methods*, 25-38.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2014). *El enfoque diferencial, un principio transversal en la materialización de los derechos de los grupos étnicos en su condición de víctimas*, Boletín Nro. 3. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1-4.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2015). *Informe atención en salud mental a población privada de la libertad 2015*. Bogotá: Autor.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2016). *Defender al pueblo es defender la paz. XXIV Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- DEL POZO SERRANO, F. J., & MARTÍNEZ IDÁRRAGA, J. A. (2015, enero-abril). Retos del tratamiento penitenciario en Colombia:

enfoque y acción diferencial de género desde la perspectiva diferencial. *Revista de Criminología*, 57(1), 9-25.

DENZINE, N. K., & LINCOLN, Y. S. (1994). Entering the field of qualitative research. En DENZINE, N. K., & LINCOLN, Y. S., *Handbook of qualitative research* (pp. 1-18). Thousand Oaks: Sage Publications.

FRANCÉS LECUMBERRI, P. (2015). ¿Módulos de respeto o módulos de la vergüenza? El experimento terapéutico y de control en las cárceles del Estado español. En ARIAS HOLGUÍN, D. P., *¿Reformar o abolir el sistema penal?* Medellín: U de A-Eafit-Siglo del Hombre.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A. (2011). Reflexiones sobre salud pública internacional. *Revista Cubana de Salud Pública*, 4(37), 372-379.

GUAGLIARDO, V. (2013). *De los dolores y de las penas*. Madrid: Traficantes de Sueños.

INPEC (2017). *Informe estadístico marzo 2017*. Bogotá: Autor.

KURSHAN, N. (2012). *Women and imprisonment in the United States. History and current reality*. Philadelphia: Anarchist Black Cross Network.

LARRAURI PIJOAN, E. (2009). Igualdad y violencia de género: comentario a la STC 59/2018. *Revista para el Análisis del Derecho InDret* (3). Barcelona: InDret, 1-17.

MANTILLA URIBE, B. P. (2006). *Salud integral: evolución del concepto y propuesta actual*. Caja de Herramientas.

MATHIESEN, T. (2003). *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*. Buenos Aires: Ediar.

MATTHEWS, R. (2011, diciembre). Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica. *Política Criminal*, 6(12), 296-338.

- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2014). ABC de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014. Bogotá. Disponible en: <http://www.inpec.gov.co/documents/20143/72104/abcley1709.pdf/89cb89ad-ce45-4cae-f2eb-957fee89a91f>
- MONCAYO ALBORNOZ, A. L. (2017). Algunos elementos para una política de integración de las mujeres privadas de la libertad. En GUTIÉRREZ QUEVEDO, M., & MONCAYO ALBORNOZ, A. L., *Reveses de la política criminal* (pp. 95-141). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ONU (2008). *Handbook for prison managers and policymakers on Women and imprisonment*. Nueva York: Autor.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, UNODC (2011). Reglas de Bangkok. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus comentarios. Resolución 65/229 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 16 de marzo de 2011. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok\\_Rules\\_ESP\\_24032015.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf)
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, UNODC (1955, 2015). Reglas Nelson Mandela. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955, revisadas mediante Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2015. Recuperado de <http://undocs.org/es/A/RES/70/175>
- OMS (1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Nueva York.
- PALLARES, F. (1988). Las políticas públicas: el sistema político en acción. *Revista de Estudios Políticos*, (62), 141-162.

RANGEL, H. (2009). *Mapa regional latinoamericano sobre educación en prisiones*. Buenos Aires: CIEP.

RESTREPO RODRÍGUEZ, D. (2015). ¿Puede ser la mediación una vía de escape? El peligro del “parasitismo” y la necesidad de enfrentarlo. En ARIAS HOLGUÍN, D. P., *¿Reformar o abolir el sistema penal?* (pp. 225-235). Medellín: U de A-Eafit-Siglo del Hombre.

ROTH DEUBEL, A. N. (2002). *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.

SHIFTER SIKORA, J. (2001). La prevención del VIH/sida y el desarrollo de la salud integral en las cárceles. *Revista Interamericana de Psicología*, 35(2), 133-154.

VACANI, P. (2007). Cómo pensar la resocialización. Aproximaciones y propuestas para su deslegitimación e invalidación judicial. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones>

#### [T2] 6. BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL CONSULTADA

AGRANA, F. (2016, 31 de mayo). El hacinamiento carcelario es un problema global que golpea América Latina, afirma un experto. *Agencia EFE - América*.

BELMIRO, D. (2014, 27 de agosto). La superpoblación de las cárceles de América Latina alcanza niveles críticos. *El País*.

CIESAS (2015, 30 de mayo). *Situación de las prisiones en América Latina*. Recuperado de Divulgación CIESAS, el 12 de abril de 2017: <https://divulgacionciesas.wordpress.com/2015/04/30/situacion-de-las-prisiones-en-america-latina/>

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2016). *Informe Colombia: retos humanitarios*. Bogotá.

- FREIRE, P. (1969). *La educación como práctica de la libertad*. México: Siglo XXI Editores.
- MÁRQUEZ GUANIPA, J., DÍAZ NAVA, J., & CAZZATO DÁVILA, S. (2007). La disciplina escolar: aporte desde las teorías psicológicas. *Revista de Artes y Humanidades UNICA*, 8(18), 126-148.
- MASLOW, A. (1943). A theory of human motivation. *Psychological Review*(50), 370-396. Obtenido de <http://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm>
- MONTERO GUERRERO, R. (2012). Disciplina con amor. *Estrategias para el Cumplimiento de la Misión*, 9(1), 79-88.
- NOEL RODRÍGUEZ, M. (2015). *Hacinamiento penitenciario en América Latina: causas y estrategias para su reducción*. México.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ONU (2014). *Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones*. Nueva York: Autor.
- PASCUAL MORÁN, A., & YUDKIN SULIVERES, A. (2005). Educar para la paz en convivencia solidaria: hacia una agenda compartida de investigación en acción. En FUNDACIÓN OPERACIÓN SOLIDARIDAD, *Arranca y acelera. Memorias y plan de trabajo 2003-2006*. San Juan: Fundación Operación Solidaridad.
- PORTILLA CASTELLANOS, S. A. (2015). Disciplina positiva, una estrategia de amor para la promoción de pautas de crianza y manejo de las emociones (U. A. Bucaramanga, Ed.) *Nuevos Cuadernos de Pedagogía* (5).
- RESTREPO, H. E. (2001). Antecedentes históricos de la promoción de la salud. En Restrepo, H. E., & Málaga, H., *Promoción de la salud: cómo construir vida saludable* (pp. 9-33). Pan American Health.

SANDOVAL MANRÍQUEZ, M. (2014). Convivencia y clima escolar: claves de la gestión del conocimiento. *Última Década*(41), 153-178.

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL GOBIERNO DEL ESTADO DE MÉXICO (2013). *Manual para docentes mexiquenses. Aprender a convivir en una cultura de paz*. México D. F.: Gobiernos del Estado de México.

UNESCO (s. f.). *Cátedra Unesco Educación para la paz*. Obtenido de <http://unescopaz.uprrp.edu/que/ques.html>

ZIMMERMAN, M. A. (2000). Empowerment theory. En AA.VV., *Handbook of Community Psychology, Part I* (pp. 43-63). Nueva York: Springer US.

## CAPÍTULO 10

### DERECHOS HUMANOS, DIVERSIDAD SEXUAL Y CÁRCEL. APROXIMACIÓN AL CASO DE LAS PERSONAS LGBTI<sup>1</sup> PRIVADAS DE LIBERTAD EN COSTA RICA

ELÍAS CARRANZA<sup>2\*</sup>

ANA SELENE PINEDA NEISA<sup>3\*</sup>

- 
- 1 Sin perjuicio de las diferentes categorizaciones que existen para nombrar al colectivo de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, a efectos de carácter práctico en el presente documento se usará el acrónimo LGBTI para hacer referencia a estas poblaciones. En todo caso, resulta oportuno aclarar que con el uso de esta sigla no se pretende homogenizar, en ningún caso, a estas poblaciones, ni desconocer la multiplicidad de términos e identidades con que diferentes personas pueden sentirse reconocidas e identificadas.
  - 2 Director emérito del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (Ilanud).
  - 3 Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia); magíster en Estudios Latinoamericanos en la Universidad Autónoma de Madrid, España, con una beca de la Fundación Carolina. Desde el 2010 se desempeña como investigadora y coordinadora de proyectos en el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (Ilanud), con sede en Costa Rica. Sus líneas de trabajo se centran fundamentalmente en sistemas de justicia penal, sistemas penitenciarios y poblaciones en condición de vulnerabilidad desde un enfoque de derechos humanos.

## RESUMEN

Las personas privadas de libertad se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad porque el encierro condiciona el ejercicio pleno de aquellos derechos que no se restringen por la imposición de la pena. Así lo reconocen diversos instrumentos e instancias en el marco del Sistema Universal y del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, al reiterar la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas detenidas y desarrollar orientaciones mínimas para procurar su garantía. Existe, sin embargo, una brecha entre este marco normativo y la realidad de los sistemas penitenciarios de la región, ya que la mayoría enfrenta serios desafíos para propiciar condiciones de vida digna para las personas privadas de libertad. En este escenario, los entornos de reclusión son espacios aun más hostiles para ciertos sectores de la población, como las personas LGBTI, quienes se ven expuestas a un riesgo mucho mayor de violencia y discriminación. Aunque no existe hasta la fecha una norma convencional que establezca disposiciones específicas sobre los derechos de las personas privadas de libertad en general, ni sobre las personas LGBTI, las disposiciones vigentes en materia de derechos humanos ofrecen un marco claro sobre los estándares mínimos para la atención y protección de estas poblaciones en contextos de reclusión. Costa Rica constituye un caso relevante en la región en este sentido, en la medida en que ha impulsado acciones para visibilizar las necesidades particulares de atención y protección de estas poblaciones y ha adoptado disposiciones para remediar la vulneración a sus derechos fundamentales.

*Palabras clave:* derechos humanos, diversidad sexual y cárcel, personas LGBTI privadas de libertad, sistemas penitenciarios y derechos humanos.

HUMAN RIGHTS, SEXUAL DIVERSITY AND PRISON.  
AN APPROXIMATION TO THE CASE OF THE LGBTI PEOPLE DE-  
PRIVED OF THEIR LIBERTY IN COSTA RICA

ABSTRACT

People deprived of their liberty are in a particular situation of vulnerability, because the detention limits the full exercise of those rights that are not restricted by the punishment. This situation is recognized by various instruments and bodies within the framework of the Universal System and the Inter-American System for the Protection of Human Rights, which reaffirm the safeguarding of the fundamental rights of the detainees and develop guidelines to seek their guarantee. There is, however, a gap between this normative framework and the reality of the penitentiary systems of the region, since most face serious challenges to promote dignified living conditions for people deprived of their liberty. In this scenario, prison environments are even more hostile spaces for certain sectors of the population, such as the LGBTI community, who are exposed to a much greater risk of violence and discrimination. Although there is no conventional law that establishes specific norms on the rights of persons deprived of their liberty in general, nor on LGBTI people, the current provisions on human rights provide a fairly comprehensive framework on the minimum standards for care and protection of these populations in contexts of imprisonment. Costa Rica is a relevant case in the region in this sense, since their authorities promoted actions and initiatives to make visible the particular needs of attention and protection of these populations and has adopted provisions to remedy the violation of their fundamental rights.

*Keywords:* human rights, sexual diversity and prison, LGBTI people deprived of their liberty, prison systems and human rights.

## 1. INTRODUCCIÓN

Hablar de los desafíos que enfrentan los sistemas penitenciarios de América Latina es en sí mismo un reto, es complejo insistir en la precaria situación de las condiciones de encierro en la mayoría de los centros de detención de la región, sin caer en lugares comunes. El diagnóstico es claro: la infraestructura penitenciaria en la mayoría de los centros de detención de América Latina y el Caribe no garantiza condiciones de vida digna, el acceso a servicios básicos es insuficiente en muchos casos y las condiciones de sobrepoblación agravan esta situación.

Si bien no hay mayor discusión sobre la particular posición de garante del Estado frente a las personas bajo su custodia, ni sobre su obligación reforzada de protección en relación con poblaciones que se enfrentan a condiciones de discriminación estructural<sup>4</sup>, para los sistemas penitenciarios de América Latina y el Caribe sigue siendo un reto atender las múltiples condiciones de vulnerabilidad que pueden condicionar la garantía plena de los derechos fundamentales de la población privada de libertad, así como identificar las diversas intersecciones entre las mismas.

Sumado a lo anterior, el reconocimiento del impacto diferenciado del encierro frente a las personas con orientación sexual o identidad de género diversas en la región es

---

4 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes contra Brasil. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 17.

relativamente reciente, como en general lo son los llamados de los organismos internacionales sobre la especial condición de vulnerabilidad de estas poblaciones. Algunos datos, al respecto, son elocuentes: la primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Corte Interamericana” o la “Corte IDH”) sobre trato discriminatorio debido a la orientación sexual de una persona es del año 2012<sup>5</sup>, solo hasta el año 2014 se hizo completamente operativa en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Comisión Interamericana” o la “CIDH”) una Relatoría sobre Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, y más reciente aún es la creación del mandato del Experto Independiente de Naciones Unidas sobre Orientación Sexual e Identidad de Género (en adelante “Experto SOGI”), que se formalizó en el año 2016. Sin desconocer que procedimientos especiales de las Naciones Unidas, como el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (en adelante el “Relator Especial sobre la Tortura”) llamó la atención en el año 2010 sobre la discriminación que viven las personas privadas de libertad que no se ajustan a los estándares heteronormativos, la deuda de América Latina frente a estas poblaciones está lejos de ser saldada.

Hoy es imperativa la necesidad de reconocer sus derechos fundamentales en condiciones de igualdad y romper el silencio sobre los obstáculos a los que se enfrenta diariamente esta comunidad para llevar una vida digna, libre de violencia y discriminación.

Con el fin de llamar la atención sobre estos desafíos, en las siguientes páginas se presentará una breve radiografía

---

5 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas contra Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239.

de la situación de las personas LGBTI privadas de libertad en América Latina, y posteriormente se aludirá al alcance del principio de igualdad y no discriminación en relación con la obligación de respeto y garantía de derechos de las personas LGBTI bajo custodia estatal. En el apartado subsiguiente se expondrán algunas generalidades del modelo penitenciario costarricense y, para terminar, describiremos algunas generalidades del modelo costarricense y situaciones particulares de su población carcelaria. Lo anterior, a partir de un relato sucinto de los principales hallazgos recabados en el primer diagnóstico realizado en este país sobre la situación de personas que, además del encierro, se enfrentan a otras condiciones de vulnerabilidad, con el fin de destacar algunas acciones que ha promovido el Estado costarricense para avanzar en la salvaguarda de los derechos fundamentales de estas poblaciones.

## 2. BREVE REPASO DE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERTAD EN AMÉRICA LATINA

La situación de violencia y discriminación que afecta de manera desproporcionada a la población LGBTI en América Latina ha sido denunciada por organizaciones sociales de toda la región y por instancias internacionales.

Con el fin de atender las profundas causas de violencia y discriminación que afectan a estos grupos, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas creó en 2016 la figura del Experto SOGI, como se anticipó en el apartado anterior. En su informe de 2018 sobre la situación de violencia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, el titular de este mandato, el señor Víctor Madrigal-Borloz, señaló que, de acuerdo con la evidencia recopilada, las personas con orientación sexual e identidad de género diversa se exponen a un riesgo

mucho mayor de sufrir múltiples formas de violencia en relación con el resto de la población. Además, calificó como alarmantes los datos sobre el número de homicidios de personas por razón de su orientación sexual o identidad de género, se refirió a la patologización que aún afecta a estas poblaciones y mencionó otros actos de violencia física documentados, como: “palizas, castigos corporales impuestos como pena por conducta homosexual, detención y privación de libertad arbitrarias, secuestro, reclusión en régimen de incomunicación, violación y agresión sexual, humillaciones, insultos, hostigamiento, acoso, discurso de odio y exámenes médicos forzados, como exploraciones anales, y casos de la denominada ‘terapia de conversión’”<sup>6</sup>. En cuanto a las personas que cometen estos actos, se hizo alusión en el mismo informe a personas pertenecientes a milicias locales, extremistas religiosos, agentes del Estado y los mismos familiares de las víctimas, con el agravante de que la falta de investigación en algunos casos y la ausencia de líneas de investigación con enfoque de género ha propiciado un patrón de impunidad de estos hechos<sup>7</sup>.

Este análisis es consistente con lo descrito por la Comisión Interamericana en su informe sobre “Violencia contra personas LGBTI” del año 2015, en el que se destaca que desde enero del año 2013 hasta marzo del año 2014 ocurrieron al menos 770 actos de violencia contra personas LGBTI, en 25 Estados Miembros de la OEA. De estos, 176 corresponden a

---

6 ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución A/HRC/38/43 del 11 de mayo de 2018, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, párr. 28.

7 ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución A/HRC/38/43 del 11 de mayo de 2018, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, párr. 29 y ss.

casos de violencia no letal y 594 a asesinatos registrados<sup>8</sup>. El subregistro de estos casos, además de los altos índices de violencia y crueldad de los crímenes cometidos en contra de personas por su orientación sexual o identidad de género ha sido denunciado por Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”), procedimientos especiales del Sistema de Naciones Unidas, como la Relatora Especial de la ONU sobre Violencia contra la Mujer, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y organizaciones de la sociedad civil, además de la CIDH<sup>9</sup>.

Sumado a lo anterior, la falta de denuncia de la violencia contra las personas LGBTI contribuye a la invisibilización de estos hechos y a la naturalización de agresiones no letales. Algunos ataques como insultos, golpes, empujones, palizas, lanzamiento de botellas y piedras son frecuentes en la región y en ocasiones no se denuncian, porque se consideran parte de la vida cotidiana de las personas LGBTI<sup>10</sup>.

Esta situación de violencia a la que se exponen las personas que no se ajustan a los estándares heteronormativos, se agudiza en condiciones de encierro<sup>11</sup>. En estas

---

8 CIDH. Violencia contra personas LGBTI. OAS/Ser.L/VII.rev.2, Doc 36, 12 de noviembre de 2015, párrs. 102 y 103.

9 CIDH. Violencia contra personas LGBTI. OAS/Ser.L/VII.rev.2, Doc 36, 12 de noviembre de 2015, párr. 107 y ss.

10 CIDH. Violencia contra personas LGBTI. OAS/Ser.L/VII.rev.2, Doc 36, 12 de noviembre de 2015, párr.103.

11 En términos del presidente del Subcomité de Naciones Unidas para la prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, Malcom Evans, “Las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex se enfrentan a múltiples y extremas formas de violencia y discriminación, incluyendo tortura y malos tratos que se exacerban cuando están privadas de libertad, en prisiones donde son usualmente víctimas de abusos por parte del personal y de otras personas reclusas”. En el día internacional de las víctimas de tortura, el 26 de junio de 2016, expertos de Naciones Unidas instaron a una mayor protección de las personas LGBTI detenidas. El comunicado conjunto

circunstancias, dichas personas se exponen a mayores riesgos de violencia sexual y todo tipo de agresiones físicas, verbales y psicológicas por parte de otros reclusos y del mismo personal del sistema penitenciario. En el precitado informe sobre violencia contra personas LGBTI, la CIDH expresó su preocupación por las denuncias recibidas sobre hechos graves de violencia en contra de estas poblaciones en cárceles, estaciones de policía y centros de detención migratoria, entre otros centros de detención. En cuanto a la intersección entre orientación sexual, identidad de género y custodia estatal, la CIDH retomó lo dicho por el Relator Especial sobre la Tortura, al señalar que “las personas LGBTI se encuentran en el último escalafón de la jerarquía informal que se genera en los centros de detención, lo que da lugar a una discriminación doble o triple, y se encuentran sometidas de manera desproporcionada a actos de tortura y otras formas de malos tratos”<sup>12</sup>.

### 3. ¿QUÉ IMPLICA LA OBLIGACIÓN DE RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERTAD, DE ACUERDO CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN?

De la obligación de custodia sobre las personas privadas de libertad se deriva una especial posición de garante del Estado frente a la población penitenciaria, debido a que el

---

se encuentra disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20165&LangID=E> [Último acceso: 26 de enero de 2018].

12 Véase ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución A/HRC/13/39Add.1, de 25 de febrero de 2010. Reporte del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, citado en CIDH. Violencia contra personas LGBTI. OAS/Ser.L/VII.rev.2, Doc 36, 12 de noviembre de 2015, párr.145.

encierro limita la posibilidad de que las personas puedan ejercer por cuenta propia ciertos derechos. Esto implica que el Estado debe asumir una serie de obligaciones dirigidas a “garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por lo tanto, no es permisible”<sup>13</sup>.

Teniendo en cuenta que los Estados deben respetar y garantizar los derechos de todas las personas sometidas a su jurisdicción –sin distinción de ninguna índole– tal como lo establecen las cláusulas generales de igualdad y no discriminación contenidas en diversos instrumentos internacionales<sup>14</sup>, conviene preguntarse ¿cómo se concreta dicha obligación en el caso de ciertos segmentos de la población penitenciaria, como las personas con orientación sexual o identidad de género diversa?

---

13 Corte IDH. Caso Instituto de Reeducao’n del Menor contra Paraguay. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C n.º 112 , párrs.152 y 153.

14 El principio de igualdad y no discriminación se consagra expresamente en el marco normativo del Sistema Universal y del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos. Entre otros, en el Sistema Universal se destaca la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 1 y 2, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 2 y 26, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su artículo 2. En el Sistema Interamericano se encuentran cláusulas similares, como por ejemplo en la Carta de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 3, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre , en su artículo II, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) en sus artículos 1.1 y 24 y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, en su artículo 3.

Para responder esta pregunta es preciso señalar que las categorías prohibidas de discriminación contenidas en las referidas normas de derechos humanos, aunque no deben entenderse de forma taxativa, sí permiten visibilizar algunas condiciones sociales que pueden suponer un riesgo desproporcionado de afectación de derechos para ciertas personas.

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos se han adoptado normas convencionales para eliminar diversas formas de discriminación por motivos de raza, origen étnico, género, discapacidad y origen nacional<sup>15</sup>, en las que se establecen disposiciones orientadas a la aplicación de la normativa de derechos humanos para atender las necesidades específicas de las personas que se enfrentan a dichas condiciones de vulnerabilidad.

Las personas en entornos de reclusión, como se mencionó previamente, también se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad<sup>16</sup>, en la medida en que no pueden

---

15 Entre estos instrumentos, en el Sistema de las Naciones Unidas se han adoptado: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. En el Sistema Interamericano, por su parte, conviene mencionar: la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

16 El Comité de Derechos Humanos en su Observación General n.º 21, referida al "Trato humano de las personas privadas de libertad" se refirió a la condición de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad derivada de la detención y resaltó que estas personas no pueden ser sometidas "a penurias o restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad". Véase

procurarse por sus propios medios el ejercicio efectivo de aquellos derechos que no se limitan por el hecho de la detención, condición que se agrava en el caso de poblaciones históricamente excluidas, como las personas LGBTI<sup>17</sup>. Así lo ha reconocido la Comisión Interamericana al señalar que los Estados tienen un deber especial de protección en relación con las personas privadas de libertad, particularmente cuando se trata de ciertos colectivos, como “las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexo (comunidad

---

Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 21, 44º período de sesiones, 1992, párr. 3. Además, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC) al referirse al alcance de la expresión “otra condición social”, contenida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, hizo referencia expresamente a la detención y a la orientación sexual o identidad de género, entre otras categorías prohibidas de discriminación. Véase Comité DESC, Observación General n.º 20, documento E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 27. Otros documentos como las “100 reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, adoptadas en la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008, reconocen también que la detención, el origen étnico, la discapacidad, así como el género son algunas de las categorías que suponen mayores obstáculos para el ejercicio pleno de derechos de algunas poblaciones.

- 17 En su jurisprudencia reciente, la Corte Interamericana ha establecido claramente que la “orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o identidad de género de las personas”. Véase Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas contra Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239, párr. 91; Caso Duque contra Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C. n.º 310, párr. 105; Caso Flor Freire contra Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 118, y OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A, n.º 24. Solicitada por la República de Costa Rica, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, párr. 68. Por otra parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, destacó que las personas homosexuales, lesbianas y transexuales, entre otros segmentos de la población penitenciaria, “son objeto de doble discriminación y vulnerabilidad”. Resolución A/HCR/13/39, 9 de febrero de 2010, párr. 75.

LGBTI)”, que además representan un amplio porcentaje de la población penitenciaria en la región<sup>18</sup>.

Ahora bien, aunque se echa de menos un instrumento de carácter convencional relativo a los derechos de las personas privadas de libertad, los Estados tienen obligaciones claras de protección y garantía de los derechos de estas poblaciones que se desarrollan en documentos adoptados en el Sistema de las Naciones Unidas, como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos<sup>19</sup> (en adelante Reglas Mandela), los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos<sup>20</sup> y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión<sup>21</sup>. El Sistema Interamericano cuenta también con los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas<sup>22</sup> como referente orientador en esta materia.

Otros documentos, como las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de

18 CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, párr. 628.

19 El 21 de diciembre de 2010, mediante la resolución 65/230, la Asamblea General solicitó una revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (aprobadas en 1955), por lo que se conformó un grupo intergubernamental de expertos y expertas que en 2015 presentó el nuevo documento de las Reglas revisadas. Este texto fue respaldado por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y en adelante serán llamadas Reglas Mandela, en homenaje al expresidente de Sudáfrica, quien estuvo privado de libertad durante 27 años por su lucha en contra del Apartheid y a favor de la igualdad de derechos de la población sudafricana.

20 Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

21 Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

22 Adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad. OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26.

Libertad<sup>23</sup>, y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes conocidas como Reglas de Bangkok<sup>24</sup>, desarrollan orientaciones específicas para generar condiciones de detención que atiendan a las necesidades individuales de estos grupos entre la población penitenciaria.

Aunque no existen instrumentos específicos para cada sector de la población que se enfrenta a condiciones particulares de vulnerabilidad en contextos de encierro, no podría justificarse en ningún caso restricciones abusivas a los derechos de estas personas. Sin desconocer la importancia de contar con dicha normativa, porque evidencia el reconocimiento de derechos de la población privada de libertad, que no es una población homogénea –como intenta presentarse en muchas ocasiones–, y porque transmite un mensaje claro sobre el compromiso y la obligación de los Estados en relación con la garantía de sus derechos fundamentales, las disposiciones vigentes ofrecen herramientas jurídicas útiles para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones estatales, atendiendo al principio de igualdad y no discriminación, tal como establecen las Reglas Mandela al señalar que:

Las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias.

---

23 Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

24 Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 65/229, de 16 de marzo de 2009.

Otro documento relevante son los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (en adelante Principios de Yogyakarta)<sup>25</sup>. Este documento, elaborado por un grupo de personas expertas en derecho internacional de los derechos humanos, y publicado en 2007, contempla precisamente la situación de las poblaciones LGBTI privadas de libertad. Al respecto, el Principio 9 resalta que el trato digno a una persona implica el respeto hacia su orientación sexual e identidad de género y, a continuación, establece orientaciones puntuales para procurar el respeto y garantía de derechos de estas personas, al señalar que los Estados:

---

25 Si bien los Principios de Yogyakarta no constituyen un instrumento de carácter vinculante en estricto sentido jurídico, este documento desarrolla estándares legales de obligatorio cumplimiento para los Estados. En este sentido, estos Principios son un referente válido para reconocer el alcance de las normas sobre derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. La Corte Interamericana ha reiterado en su jurisprudencia que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Esto implica que al interpretar la Convención Americana y otros tratados deben observarse los nuevos desarrollos que se realicen en el ámbito internacional sobre diversas problemáticas. Véase Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16, párr. 114; y el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) contra Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C n.º 257, párr. 245. Es oportuno mencionar, además, que en 2017 se adoptaron los Principios de Yogyakarta *plus 10*, que desarrollan otras obligaciones de los Estados en relación con los derechos de las personas LGBTI. En cuanto al uso de estos Principios en la jurisprudencia de la Corte IDH, véase: Caso Duque contra Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C. n.º 310, párr. 110, y OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A, n.º 24, solicitada por la República de Costa Rica sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, párrs. 112, 129, 138, 196, entre otros.

A. Asegurarán que la detención evite una mayor marginación de las personas con base en su orientación sexual o identidad de género o las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales;

B. Proveerán a las personas detenidas de un acceso adecuado a cuidados médicos y consejería apropiada a sus necesidades, reconociendo cualquier necesidad particular con base en su orientación sexual o identidad de género, incluso en lo que respecta a salud reproductiva, acceso a información y terapia sobre el VIH/sida y a terapia hormonal o de otro tipo, como también a tratamientos para reasignación de sexo si ellas los desearan;

C. Velarán por que, en la medida que sea posible, todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado para su orientación sexual e identidad de género;

D. Establecerán medidas de protección para todas las personas privadas de su libertad que sean vulnerables a violencia o abusos en base a [sic] su orientación sexual, identidad de género o expresión de género y asegurarán, tanto como sea razonablemente practicable, que dichas medidas no impliquen más restricciones a sus derechos de las que experimenta la población general de la prisión;

E. Asegurarán que las visitas conyugales, donde estén permitidas, sean otorgadas en igualdad de condiciones para todas las personas presas y detenidas, con independencia del sexo de su pareja;

F. Estipularán el monitoreo independiente de las instalaciones de detención por parte del Estado, como también de organizaciones no gubernamentales, incluyendo aquellas que trabajan en los ámbitos de la orientación sexual y la identidad de género;

G. Emprenderán programas de capacitación y sensibilización dirigidos al personal penitenciario y a todos los demás funcionarios de los sectores público y privado involucrados en las instalaciones de detención en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los concernientes a la orientación sexual y la identidad de género.

Estas orientaciones marcan una pauta clara sobre la gestión de las autoridades penitenciarias para la protección de los derechos de las personas LGBTI privadas de libertad, de conformidad con sus necesidades específicas, pero ¿qué pasa cuando en una misma persona coinciden múltiples condiciones de vulnerabilidad? La Corte Interamericana tuvo la oportunidad de referirse a este tema al establecer que en estas circunstancias se genera una particular forma de discriminación como consecuencia de la acumulación de dichas condiciones, que requerirá a su vez una atención diferenciada<sup>26</sup>. La pertinencia del enfoque interseccional se centra en que ofrece al personal penitenciario herramientas adicionales de análisis multidimensional para responder de forma más comprensiva y asertiva a estas situaciones de discriminación. A esta altura es importante insistir en que trato diferente no implica discriminación, todo lo contrario. Como se desprende de lo señalado hasta ahora,

---

26 La Corte Interamericana se refirió al concepto de interseccionalidad, al considerar los múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación que determinaron la particular afectación a los derechos de una víctima por su condición de niña, mujer, por su situación socioeconómica y por vivir con VIH. En este caso, la Corte destacó que “la discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”. Véase Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 298, párr. 290.

la garantía de los derechos humanos requiere que el Estado adopte medidas dirigidas a superar obstáculos que lesionan el ejercicio pleno de estos derechos para generar “condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentren en mayor riesgo de ser discriminados”<sup>27</sup>. Solo podría considerarse discriminatorio el trato diferenciado que no se encuentre justificado y que se funde en prejuicios o estereotipos.

#### 4. ALGUNAS GENERALIDADES SOBRE EL MODELO PENITENCIARIO DE COSTA RICA<sup>28</sup>

Costa Rica es un país con una larga tradición democrática, con instituciones sólidas, que cuenta además con un marco jurídico robusto en materia de protección de los derechos humanos. En esta línea, el sistema penitenciario procura ajustarse al modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas y a las disposiciones desarrolladas en el ámbito del Sistema Interamericano, citadas en el apartado anterior.

Al analizar la situación de Costa Rica en materia penitenciaria, es útil tomar como referente el contexto regional. Dos variables son claves al revisar el funcionamiento de los sistemas penitenciarios en general, estas son: un espacio físico adecuado, lo que implica contar con instalaciones

---

27 De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al hablar de igualdad y no discriminación se debe considerar una dimensión negativa que alude a la “prohibición de diferencias de trato arbitrario” y una dimensión positiva que implica “crear condiciones de igualdad real” para poblaciones en situación de riesgo. Véase Corte IDH. Caso Furlán y familiares contra Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246, párr. 267.

28 Este segmento se basa en una declaración de Elías Carranza en el año 2017, en ese entonces director del Ilanud, ante la Corte Interamericana, en un caso sobre las condiciones de detención de las personas privadas de libertad en Costa Rica.

apropiadas en términos de seguridad y de alojamiento en condiciones dignas, que –entre otras consideraciones– sean accesibles para las personas con discapacidad y se construyan con enfoque de género y, por otra parte, el personal penitenciario, para lo cual resulta imprescindible contar con procesos de selección adecuados, con programas de formación sólidos y con condiciones laborales que dignifiquen la gestión de los funcionarios y funcionarias del sistema penitenciario. Si el espacio físico es limitado se presenta sobrepoblación y si no hay personal suficiente y debidamente capacitado se generan vacíos de autoridad que dan lugar a situaciones de autogobierno y tensiones de poder entre las personas privadas de libertad.

No se pretende desconocer que existen otras variables también relevantes para el buen funcionamiento de los sistemas penitenciarios, pero sí insistir en que estas dos son claves para medir la vigencia de los derechos humanos en situaciones de encierro y, además, pueden acentuar el deterioro de otras variables, es ahí justamente donde reside su especial trascendencia.

El reducido espacio físico y el personal penitenciario limitado restringen igualmente el acceso de las personas privadas de libertad a actividades como: estudio, capacitación laboral, trabajo, deporte y actividades culturales, todas estas necesarias para dar contenido a la finalidad de la pena.

Sin perjuicio de la problemática vigente en Costa Rica, en relación con las condiciones de sobrepoblación en algunos centros de detención, la necesidad de fortalecer procesos de atención a la población penitenciaria y de mejorar las condiciones laborales del personal del sistema, podría decirse que la situación de este país es menos grave en términos comparados con otros sistemas penitenciarios de América Latina, como se verá a continuación.

En cuanto a la sobrepoblación, pese a que todos los países no ofrecen datos actualizados hasta la fecha, el cuadro 10.1 presenta una aproximación al panorama regional y permite apreciar la situación de Costa Rica en relación con los demás países del área.

CUADRO 10.1. SOBREPoblación PENITENCIARIA EN PAÍSES DE AMERICA LATINA 2018, O AÑO MÁS CERCANO

	<i>Año</i>	<i>Capacidad del sistema</i>	<i>Población existente</i>	<i>Exceso</i>	<i>Densidad × 100</i>
Uruguay	2018	11.887	10.098	-1.789	85
Chile	2016	41.826	43.089	1.263	103
Argentina	2016	67.110	76.261	9.151	114
Panamá	2018	14.830	17.064	2.234	115
México	2015	169.227	217.595	48.368	129
Ecuador	2018	27.270	37.530	10.260	138
Costa Rica	2018	9.925	13.833	3.908	139
Brasil	2018	409.948	622.202	212.254	152
Colombia	2018	79.723	121.230	41.507	152
Honduras	2016	11.357	17.572	6.215	155
R. Dominicana	2015	14.548	24.716	10.168	170
Paraguay	2016	6.643	13.103	6.460	197
Nicaragua	2013	4.399	9.113	4.714	207
El Salvador	2018	18.051	38.822	20.771	215
Perú	2016	35.126	79.976	44.850	228
Guatemala	2018	6.997	23.949	16.952	342
Venezuela	2013	16.539	52.933	36.394	320
Bolivia	2017	5.033	17.836	12.803	354

Fuente: Elías Carranza, Ilanud, elaborado con información oficial de cada país.

En el año 2018, la densidad penitenciaria en Costa Rica alcanzó el 139 %. Es decir, en un espacio previsto para 100 personas presas se encontraban alojadas 139. Como se evidencia en el mismo cuadro, la mayoría de los países de la región exhiben sobrepoblación y la mayoría presenta la que se ha denominado como sobrepoblación crítica, de acuerdo con el estándar adoptado por el Comité Europeo para los Problemas Criminales –y que también acoge el *llanud*– para calificar la densidad penitenciaria de 120 % o más<sup>29</sup>. Este dato es meramente referencial de la gravedad de la situación de hacinamiento, y al presentarlo no se pretende en ningún caso desconocer que la sobrepoblación, incluso aquella de un dígito, supone la precarización de las condiciones de detención y restringe la garantía de los derechos humanos de las personas detenidas.

Al revisar las causas de la sobrepoblación es imprescindible hacer referencia a las aceleradas tasas de encierro que se presentan en la región. En el cuadro 10.2 se observa cómo desde 1992 hasta 2018, todos los países de América Latina, entre estos Costa Rica, duplicaron, triplicaron y en algunos casos cuadruplicaron sus tasas de encierro.

Otro dato interesante para analizar la situación del sistema se refiere al número de funcionarios y funcionarias de seguridad. Con respecto a esta variable, la situación de Costa Rica –en términos comparados– es relativamente mejor, e incluso se acerca a la de los países de Europa Occidental, cuya *ratio* es entre 1 y hasta 3 personas presas por funcionario de seguridad. Como se presenta en el cuadro 10.3, en Costa Rica, según datos de 2018, se cuentan 5 personas presas por cada funcionario de seguridad.

---

29 Véase ELÍAS CARRANZA *et al.* (2009, p. 63.)

CUADRO 10.2. PERSONAS PRESAS EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA. TASAS POR CIENTO MIL

<b>Incluye los sistemas penitenciarios federales, provinciales y en algunos casos personas alojadas en policías</b>																													
AÑO	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18		
Argentina	63	64	67	74	97	96	99	106	117	125	140	156	161	162	150	147	150	161	158	156	158	164	172	179	188				
Bolivia						80	86	102	111	98					83	89	89					137	135	127	144	161			
Brasil	74	80	81	107		119	131	133	132	133	169	182	193	212	220	227	239	249	256	272	281	302				317	333		
Colombia	94	98	99	100	123	132	143	162	175	162	184	206	215	186	181	195	164	176	201	237	243	245	251	249	239	235			
Costa Rica	103	104	108	119	131	158	161	168	167	183	187	192	198	199	195	190	194	197	217	246	273	325	355	366	368	376	395		
Chile	153	153	148	153	162	170	180	204	215	216	222	229	226	228	259	290	317	311	320	310				254	248	247			
Ecuador	75	81	81	84	94	80	78	69	64	61	67	74	84	88	103	123	112	106	108	102		135				217	223		
El Salvador	98	101	108	124	140	162	141	117	138	170	193	199	211	211	212	263	304	337	380	394	418	433	440	480	552	602	609		
Guatemala						62		74			100	100	95	87	84	83	88	71	78	84	92	99	115	124	129	132	152		
Honduras	110	113	139	160	166	153	160	178			183				170	160	149	149	151	155	157		157	187	200	215			
México	99	102	96	99	107	114	126	140	150	160	167	173	180	190	193	192	193	198	192	191	200	200	182	175					
Nicaragua	78	79	92	99	112	107	134	145	130	125	133	114	117	119	112	123	122	105	112	135	150	164	181						
Panamá	172	210	216	223	262	274	285	287	286	312	331	352	350	350	346	332	266	288	336	364	388	380	390		428	402	386		
Paraguay					70	75	75	79	67	74	86	94	109	111	107	102	103	99	100	114	124	140	158	182	195				
Perú	76	80	82	88	95	99	104	107	107	103	103	107	115	121	134	147	151	153	157	177	203			229	240	252			
R.Dominicana	145	135	151	160	129	140	165	168				189	150	143	148	164	166	202	210	212					243	235			
Uruguay	96	99	100	99	101	106	119	121	129	147	169	203	214	213	198	212	230	246	257	266					285	286	298	296	291
Venezuela					102	112	106	98	85	104	105	103	99	77	97							178							

Fuente: Elías Carranza y Víctor Chaves, Ilanud, con base en información oficial de cada país.

CUADRO 10.3. SISTEMAS PENITENCIARIOS DE AMÉRICA LATINA.  
RELACIÓN NUMÉRICA PERSONA PRESA POR FUNCIONARIO O  
FUNCIONARIA DE SEGURIDAD, 2018 O AÑO MÁS CERCANO

<i>País</i>	<i>Número de presos</i>	<i>Número de funcionarios</i>	<i>p:f</i>
Argentina 2011	59.227	32.412	2
Uruguay 2018	10.098	2.739	4
Chile 2011	53.602	11.347	5
Costa Rica 2018	19.587	3.645	5
Guatemala 2014	17.928	3.214	6
R. Dominicana 2011	4.527	733	6
Nicaragua 2011	10.892	1.419	8
Honduras 2013	12.307	1.573	8
Paraguay 2011	7.161	801	9
Brasil 2018	708.763	79.202	9
Venezuela 2006	19.257	1.900	10
Bolivia 2017	17.836	1.514	12
Panamá 2018	15.873	1.198	13
Colombia 2018	183.664	12.344	15
Perú 2013	61.390	4.065	15
El Salvador 2018	38.822	1.935	20
Ecuador 2018	37.530	1.554	24
Haití			N/D
México			N/D

Fuente: Elías Carranza y Víctor Chaves, Ilanud, elaborado con información oficial de cada país.

Estos datos, en principio alentadores para Costa Rica, deben analizarse con un entusiasmo moderado, para evitar perder de vista las tareas pendientes en términos de eficiencia del

sistema penitenciario y de sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos de todas las personas.

## 5. EL CASO DE LAS PERSONAS LGBTI PRIVADAS DE LIBERTAD EN COSTA RICA

A finales del año 2016, en el marco de un proyecto financiado por la Unión Europea, denominado: “Por una sociedad costarricense incluyente: promoviendo la protección de las personas LGBTI en un contexto de privación de libertad”, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (en adelante Cejil), de manera conjunta con el Ilanud y el Ministerio de Justicia y Paz de Costa Rica realizaron un diagnóstico sobre la situación de las personas LGBTI y otras poblaciones en condición de vulnerabilidad privadas de libertad en Costa Rica, desde una perspectiva de derechos humanos.

La situación de este colectivo en particular, cuando se encuentra bajo custodia estatal, merece especial atención porque –como se mencionó en apartados previos– no existe ninguna norma convencional dirigida a la protección de las personas privadas de libertad, ni a la protección de las personas LGBTI, pero sí existen disposiciones vigentes que criminalizan las relaciones entre personas del mismo sexo en países del Caribe, y en América Latina con frecuencia se acude a disposiciones normativas, que bajo la supuesta protección de la moral, el orden público y las buenas costumbres justifican detenciones arbitrarias y legitiman la persecución, la violencia y los estereotipos hacia estas poblaciones<sup>30</sup>.

---

30 Así, por ejemplo, la Ley de Policía y de Convivencia Social de Honduras, Decreto 226-2001, otorga un amplio margen de discrecionalidad en su actuación a las fuerzas de policía, lo que ha llevado a una aplicación selectiva y discriminatoria de estas disposiciones, legitimando abusos, detenciones arbitrarias y situaciones de violencia que afecta de manera desproporcionada a las mujeres trans.

El propósito del referido estudio era rastrear los nudos críticos que restringen el ejercicio de los derechos fundamentales de la población penitenciaria, concretamente de las personas sentenciadas, atendiendo a un enfoque diferencial, que permitiera identificar necesidades individuales de atención y ofrecer herramientas para definir una guía para la acción. Aunque la población clave del estudio era la comunidad LGBTI, la recopilación de datos permitió realizar un acercamiento a la situación de las personas extranjeras, indígenas, afrodescendientes y personas con discapacidad física privadas de libertad.

En general, los principales hallazgos de este estudio reafirman las premisas que dieron lugar a su realización. La precariedad del sistema penitenciario, sumada a la discriminación estructural y múltiple que aqueja a ciertas poblaciones, propician graves situaciones de violencia física y verbal, así como restricciones arbitrarias en el acceso al derecho al trabajo, a la educación, a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos. En este sentido, de conformidad con la evidencia disponible, la situación de las personas LGBTI privadas de libertad en Costa Rica es cercana a la de países como Colombia y Guatemala<sup>31</sup>, donde se han realizado diagnósticos similares, por lo que podría afirmarse que la región enfrenta desafíos comunes sobre este tema, sin desconocer las problemáticas propias de cada contexto nacional.

“A nosotras nos sentencian dos veces, en un tribunal y al entrar a este lugar”<sup>32</sup>.

---

Véase CIDH. Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado. Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 55, 30 de diciembre de 2009, párr. 525.

31 Véanse COLOMBIA DIVERSA (2015) y REDNADS (s. f.).

32 Cita textual de la entrevista a una mujer trans privada de libertad, realizada

La metodología de este trabajo privilegió un enfoque de carácter cualitativo, teniendo en cuenta las restricciones propias de tiempo, recursos, y que la población penitenciaria es altamente flotante. Aunque se recopilaban datos cuantitativos, que permitieron una aproximación al número de personas pertenecientes a poblaciones en condición de mayor exclusión que fueron entrevistadas –información útil para un análisis más comprensivo de las respuestas recabadas–, no se contempló contabilizar a estas poblaciones. Lo anterior debido a que cualquier individualización debe hacerse a partir de la autoidentificación, elemento nuclear del derecho a la identidad, y en esta oportunidad las limitaciones antes mencionadas no permitían desarrollar un proceso de consulta más amplio.

Además, se consideró que independientemente de la cantidad de personas pertenecientes a cada grupo en condición de vulnerabilidad, lo relevante era identificar los obstáculos que generan dicha condición y visibilizarlos, porque la obligación del Estado de garantizar los derechos de todas las personas bajo su custodia no está condicionada por el número de personas que se enfrentan a diferentes situaciones de riesgo de afectación de sus derechos.

Las técnicas de investigación utilizadas fueron entrevistas semiestructuradas individuales, grupos focales y revisión de información documental. En total se realizaron 153 entrevistas a personas privadas de libertad en 6 centros penitenciarios<sup>33</sup>, se realizaron 15 grupos focales en los que

---

durante el desarrollo del diagnóstico en mención, al comentar su percepción sobre el sistema penitenciario de Costa Rica.

33 Estos son: Centro de Atención Institucional La Reforma, Centro de Atención Institucional Vilma Curling Rivera, Centro de Formación Juvenil Zurquí, Centro de Atención Institucional Antonio Bastidas de Paz, Centro de Atención Institucional Marcos Garvey, Centro de Atención Institucional de Cartago.

participaron 115 personas. Además, se realizaron entrevistas a 44 actores clave, entre los que se cuentan: representantes de instituciones públicas, del sector justicia, la academia y organizaciones sociales. El instrumento de recopilación de información se centró en los siguientes ejes temáticos: derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la salud sexual y reproductiva, participación en actividades productivas, educativas y de recreación, derecho a la vida privada y a la integridad personal.

La sistematización de la información se realizó a través de reportes de entrevistas y de un *software* de análisis estadísticos (Statistical Product and Service Solutions, SPSS por su sigla en inglés).

### **5.1. Algunos hallazgos**

Con el fin de destacar las acciones adelantadas por el Estado en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos de personas privadas de libertad, en las páginas siguientes se presentará un repaso breve sobre algunos de los hallazgos –identificados en el diagnóstico en mención– relativos al colectivo LGBTI, sobre: la crítica situación del sistema penitenciario, la vida en prisión, el acceso al derecho a la salud, el derecho a la visita íntima, la violencia de género y el abuso de autoridad.

### **5.2. Crítica situación del sistema penitenciario**

Una visión menos optimista que la planteada en el apartado 2 del presente texto se revela en este diagnóstico en cuanto a la situación actual del sistema penitenciario en Costa Rica. Aunque las condiciones de detención en este país no se encuentran entre las más graves de la región, algunas personas expertas coincidieron en señalar que el hacinamiento y las

deficiencias en la infraestructura impiden condiciones de vida digna. Se comentó que el sistema está colapsado, y no cuenta con programas sólidos y sostenibles de atención a las personas privadas de libertad. El modelo penitenciario costarricense se centra en la atención de las necesidades de la población penitenciaria, mediante programas de educación básica, profesional, formación técnica, servicios de salud, entretenimiento y la posibilidad de trabajar, no obstante, la cobertura de estos servicios está entre el 40 % y el 60 % de la población penitenciaria. Esta situación reproduce mayor desigualdad, porque –como lo señalaron algunas personas privadas de libertad– en determinados módulos se presentan mejores posibilidades para sobrellevar el encierro. Las respuestas no permiten concluir que la orientación sexual o la identidad de género constituyan *per se* una limitación para acceder a dichos módulos, pero sí se evidenció que en el caso de la comunidad LGBTI, cuando se presentan múltiples condiciones de vulnerabilidad, se genera una discriminación agravada que las expone a un riesgo mucho mayor de afectación de sus derechos. Tal es el caso de las personas trans y gays en condición de pobreza o que tienen un consumo problemático de drogas.

### **5.3. La vida en prisión**

El formulario de registro al ingreso al centro penal no contempla una casilla para registrar personas de género no conforme. Además, se evidenciaron restricciones excesivas en cuanto al derecho al nombre social, a la ubicación de las personas trans y al uso de atuendos femeninos por parte de estas poblaciones. Sobre estos asuntos no existe ninguna directriz o instrucción que restrinja los derechos de las personas LGBTI, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia está

permitido el uso de vestimenta de acuerdo con la identidad de género<sup>34</sup>. No obstante, en ocasiones algunos funcionarios o funcionarias se rehúsan a llamar a las personas con el nombre que han elegido conforme a su identidad de género, no se consulta con las personas LGBTI su opinión sobre la ubicación y se limita de forma arbitraria el uso de ciertos atuendos femeninos. En relación con la ubicación de estas poblaciones, es oportuno señalar que se deben evitar medidas que originen cualquier forma de aislamiento o segregación de estos grupos, por cuenta de la seguridad. Mientras las circunstancias lo permitan, se debería atender cada caso de manera individualizada para tomar en consideración la opinión de la persona privada de libertad en cuanto al lugar de ubicación.

#### **5.4. Acceso al derecho a la salud**

Aunque el sistema costarricense cuenta con profesionales médicos para atender a las personas privadas de libertad, debido a las limitaciones de recursos y de personal la atención se limita a casos crónicos, por lo que se generan retrasos en los turnos para consultas. Por otra parte, el acceso a servicios de odontología y psicología es igualmente limitado<sup>35</sup> y no se cuenta con programas de medicina preventiva.

---

34 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia n.º 13800-11 del 12 de octubre del 2011.

35 En todos los centros se informó que prácticamente no existen entrevistas individuales en psicología. El trabajo que se realiza en esta área es grupal, y orientado fundamentalmente a personas con consumo problemático de drogas y situaciones de violencia familiar o femicidio. En el CAI Vilma Curling varias mujeres señalaron que la atención psicológica no es oportuna y se refirieron al caso de una mujer que murió ahorcada, luego de solicitar en repetidas ocasiones una cita psicológica.

En materia de salud sexual y reproductiva, la situación que se presenta es un reflejo de lo que sucede en la sociedad en general. El personal de salud no está capacitado sobre las necesidades de las personas LGBTI, de acuerdo con sus prácticas sexuales y su identidad de género. En una entrevista con una persona experta se destacó que en Costa Rica cerca del 60% del personal médico considera que existe alguna patología asociada a las personas con orientación sexual diversa o identidad de género no conforme.

Otro tema clave es el acceso a terapia hormonal para personas trans. En el sistema de salud pública de Costa Rica –en la fecha en que se realizó este estudio– se requería un diagnóstico previo de disforia de género para acceder a esta terapia. Este requerimiento hace que sea virtualmente imposible para una persona privada de libertad acceder a dicho tratamiento, por lo que muchas mujeres trans se automedican e ingresan al centro de manera oculta los medicamentos que requieren.

### **5.5. Derecho a la visita íntima**

El derecho a la visita íntima entre personas del mismo sexo se reconoció desde el año 2011<sup>36</sup>. En general, las mujeres lesbianas privadas de libertad indicaron que ejercen este derecho sin mayores restricciones. En el caso de los hombres gay se evidencia una tensión entre el ejercicio pleno del derecho a la sexualidad y el derecho a la intimidad y

---

36 La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica reconoció el derecho a la visita íntima de las personas del mismo sexo, en la Sentencia n.º 13800-11 del 12 de octubre del 2011. En cumplimiento de dicha decisión, el Instituto Nacional de Criminología estableció el procedimiento para la autorización de la visita íntima en personas del mismo sexo en los centros del Sistema Penitenciario costarricense.

a la privacidad, debido a la sanción social que afecta particularmente a los hombres que tienen sexo con hombres (en adelante HSH), así como a los hombres gay y bisexuales privados de libertad. Lo anterior, debido a que es altamente probable que la comunidad penitenciaria identifique a quienes solicitan este derecho.

### **5.6. Violencia de género y abuso de autoridad**

Aunque se reconoce que las personas LGBTI se exponen a mayores situaciones de violencia sexual, coacción para prestar favores sexuales, golpizas y otras agresiones físicas y verbales por parte de las personas privadas de libertad y del mismo personal penitenciario, de los hallazgos de este estudio no es posible colegir un patrón sistemático de discriminación institucional hacia las personas con orientación sexual o identidad de género diversas.

Las mujeres trans reconocen que en la cárcel se reproducen y acentúan las situaciones de violencia que viven cotidianamente, por lo que se presenta una suerte de resignación y normalización de la violencia verbal. En el estudio se evidenció que existen ciertos prejuicios sobre las personas LGBTI, porque se considera que atraen mala suerte, por lo que en algunos casos pueden llegar a ser expulsadas de los módulos por los mismos compañeros de encierro. Además, junto con los hombres gay y bisexuales, las mujeres trans son con frecuencia coaccionadas para ingresar drogas en sus cuerpos al centro penal.

Los hombres gay y los HSH son víctimas de diversas formas de violencia no letal y se exponen constantemente a la vulneración de su derecho a la dignidad y a la vida privada. Las mujeres lesbianas y bisexuales también son afectadas por diversas formas de violencia, principalmente verbal y en muchos casos estas agresiones son toleradas

por el personal penitenciario. En el caso de las mujeres, la percepción de las personas entrevistadas es que cerca del 90% de las mujeres privadas de libertad son o “se vuelven” lesbianas o bisexuales (no se hizo referencia a hombres trans) durante el encierro, esta situación podría explicar porque se presenta menor sanción social entre las mismas mujeres privadas de libertad hacia estas poblaciones.

Las revisiones corporales son momentos en los que algunos funcionarios y funcionarias abusan de su autoridad realizando este procedimiento con mayor frecuencia y de forma humillante a las personas trans y gays. El personal de seguridad señaló al respecto que es ampliamente conocido que estas poblaciones suelen entrar objetos y droga en sus cuerpos, por lo que son necesarias requisas más invasivas. Para atender esta situación, el Ministerio de Justicia y Paz adoptó el año anterior la Circular 05-2017; esta disposición establece medidas dirigidas a la protección de las personas trans, al permitirles escoger si prefieren que dicha revisión la realice un hombre o una mujer de la policía penitenciaria.

También se consultó sobre las medidas adoptadas para proteger a las víctimas de violencia. Al respecto, se informó que debido a las limitaciones de espacio las personas agredidas en ocasiones son trasladadas a celdas unipersonales, como medida de protección, lo que supone una nueva forma de agresión y revictimización para estas poblaciones.

### **5.7. Algunas medidas relevantes adoptadas por el Estado de Costa Rica**

Como se anticipó líneas arriba, la información presentada en este apartado corresponde a una apretada síntesis de la evidencia revelada en el precitado diagnóstico. Los desafíos no son pocos, pero es importante reconocer que tampoco han sido menores los avances.

Entre las medidas adoptadas por el Estado de Costa Rica para remediar la situación de estas poblaciones caracterizadas por situaciones de discriminación estructural, además de adoptar las disposiciones necesarias para permitir la visita íntima entre personas del mismo sexo y establecer orientaciones claras para realizar las revisiones corporales de manera respetuosa con los derechos humanos de las personas trans, el Ministerio de Justicia y Paz adoptó otro acto administrativo que contempla una serie de “Lineamientos para la atención de las personas con orientación sexual, expresión o identidad de género diversa, adscritas a cualquiera de los Niveles del Sistema Penitenciario Costarricense”, en concordancia con las normas internacionales pertinentes en materia de protección de los derechos humanos y la directriz que declara al Ministerio de Justicia y Paz como espacio libre de discriminación por orientación sexual e identidad de género. En la elaboración de dichos lineamientos se tuvo en consideración algunos de los principales hallazgos del referido diagnóstico. Su contenido se enfoca en aspectos relativos a la identificación y al ingreso de las personas LGBTI, así como a la ubicación, las revisiones corporales, el uso de atuendos conformes a la identidad de género, la garantía de la visita íntima y las manifestaciones de afecto, el alcance del derecho a la salud con respecto a estas poblaciones, el acceso a actividades sin discriminación, y la protección de la violencia.

La particular importancia de estos lineamientos radica en que reconocen el contenido de los derechos fundamentales de las personas LGBTI, consagran orientaciones claras y puntuales para superar la deuda histórica de nuestra sociedad frente a una población tradicionalmente excluida e invisibilizada, y, además, reflejan una política pública comprometida con los derechos humanos, que se funda en la evidencia para transformar la realidad.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tan importante como señalar los retos es reconocer los avances de los Estados para lograr el ejercicio pleno de los derechos de todas las personas, sin distinciones arbitrarias. Tal vez uno de los desafíos más urgentes del sistema penitenciario costarricense es el hacinamiento penitenciario<sup>37</sup>. Con tasas de encierro que aumentan de manera acelerada, las condiciones de alojamiento, alimentación, salubridad y los servicios de salud son cada vez más pobres y el acceso a programas de educación y capacitación laboral se convierte en un privilegio para una minoría. La atención a esta situación es pues, prioritaria, porque “los Estados tienen el deber de asegurar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel de sufrimiento inherente a la reclusión”<sup>38</sup>.

Por otra parte y a propósito de la atención diferenciada a la población penitenciaria, como lo advirtió una de las personas entrevistadas para el diagnóstico en comentario, antes que dirigir los esfuerzos a individualizar a estos grupos se deben tomar medidas que puedan elevar los estándares de atención integral a las personas detenidas y superar los obstáculos que impiden el goce de los derechos humanos a determinados sectores sociales.

Un tema que atraviesa todo el análisis de los desafíos que deben atender los Estados en estas materias se refiere a la necesidad de fortalecer procesos de capacitación y sensibilización con enfoque de derechos humanos, que sean periódicos y de buena calidad. Así como procesos

---

37 Véase entre otros: MURILLO (2013) y MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ, REPÚBLICA DE COSTA RICA (2015).

38 CIDH. Violencia contra personas LGBTI. OAS/Ser.L/VII.rev.2, Doc 36, 12 de noviembre de 2015, párr. 146.

de sensibilización dirigidos a la población penitenciaria en general. Solo a través de programas de formación será posible avanzar en el cambio cultural y en la desarticulación de prejuicios y estereotipos de la población. Esta, por supuesto, es una tarea de largo aliento que convoca a toda la sociedad.

El caso de Costa Rica merece especial atención, porque –como se mencionó en apartados anteriores– los avances que se han concretado hasta la fecha surgen a partir de desarrollos jurisprudenciales y fundamentalmente, de la voluntad política de las autoridades para concretar las obligaciones internacionales y constitucionales en temas de derechos humanos. Es necesario insistir en que no se pretende desconocer en ningún caso la importancia y la necesidad de desarrollos normativos que reconozcan el alcance y contenido de los derechos fundamentales en relación con ciertas poblaciones, pero sí se debe advertir que un marco jurídico garantista, sin agentes estatales comprometidos con el ejercicio de la función pública conforme a los mandatos constitucionales y convencionales, y sin la voluntad política para traducirlo en acciones, no es más que una declaración de buena voluntad.

A la prisión, al modelo retributivo que la soporta, le importan poco los derechos humanos, justamente por esta razón, mientras no logremos un cambio de paradigma, mientras el encierro perpetúe la exclusión y el estigma sobre la población privada de libertad, llamar la atención sobre las condiciones de vida de sectores históricamente marginados constituye un proceso reparador en sí mismo, porque reivindica el derecho a la verdad de estas poblaciones sobre las graves situaciones de violencia y exclusión que soportan diariamente. Además, la visibilización de su realidad contribuye a crear conciencia sobre las formas en que se manifiesta la violencia y la discriminación. Este es tal

vez el aporte simbólico más significativo de un documento de diagnóstico sobre la situación de estas poblaciones, el efecto deseable es que sirva de insumo para incidir en la realidad y transformarla, Costa Rica ha logrado avanzar en este sentido.

## 7. REFERENCIAS

CARRANZA, E. (coord.) ET AL. (2009) *Cárcel y justicia penal en América Latina: cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*. México D. F.: Siglo XXI Editores, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de Delincuente, Instituto Raoul Wallenberg de Derechos Humanos y Derecho Humanitario.

CEJIL-ILANUD (2017). *Diagnóstico sobre la situación de las personas LGBTI y otras poblaciones en condición de vulnerabilidad privadas de libertad en Costa, desde una Perspectiva de Derechos*. 2017. Documento realizado con el apoyo del Ministerio de Justicia y Paz en el marco del proyecto “Por una sociedad costarricense incluyente: promoviendo la protección de las personas LGBTI en un contexto de privación de libertad”, proyecto a cargo de Cejil, con el apoyo financiero de la Unión Europea.

COLOMBIA DIVERSA (2015). *Del amor y otras condenas: personas LGBTI en las cárceles de Colombia, 2013-2014*. Bogotá: Autor.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ, REPÚBLICA DE COSTA RICA (2015). *Retos del Sistema Penitenciario Nacional*. Informe ejecutivo por el despacho ministerial presentado ante la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

MURILLO, R. (2013). Prisiones y hacinamiento crítico en Costa Rica: Intervención necesaria de los tres poderes del Estado. *Revista Digital de Maestría en Ciencias Penales, Universidad de Costa Rica*, (5).

RED NACIONAL DE LA DIVERSIDAD SEXUAL Y VIH EN GUATEMALA (REDNADS) (s. f.). *Diagnóstico situacional sobre personas privadas de libertad en Guatemala, 2015-2016*. s. d.

## **Sistema interamericano de protección de derechos humanos**

### *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

CORTE IDH. OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A, n.º 24. Solicitada por la República de Costa Rica, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

Corte IDH. Caso Flor Freire contra Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016.

Corte IDH. Caso Duque contra Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C, n.º 310.

CORTE IDH. Caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, n.º 298.

CORTE IDH. Caso Atala Riffo y niñas contra Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n.º 239.

CORTE IDH. Caso Furlán y familiares contra Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, n.º 246.

CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) contra Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo,

Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, n.º 257.

CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes contra Brasil. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149, voto razonado del juez Sergio Garcí'a Ramírez.

CORTE IDH. Caso Instituto de Reeducao'ón del Menor contra Paraguay. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C, n.º 112.

CORTE IDH. OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, n.º 16. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.

### *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

CIDH. Violencia contra personas LGBTI. OAS/Ser.L/VII.rev.2, Doc. 36, 12 de noviembre de 2015.

CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 64, 31 de diciembre de 2011

CIDH. Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado. Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 55, 30 de diciembre de 2009.

### **Sistema de las Naciones Unidas**

ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución A/HRC/38/43 del 11 de mayo de 2018, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

ONU. Consejo de Derechos Humanos. Resolución A/HRC/13/39Add.1, de 25 de febrero de 2010. Reporte del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

COMITÉ DESC, Observación General n.º 20, documento E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General n.º 21, 44º período de sesiones, 1992.

## Otros instrumentos

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos “Reglas Mandela”. 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. En el año 2015 la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal aprobó la revisión de las reglas hecha por un grupo intergubernamental de personas expertas, mediante Resolución E/CN.15/2015/L.6/Rev.1. En el mismo año, la Asamblea General, mediante Resolución A/RES/70/175, aprobó dichas reglas y aceptó la recomendación sobre la denominación de las mismas como “Reglas Mandela”.

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Adoptados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptados por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres

delincuentes (“Reglas de Bangkok”). Adoptadas en 2010. Resolución A/65/457.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante Resolución 01 de 2008.

Cumbre Judicial Iberoamericana. “100 reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, adoptadas en la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada en Brasilia en marzo de 2008.

Principios de Yogyakarta, sobre la aplicación de la legislación internacional de derecho humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Elaborados por un grupo de personas expertas reunidas en Yogyakarta, Indonesia en el año 2006.

Principios de Yogyakarta *plus 10*, sobre la aplicación de la legislación internacional de derecho humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Adoptados en noviembre de 2017.

## **Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**

Sala Constitucional. Sentencia n.º 13800-11 del 12 de octubre del 2011.

## **Marco jurídico nacional de Costa Rica**

MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ. Lineamientos para la atención de las personas con orientación sexual, expresión o identidad de género diversa, adscritas a cualquiera de los Niveles del Sistema Penitenciario Costarricense. 2018.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ. Circular 003 de 2016 por la cual se declara al Ministerio de Justicia y Paz como espacio libre de discriminación por orientación sexual e identidad de género.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ. Circular 005 de 2017 referida al proceso de revisión de personas trans.

## 8. BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

CARROLL, A., & MENDOS, L. R. (2017, mayo). *Homofobia de Estado. Estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento* (12<sup>a</sup> ed.). Ginebra: Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (Ilga).



## CAPÍTULO 11

### LA POSPENA EN COLOMBIA: REALIDADES Y RETOS

CAROL IVÁN ABAUNZA FORERO<sup>1</sup>

PAOLA BUSTOS BENÍTEZ<sup>2</sup>

MÓNICA MENDOZA MOLINA<sup>3</sup>

GIOVANNY PAREDES ÁLVAREZ<sup>4</sup>

#### RESUMEN

En el presente capítulo se analizan los alcances y limitaciones de la política pública para pospenados en Colombia, en concordancia con la normativa nacional; se aborda la etapa de prelibertad desde diferentes variables, y se examina el componente de reintegración desde una perspectiva institucional. La investigación se enmarcó en la investigación cualitativa con enfoque fenomenológico descriptivo.

- 
- 1 Carol Iván Abaunza Forero, magíster en Ciencia Política, investigador del Instituto SERES de la Universidad del Rosario. [ciafabogado@hotmail.com](mailto:ciafabogado@hotmail.com)
  - 2 Paola Bustos Benítez, magíster en Psicología Jurídica, investigadora del Instituto SERES de la Universidad del Rosario. [paobus55@gmail.com](mailto:paobus55@gmail.com)
  - 3 Mónica Mendoza Molina, magíster en Desarrollo Educativo y Social, coordinadora de investigación del Instituto SERES de la Universidad del Rosario. [monica.mendoza@urosario.edu.co](mailto:monica.mendoza@urosario.edu.co)
  - 4 Giovanni Paredes Álvarez, magíster en Economía, investigador del Instituto SERES de la Universidad del Rosario. [giovanny.paredes@nabiconsulting.co](mailto:giovanny.paredes@nabiconsulting.co)

Se concluye que la atención pospenitenciaria en Colombia debe superar la asistencia social y brindar herramientas y posibilidades para una verdadera integración social; que la preparación para la libertad debe considerarse desde el principio del tratamiento penitenciario y no solo como etapa final del mismo, y que el desarrollo institucional que se ha dado en el país en materia de reintegración debería servir de insumo para el tratamiento pospenitenciario.

*Palabras clave:* pospena, Colombia, política pública, prelibertad, reintegración.

THE POST-PENA IN COLOMBIA: REALITIES  
AND CHALLENGES

ABSTRACT

In this chapter the scopes and limitations of public policy for post-convicts in Colombia are analyzed in accordance with national regulations; the stage of pre liberation is approached from different variables, and the reintegration component is examined from an institutional perspective. The research was framed in qualitative research with a descriptive phenomenological approach. It is concluded that post-penitentiary service in Colombia must overcome social assistance and provide tools and possibilities for true social integration; that preparation for freedom must be considered from the beginning of the prison treatment and not only as a final stage of the same, and that the institutional development that has taken place in the country in terms of reintegration should serve as an input for post-penitentiary treatment.

*Keywords:* Post Pena, Public Policy, Pre Liberation, Reintegration.

## 1. INTRODUCCIÓN

Resulta importante hacer un análisis de la política pública para pospenados<sup>5</sup>, entendiendo que el accionar del Estado debe tener una visión pluralista que involucre a los diversos actores que pueden intervenir en los procesos de inclusión dirigidos a esta población. No hay un consenso en el campo de la política pública sobre sus características de identificación; sin embargo, esta será asumida no solo como la intencionalidad de resolver los problemas incorporada en las agendas de los gobiernos de turno, sino como lineamientos y criterios de Estado que orientan las decisiones, acciones, legislaciones normativas y recursos de las distintas instituciones públicas. La política criminal, en particular, ha sido definida por la Corte Constitucional como:

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 (Sentencia C-646, 2001).

Por tanto, debe considerar no solo temas de represión y resocialización, sino también de prevención del delito y, en materia de pospenados, de prevención de la reincidencia, lo cual deberá necesariamente formalizarse a través de una norma y de estrategias tangibles de reintegración. Es necesario reiterar que, en materia de política criminal, no

---

5 Para efectos del presente capítulo se entiende como pospenado toda persona que ha recuperado su libertad después de haber cumplido una sentencia condenatoria.

existe como tal un lineamiento que abarque el tema de los pospenados de manera concreta y palpable, a pesar de que la resocialización constituye el fin primordial de la pena lo que, de hecho, desdibuja sus antecedentes, el juzgamiento y la pena propiamente dicha.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social, mediante documento Conpes 3828 de 2015 sobre la Política Penitenciaria y Carcelaria en Colombia, busca una articulación con la política criminal, teniendo dentro de sus supuestos que la falta de cupos y la insuficiente infraestructura inciden en los índices de reincidencia, atendiendo más a los fallos de la Corte Constitucional, que al desarrollo de una política penitenciaria y carcelaria propia de un Estado Social de Derecho. Esto sumado a la carencia de programas de acompañamiento para el pospenado disminuye la posibilidad de una reintegración social positiva, por lo que es necesario que el Estado se comprometa formalmente a través de una regulación puntual que garantice el ejercicio pleno de la reivindicación de los derechos fundamentales del liberado y de la propia colectividad.

La información consignada en este capítulo se enmarca en la investigación cualitativa con un enfoque fenomenológico descriptivo, que buscaba realizar un análisis del proceso de pospena en Colombia, a través del abordaje de los alcances y limitaciones de la normativa nacional para pospenados, contextualizando la etapa de prelibertad e identificando las posibilidades para la reintegración desde la perspectiva institucional. Para ello, se realizaron 16 entrevistas a funcionarios y actores de la sociedad civil y 6 grupos focales en instituciones públicas y privadas. La información fue codificada y analizada con el programa Atlas Ti.

## 2. ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA POLÍTICA PÚBLICA, MANIFESTADOS EN LA NORMATIVA NACIONAL PARA POSPENADOS

Como lo ha referido la Corte Constitucional, Sentencia C-504 de 1993, la legislación penal es la forma como se concreta la política criminal del Estado; leyes que deben respetar el ordenamiento superior, Sentencia C-936 de 2010. De manera que la política en la materia está delimitada no solamente por la Constitución, sino también por los tratados internacionales, especialmente los relativos a los Derechos Humanos, como lo reitera la Sentencia C-387 de 2014. Se trata entonces, como lo señala una vez más la mencionada corporación en la Sentencia T-718 de 2015, que las determinaciones relativas al diseño de una política pública se manifiestan a través de documentos políticos, o de instrumentos jurídicos, sean estos de rango constitucional, legal o reglamentario.

Es precisamente a ese ordenamiento jurídico, no al discurso político, cimentado en la realidad colombiana, al que ha de apuntar la política de reintegración social en aras de su efectividad, conforme lo prevé el Art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Arts. 10 y 142 de la Ley 65 de 1993, y el Art. 102 de la Ley 1709 de 2014, esto es, implementando herramientas legales que hagan realidad el fin resocializador de la pena, puesto que este parece agotarse con su solo enunciado, como algo inconcluso, sin que exista cómo asegurar la nombrada resocialización y reintegración del condenado, a pesar de haber cumplido con la pena impuesta, lo que de hecho genera una mayor descomposición social, una frustración del convicto y de la sociedad y, por supuesto, un fracaso para el Estado en su política criminal, incluida en ella la política penitenciaria.

## 2.1. Normatividad nacional

Pareciera que el Código Penitenciario y Carcelario –CPC–, Ley 65 de 1993 –Título XV–, siguiera la tendencia generalizada y abreviada del servicio pospenitenciario; concretamente los artículos 159 a 162 abordan solo cuatro aspectos a saber: la función que debe cumplir el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –Inpec– en aras de buscar la integración del liberado a la familia y a la sociedad, las casas del pospenado, los gastos de transporte para el traslado a su residencia, y la prohibición de que los antecedentes criminales puedan ser factor de discriminación.

### 2.1.1. Integración

El Artículo 159 del CPC señala que el Inpec debe buscar la integración del liberado a la familia y la sociedad; resulta lógico y necesario que dicho propósito se implemente desde el momento mismo de la privación de la libertad. De ahí la necesidad de adoptar, desarrollar y ejecutar programas especializados, como los que se indican en la tabla 11.1.

TABLA 11.1 PROGRAMAS DE INTERVENCIÓN PENITENCIARIA

<i>Programa de intervención</i>	<i>Autores</i>	<i>Finalidad</i>
Programa para la educación integral y cambio de vida (PEC)	López, Malaver, Hernández, Roa, Fernández, Carrión y López	Busca intervenir las diferentes esferas del comportamiento humano, disminuyendo factores de riesgo de la reincidencia y potencializar los aspectos opuestos que favorecen la inserción social de los internos/as.
Programa de intervención en personas condenadas por delitos que atenten contra la vida “Cadena de vida”	López y Fernández	Aportar a la comprensión del valor de la vida, para la sociedad y desde la perspectiva del interno, permitiendo la generación de sentido y herramientas de afrontamiento para las situaciones estresantes.

<i>Programa de intervención</i>	<i>Autores</i>	<i>Finalidad</i>
Programa de intervención para la adaptación social de personas condenas por delitos sexuales (PIPAS)	Támara y Ruiz	Disminuir los factores de riesgo asociados a la agresión sexual, disminuyendo así la probabilidad de reincidencia, interviniendo factores de personalidad, emocionales, sociales y culturales.
Programa de responsabilidad integral con la vida (RIV)	Salamanca y Sotelo	Reducir los niveles de autoengaño en los internos, a través de un proceso sistemático de intervención.
Programa de preparación para la libertad y atención post penitenciaria	Carrión y Sotelo	Aborda la preparación para la libertad, dados los efectos de prisionización y el acompañamiento al liberado, interviniendo áreas: familiar, social, individual y laboral/educativa.

Fuente: elaboración propia basado en Memorias Congreso Cundiboyacense de Psicología Jurídica (2015).

Considerando que ni el Art. 144 de la Ley 65 ni la Resolución n.º 7302 de 2005, que reglamentan el tratamiento penitenciario, son suficientes para consolidar la resocialización y la reinserción social, la aplicación de dichos programas resulta imperativa, demandando su publicidad, correcta implementación y fortaleciendo la capacidad institucional del Inpec para que puedan aplicarse de forma homogénea e integral en todos los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional –ERON–.

Desde la teoría penal, de acuerdo con Jescheck (1981) y Carnevali y Maldonado (2013), la “reinserción social” o “reintegración social positiva” del pospenado resulta en buena medida del tratamiento resocializador que se imparta en la prisión, premisa universal cuya importancia subraya la Corte Constitucional en varias sentencias. Algunas de ellas se relacionan en la tabla 11.2.

TABLA 11.2. SENTENCIAS QUE RESALTAN LA IMPORTANCIA DE LA RESOCIALIZACIÓN

<i>Sentencias</i>	<i>Finalidad</i>
T-429/10	Se reconoce el trabajo penitenciario como elemento importante y dignificante, que tiene como fin la resocialización.
T-286/11	Se puntualiza la finalidad resocializadora del tratamiento penitenciario, pues permite que el infractor se integre a la comunidad como un ser creativo, productivo y autogestivo.
C-757/14	Plantea la consideración de que los subrogados penales se reconozcan como una fase intermedia entre la prisión y la libertad.
T-267/15	Las políticas de resocialización y cabal reintegración de las personas a la sociedad buscan mecanismos efectivos para dichos efectos.
C-181/16	Al asumir el estudio de exequibilidad de la duplicación de la multa en casos de reincidencia por delito doloso o preterintencional, nuevamente enfatiza sobre el fin resocializador de la pena, aunque considera que no por el hecho de darse aquella el Estado es el único responsable al pensarse que ha fallado en su misión resocializadora, puesto que a la persona del delincuente le cabe entera responsabilidad en cuanto a su nuevo actuar criminal <sup>6</sup> .

Fuente: elaboración propia.<sup>6</sup>

Ahora bien, si se contrastan los elementos jurídicos considerados, normatividad y jurisprudencia con la realidad, los resultados contradicen ampliamente los postulados de una y otra. Qué decir del trato desigual que se da a los internos, aun frente a punibles de mayor envergadura como el de la corrupción en sus diferentes colores y matices, o de delitos

---

6 Al respecto, si bien la voluntariedad del penado es un ingrediente fundamental del tratamiento penitenciario, como de la reintegración familiar y social, se considera que su ausencia no puede convertirse en óbice o excusa para negar o declinar el tratamiento correspondiente, el que de resultar necesariamente efectivo tendría que lograr involucrar al sujeto a corregir. Negar ese compromiso por parte del Estado, quererlo eximir de su obligación frente a los condenados, mantener nuestro actual sistema de prisionalización hace que la desocialización y la desfamiliarización resulten inexorables (ABAUNZA, BUSTOS, MENDOZA & PAREDES, 2016).

de lesa humanidad cobijados por los distintos procesos de paz que se han dado en Colombia, discriminación que deslegitima cualquier intento de tratamiento penitenciario. Así mismo, la desproporción en las penas hace que el interno desconfíe del sistema penal, de la política criminal y por ende de la política penitenciaria. ¿Cómo creer en el injusto, en lo que no es ecuánime, ni proporcional?

Todo esto es una utopía, realmente en el sistema nuestro, estamos hablando de una utopía [...] mientras no haya educación mientras no haya un verdadero compromiso del Estado esto realmente es una utopía, estamos perdiendo el tiempo. ¿Por qué en cambio no ponen a estos de Odebrecht aquí? Que los traigan aquí, pero que los traigan a los patios, sin privilegios. Pero no, entonces los mandan para el club militar, para el club este o para la estación x o y de policía (Grupo focal, EPMSC, Cartagena, 2017).

De acuerdo con el Art. 10 de la Ley 65 de 1993, la anhelada resocialización se logra a través de aspectos como: disciplina, trabajo, estudio, formación espiritual, cultura, deporte y recreación; sin embargo, dicho anhelo se concentra en los temas de trabajo y estudio que hoy parecieran más mecanismos de redención<sup>7</sup> que de resocialización. En esta misma línea, dichas oportunidades son escasas, e inclusive se ven interferidas y constreñidas por falta de espacio, de elementos para desarrollarlas o, sencillamente, por las trabas del sistema como lo muestra el siguiente testimonio: “El juez, todo es el juez de ejecución de penas, aquí los únicos permisos que nos da el señor director son, por ejemplo, cuando yo los saco a laborar a la parte externa

---

7 La redención de la pena está catalogada como un derecho del condenado, que consiste en el descuento de días de prisión física a cambio de actividades de enseñanza, estudio y trabajo.

del establecimiento [...] ‘comandante, enséñeme, yo quiero aprender’” (entrevista a funcionario, Acacías, 2017).

Por otra parte, el Artículo 103A de la Ley 1709 de 2014 establece la redención de pena como un derecho del condenado, siendo que con ello se está sacrificando el verdadero propósito de la pena que, como se sabe, no debería supeditar la resocialización a la redención, sino todo lo contrario: los descuentos y beneficios tendrían que condicionarse a la aplicación y resultados que el interno tenga en el proceso resocializador. Tal como lo menciona una persona entrevistada, “la redención es puro descuento, pero no resocializa” (entrevista en institución privada, Medellín, 2017).

De manera que, sin posibilidad real de implementación y seguimiento de los programas de tratamiento especializados, las metas de resocialización y reinserción seguirán siendo meras utopías. Se requiere un cambio positivo, concreto y práctico, con protocolos definidos y garantías explícitas que hagan efectivos y obligatorios los programas puntualmente diseñados para tal fin, con veedurías y controles necesarios que los hagan cumplir en todos y cada uno de los ERON del país, como lo manda la norma.

No podría pasarse por alto el contenido de los Arts. 480 a 483 del Código de Procedimiento Penal, CPP (Ley 906 de 2004), que establecen una serie de condiciones para la rehabilitación legal en materia de derechos y funciones públicas, lo cual resulta francamente injusto, desproporcionado y, por supuesto, inconstitucional, considerando que el ciudadano que purgó su pena no tiene por qué ser sometido a un nuevo diligenciamiento por sencillo que parezca, puesto que al haber cumplido con la obligación impuesta por el Estado, a través de la jurisdicción penal, automáticamente debería ser liberado de cualquier trámite, sea cual sea la autoridad que de él conozca. ¿De dónde acá tienen que hacerse solicitudes, con anexos probatorios,

para que se declare la rehabilitación, cuando tal carácter deviene de la criminalización terciaria a la que fue sometido? ¿Alguna consecuencia legal tiene que tener para su haber personal el cumplimiento de la pena a la que se le condenó? ¿Cómo es posible que el Estado que condenó y privó de la libertad a un ciudadano por años lo siga cuestionando, desconfiando de su propio tratamiento, de su mismísima obligación resocializadora? ¿Cuál es la razón para adjudicarle al pospenado la carga de la prueba, de tener que demostrar que se encuentra rehabilitado? Si conforme al Art. 166 del mismo Estatuto Procesal el funcionario judicial debe reportar oficiosa y prontamente a las entidades y autoridades sobre la ejecutoria de la sentencia que imponga la pena o medida de seguridad, ¿por qué no hacer lo propio cuando esta está cumplida?

### *2.1.2. Casas del pospenado*

Establece el Art. 160 de la Ley 65 de 1993, que las casas del pospenado podrán ser organizadas y atendidas por fundaciones, mediante contratos celebrados y controlados por la Dirección del Inpec. Los liberados podrán solicitar ser enviados a la casa del pospenado de su localidad, siempre y cuando se haya observado conducta ejemplar en el ERON, lo cual resulta discriminatorio. Sin embargo, la investigación de campo encontró como casa del pospenado únicamente la Casa Libertad, que funciona en la Regional Central, en Bogotá.

A pesar de no haberse dado cumplimiento al mandato legal, su existencia y funcionamiento resulta importante para lograr la reintegración del pospenado a la sociedad, al constituirse en una institución de transición, en un puente entre la cárcel y la sociedad. Es allí donde el liberado puede decir de dónde viene, puede mostrarse sin sombras ni

máscaras para ser orientado y auxiliado frente al mundo al que pretende volver. Es allí donde se pretende apoyar a quienes han cumplido su condena o por lo menos están en libertad condicional; es allí donde se busca que no mueran sus esperanzas. Lo anterior considerando la mínima o ninguna oportunidad que tiene un pospenado, si no cuenta con una articulación, con una coyuntura que lo ayude a salir de su aislamiento.

### *2.1.3. Gastos de transporte*

El Art. 161 del CPC (1993) establece que la dirección de los centros de reclusión debe disponer de un fondo para trasladar los reclusos puestos en libertad al lugar de su residencia cuando carezcan de medios para afrontar su pago, mandato que no siempre se cumple. La libertad debería ser mejor planificada, dándole aviso oportuno al interno y a su familia, si la tiene registrada y si es de su interés, hacerlo dentro de un horario expedito para los efectos, considerando que muchos salen a medianoche, desorientados, sin un peso en el bolsillo, incluso sin documento de identidad y sin saber a dónde ir.

### *2.1.4. Antecedentes criminales*

Finalmente, el capítulo del Pospenado en su Art. 162, ordena que, cumplida la pena, los antecedentes criminales no podrán ser factor de discriminación social o legal y no deberán figurar en los certificados de conducta que se expidan.

De acuerdo con el Artículo 15 de la Constitución Nacional –CN–, todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar, y a su buen nombre; derechos que el Estado deberá respetar y hacer respetar. En este sentido,

vale la pena recordar que se ha efectivizado la acción de *habeas data* que indica que todo ciudadano tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar el conjunto de información que se haya recogido sobre él en archivos de entidades públicas y privadas (Remolina, 1994, p. 193). Para los efectos, se expidió la Ley 1581 de 2012, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales, reglamentada parcialmente por los Decretos 1367 de 2013 y 886 de 2014. El *habeas data* ha sido objeto de varios pronunciamientos constitucionales, tales como las sentencias T-534 de 1992, T-414 de 1992, T-443 de 1994, T-729 de 2002 y SU-458 de 2012.

Con base en el llamado “derecho al olvido”, derecho subjetivo a la supresión de la información negativa, la Corte, en la última sentencia citada, ordena al Ministerio de Defensa-Policía Nacional, como administrador responsable de la base de datos sobre antecedentes penales, omitir información que permita inferir la existencia de dichos antecedentes, si no son requeridos o se tienen cuentas pendientes con las autoridades judiciales. Lastimosamente, y a pesar del acierto que se le reconoce a la jurisprudencia en cita, la realidad es otra.

Esa figura guerrera que se está desarrollando en Colombia, que es el derecho al olvido, es fundamental para este proceso, porque cuando a mí me llegaban para hacer un negocio lo primero que yo hacía era Googlear a esta persona, le metía el nombre a ver quién carajos era, aquí tengo la cédula y vamos a ver los antecedentes y esa información está abierta al público, es más, si tú te buscas o me buscas a mí, aparece que este señor está preso, la información está. Y ese tema del derecho al olvido también es fundamental para el desarrollo social fuera. Además del estigma normal está el estigma implícito en el *habeas data* o ¿no es lo primero que uno hace? (Grupo focal, EPCMS, 2017).

En Colombia los antecedentes judiciales, fiscales, disciplinarios, siguen estando a la orden del día para cualquier persona natural o jurídica que quiera consultarlos; publicidad que debería contar con mayores filtros o restricciones pues a algunos se les siguen afectando sus derechos fundamentales<sup>8</sup>.

### 3. LA PRELIBERTAD

Hablar de pospenados implica contemplar la etapa inmediatamente precedente a la liberación, es decir, la etapa de prelibertad que no comprende un lapso de tiempo determinado o establecido, pero que se entiende como el espacio de transición entre la prisión y la recuperación de la libertad, que requiere de cierta preparación y adaptación, después del proceso de encarcelamiento que trae consigo serias implicaciones a nivel físico, mental, moral y relacional. Aunque teóricamente el encarcelamiento se propone la resocialización y rehabilitación del sujeto, en la práctica,

la intervención radical de la violencia simbólica del dispositivo prisión no opera bajo la promesa de la inclusión sino que, por el contrario, dinamiza su poder, su operación técnica cortando los lazos del individuo con su “afuera”, separándole de lo que le es más propio, de lo más íntimo, de los vínculos afectivos y productivos, de su dignidad como posibilidad de autorealización (Acevedo, 2016, s. p.).

---

8 Las siguientes páginas están abiertas al público y ofrecen información confidencial: <https://www.ramajudicial.gov.co/>; <https://www.procuraduria.gov.co/portal/antecedentes.html>; <http://cfiscal.contraloria.gov.co/siborinternet/certificados/certificadosPersonaNatural.asp>; <https://antecedentes.policia.gov.co:7005/WebJudicial/>

En este sentido la rehabilitación del sujeto, entendida como la posibilidad de restaurar dichos lazos, es un reto que debe afrontarse desde la etapa de prelibertad.

Si bien la preparación para la libertad se ha comprendido como el último eslabón en el tratamiento penitenciario, procurando la reinserción positiva del individuo y por tanto evitando la reincidencia y disminuyendo los efectos de prisionización, es importante insistir en que todo el proceso de tratamiento penitenciario, desde su inicio, debe propender por dicha preparación para la vida en sociedad y en libertad.

Después de realizar el análisis de la información recolectada en campo, fue posible identificar cuatro elementos que se relacionan con la etapa de prelibertad, que corresponden a diferentes ámbitos. Los tres primeros corresponden al ámbito institucional: el primero hace referencia a la atención y tratamiento brindados por el Inpec, que está enfocado a la generación de habilidades y valores para el correcto desempeño en libertad; el segundo corresponde a los convenios que se establecen entre el Inpec y otras instituciones para dicha preparación; el tercero se refiere a la parte estrictamente procedimental para la liberación, que dicho sea de paso, no es totalmente clara ni para los internos ni para el Inpec; y el cuarto ámbito se refiere a un aspecto de carácter personal y familiar para la adaptación.

### **3.1. Perspectiva institucional**

#### *3.1.1. Atención y tratamiento*

Para abordar la etapa de prelibertad de los penados, el Inpec viene implementando el programa denominado *Preparación para la libertad y servicio post-penitenciario*, que fue planteado por la Universidad Nacional de Colombia

y que “busca frustrar la reincidencia delictiva generando alternativas de socialización y proyección de vida que permitan adquirir un estilo de vida no trasgresor o delictivo” (Sotelo-Cuello & Carrión-Serrano, 2014, p. 4), para lo que contempla los ámbitos: individual, familiar, laboral-educativo y comunitario/social.

Los criterios para la inclusión de los participantes al programa son: estar condenado, poder solicitar la libertad por pena cumplida entre 5 y 7 meses, no obstante dicho término es relativo, toda vez que el juez puede negar la solicitud de libertad condicional o incluso la libertad por pena cumplida cuando considera que falta tiempo para ello; estar en mediana o mínima seguridad –proceso que tampoco se cumple en todos los casos– y demostrar adhesión al tratamiento penitenciario. Son excluidas del programa las personas con trastorno mental grave.

El programa menciona la necesidad de generar una red social fortalecida que sirva de soporte para lograr la inclusión social positiva de estas personas; sin embargo, de acuerdo con el rastreo realizado en la investigación, las instituciones u organizaciones que consolidan esta red son escasas y, en general, no cuentan con capacidad de atención integral. A este respecto, puede establecerse una similitud con el caso argentino de acuerdo con lo documentado por Crespi & Mikulic (2009), cuando afirman que hay una “pobre inserción de los liberados en contextos institucionales, lo que se asocia con el bajo nivel de recursos de apoyo percibidos en este nivel” (p. 216).

Igualmente, el programa considera la importancia del acompañamiento en libertad de los pospenados, pero tampoco se cuenta con la capacidad institucional para ello, y a excepción de contadas experiencias, como el programa de intervención social en cárceles implementado por la Alcaldía de Medellín, o Casa Libertad en Bogotá, podría

afirmarse que no hay en la actualidad posibilidades reales de acompañamiento que se vinculen directa y formalmente a alguna institución pública.

Casa Libertad, cuya experiencia podría ser replicada en otras regiones<sup>9</sup>, es una instancia que no cuenta con personería jurídica pero que viene desarrollando un significativo trabajo con la población pospenada, y que ha ido ampliando su rango de acción a las personas preliberadas del Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá, Comeb, al percibirse la necesidad de iniciar el proceso con los internos desde antes de recuperar la libertad.

Cuando nosotros llegamos aquí y abrimos Casa Libertad y empezamos a recibir pospenados y empezamos a recibir ofertas de empresarios, nos dimos cuenta de que las personas, por más de que estuvieran 5, 6, 8, 10 años en la cárcel, no tenían preparación para enfrentar ese trabajo. Digamos, conocen la técnica de cómo se hace la blusa pero no saben trabajar bajo presión, no tienen habilidades sociales, no tienen reconocimiento de órdenes, tienen problemas de autoridad [...] entonces nosotros dijimos: ¡no!, hay que intervenir (entrevista a funcionarios de Casa Libertad, Bogotá, 2017).

Lo que puede inferirse de las visitas a campo es que cada ERON maneja sus procesos y procedimientos de forma autónoma y no necesariamente articulada con el nivel central. De esta manera, los aspectos referentes a atención y tratamiento, así como el tiempo de preparación para la libertad, se abordan desde distintas perspectivas, que dependen en

---

9 Aunque es una experiencia que se podría replicar, en el Plan Indicativo del Direccionamiento Estratégico 2015-2018 del Inpec, Casa Libertad hace parte de la meta de producto n.º 1 del sector pospenados, cuyo indicador es que existiera una al 2018, por lo que la meta ya estaría cumplida, si bien dentro de los planes de corto plazo no está replicar el modelo.

gran medida de la gestión y el trabajo mancomunado con otras instituciones públicas y privadas que ofrecen sus servicios al interior de los penales. Así, por ejemplo, en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario EPC de Acacías se viene implementando, paralelamente al programa diseñado por la Universidad Nacional, un programa denominado Visa Para la Libertad, VPL.

Manejamos el programa Visa, pasaporte hacia la libertad, se le enseña [al interno] nuevamente qué es salir a la libertad, qué cosas nuevas van a encontrar, se ve la parte familiar, se ve la individualización del interno desde sus principios, desde dónde viene, qué hizo, qué hace, por qué delinquiró, su parte carcelaria, hasta sus finales [...] se les muestra con trabajo, con estudio, la trayectoria que pueden llevar en la calle (entrevista a funcionario del Inpec, Acacías, junio de 2017).

En estos procesos de prelibertad se trabaja en el tema de las expectativas que tienen los internos al salir y las situaciones que realmente deberán enfrentar al momento de recuperar su libertad. En ese sentido, se mencionan los sentimientos contradictorios de los internos, que se debaten entre la alegría de salir y el temor de no contar con herramientas para enfrentar la libertad.

### *3.1.2. Convenios interinstitucionales*

La investigación permitió establecer que la etapa de preparación para libertad en ocasiones es liderada y acompañada por instituciones que implementan diferentes programas y proyectos al interior de los ERON y que operan a través de convenios. Tal es el caso de la Fundación Acción Interna en la cárcel distrital de San Diego en Cartagena, que viene implementando iniciativas diversas e innovadoras, que

generan habilidades, competencias e incluso ingresos para las familias de las mujeres que allí se encuentran.

Lo que hace la Fundación es generar un convenio con la cárcel, que está vigilado por la Alcaldía, porque es el ente que supervisa la cárcel, y es un convenio porque podemos trabajar mancomunadamente para generar el proceso de socialización; obviamente el restaurante no es un restaurante, es un taller productivo que es donde todo el tiempo las chicas están en formación, es un espacio de resocialización y de reconciliación (entrevista a funcionaria de Teatro Interno, 2017).

Esta iniciativa, al igual que la de la Corporación Universitaria Regional del Caribe –IAFIC– en el ERON “La Ternera”, en Cartagena, que impulsa programas de educación superior con proyección a la libertad, demuestran la voluntad política de los directores de los establecimientos, que decididamente incluyen dentro de sus procesos de tratamiento proyectos liderados por organizaciones o instituciones externas, arrojando buenos resultados.

Merece especial mención el Programa de Intervención Social en Cárceles de la Alcaldía de Medellín, que contempla de manera integral y efectiva temas de prevención de la delincuencia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad (PPL, en adelante) y reintegración del pospenado. En materia de preparación para la libertad,

hay otro componente dentro de las cárceles que se llama “Artes y Oficios”. Entonces tenemos algunos cursos como: teatro, música, informática, panadería, jardinería..., bueno, varios cursos que también se le dan a esta población para que al recobrar su libertad tengan también ya unas capacidades para poder desempeñar un trabajo, un arte un oficio ya en libertad (entrevista a funcionario de la Alcaldía de Medellín, junio de 2017).

Con respecto a este tipo de convenios o intervenciones de otras instituciones, se reiteran las dificultades para implementarlos con regularidad y rigor, dada la dinámica carcelaria en lo que se refiere a ingreso, horarios de trabajo, asistencia permanente de los participantes en el proceso, disponibilidad de guardia y carencia de infraestructura, entre otras. “Hay varios programas psicosociales, pero incluso los mismos psicólogos que trabajan con ellos apoyados con las universidades expresan su desconcierto: uno porque las mismas condiciones del establecimiento no facilitan el trabajo con ellos para irlos preparando para una libertad” (entrevista en institución privada, Cali, 2017).

### *3.1.3. Beneficios administrativos y liberación*

Previo a la liberación del penado, y como parte del tratamiento penitenciario en la fase de mediana seguridad, la Ley 65 de 1993 (Arts.146-150) y la Resolución 7302 de 2005 (Art. 15), establecen una serie de beneficios administrativos que teóricamente apuntan a la reinserción social. Igualmente, el interno podrá solicitar su libertad condicional en la fase de confianza, tal como lo indica el Artículo 471 del CPP; esta solicitud debe estar acompañada de una resolución favorable del consejo de disciplina o del director del establecimiento y de una copia de la cartilla biográfica.

Ahora bien, el procedimiento para la liberación depende fundamentalmente del juez, bien sea por libertad condicional o pena cumplida, quien otorga la boleta de libertad y da la orden de egreso, con esto, el Inpec debe proceder a liberar al interno, acogiéndose a su Procedimiento Orden de Libertad, establecido en la Resolución 000012 del 2 de enero de 2016, cuyo objetivo es:

Determinar los pasos a seguir para dar cumplimiento de forma sistemática y organizada a la orden de libertad expedida por la autoridad judicial en el marco de las garantías y los derechos de las personas privadas de la libertad, observando las medidas de seguridad a fin de no vulnerar el orden jurídico y la ejecución de la detención preventiva, pena de prisión; estandarizando criterios a nivel nacional en el desarrollo de los trámites y crear una cultura apropiada en todos los ERON (Inpec, 2016, Resolución 000012).

Sin embargo, algunos funcionarios del Inpec, y también algunos liberados, indican que no siempre hay claridad frente al tiempo que puede tomar la decisión de libertad, lo que dificulta la preparación para la salida, tanto para la institución, como para el interno.

Ese protocolo de salida es un problema, vuelvo y le repito: a uno no le dicen nada, usted está en el patio y cuando de pronto a las siete de la noche a la calle, uno no sabe cómo y por qué y cuándo uno va salir y eso deberían cambiarlo, uno debería saber cuándo va salir, cuánto vale la póliza [...] uno no sabe nada, uno está en el patio (entrevista a pospenado, 2017).

### *3.1.4. Adaptación personal y familiar*

La etapa de prelibertad, más allá de la visual institucional, implica un arduo trabajo en los niveles personal y familiar, para poder hacer frente al proceso de adaptación que impone retos e ilusiones. A este respecto, se concuerda con Acevedo (2016) en que, “cuando los preliberados hablan del elemento familiar que hoy les da fuerza y ánimo para seguir adelante, ven en su presencia una promesa de esperanza para continuar y pensar en un nuevo futuro re-socializado desde el momento de su salida”.

Definitivamente la familia en ningún momento deja de cumplir su rol fundamental en el proceso de privación de

la libertad, así como en la etapa de prelibertad. Por tanto, el tiempo que precede a la salida en libertad,

debe ser un proceso de integrarse incluso en la misma familia, no es fácil, no es fácil readaptarse al hogar, a la familia, ese es un proceso que considero que debe ser paulatino y que tiene que ir desde el establecimiento, antes de la salida [...] que incluso la familia tenga una relación más constante con él (entrevista a Pastoral Penitenciaria y Carcelaria, Cali, mayo de 2017).

Melina Crespi (2014) refiere unos estresores psicosociales que se presentan en el sujeto en el período transcurrido entre el regreso de la prisión y la pospena, que fueron igualmente identificados en el trabajo de campo y que se presentan aquí como la expectativa de salida, que se debate entre el miedo y la esperanza. Dichos estresores son: las dificultades económicas, la imposibilidad de conseguir trabajo, las relaciones familiares, el haber estado en prisión, el temor al accionar policial, la posibilidad de recaída en el consumo de sustancias psicoactivas, el temor de volver a delinquir, la pobre inserción en contextos institucionales y el prejuicio social.

Existen preliberados que reconocen la eficacia de algunos programas de tratamiento que han recibido en prisión y consideran que lo aprendido será útil al momento de recuperar su libertad; viéndose a sí mismos como personas “resocializadas” que aspiran con retornar a la libertad y a la sociedad, encontrando un espacio amable y acogedor.

Me siento tan agradecido por lo que estoy haciendo y me he resocializado mucho, soy una persona nueva, he aprendido, he recapacitado; gracias al programa Visa, he estudiado, he estado como bachiller, técnico en sistemas, ahora pertenezco a la escuadra, he aprendido tanta cantidad de cosas, que en

mi vida como delincuente nunca las hice (Grupo focal con preliberados, Acacias, 2017).

Sin embargo, los hay quienes niegan que la cárcel sea un espacio resocializador y adjudican los posibles cambios en su concepción de la vida, a profundas reflexiones y a un proceso estrictamente personal.

¿Por qué la cárcel puede llegar a ser una herramienta de cambio positivo? Porque al ser tan hostil y tan pobre en todo, empiezo a valorar lo que yo tengo y con lo que yo cuento y empiezo a mirar las personas que tengo a mi alrededor y esto genera un proceso de conciencia que en un porcentaje muy alto engancha las personas y les permite empezar a generar un cambio (entrevista a funcionario de Casa Libertad, Bogotá, 2017).

La desesperanza de salir se asocia con frecuencia al hecho de tener cuentas pendientes fuera de prisión y gente que los está esperando para cobrarlas; frente a esta situación incluso algunos manifiestan no querer salir y preferir quedarse en el establecimiento, en donde tienen garantizada en cierto sentido su seguridad.

Cuántos no pueden volver al barrio, a la ciudad donde viven porque los van a matar, por el error que cometió, por lo malo que hizo, que no puede volver, entonces, tiene que empezar en una nueva ciudad, donde no conoce a nadie [...] (entrevista a pospenado, Medellín, 2017).

El miedo se vincula también a las conversaciones y encuentros con excompañeros que ya recuperaron su libertad, afirmando no haber encontrado posibilidades laborales ni otra oportunidad para desenvolverse en la calle, lo que los obliga a mantenerse en su casa, sobreviviendo con los ingresos de sus familiares, generándoles nuevos gastos, lo que redundante en el deterioro de sus relaciones.

#### 4. LA REINTEGRACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA INSTITUCIONAL

Cuando una PPL logra salir de un establecimiento inicia un complejo camino en el que ni ella ni su entorno, incluso el más cercano como su familia, se encuentran siempre preparados para reintegrarla: “Reintegrarme con la familia, ni siquiera ser bien recibido por la familia, [...], cómo será ahora que hay gente con la que no me hablo todavía, porque me desecharon como persona” (entrevista a pospenado, 2017). Sin embargo, la salida de una prisión y la reintegración es una situación a la que se van a enfrentar el total de las 180.525 personas privadas que se encuentran con alguna afectación de su libertad en Colombia, a la que la sociedad no puede seguir siendo indiferente; más aun cuando la tasa de PPL por cada 100.000 habitantes es de 358 en el país y con tendencia a aumentar (Inpec, 2017).

Las experiencias de reintegración social y económica en el país han estado marcadas como respuesta a los procesos de desmovilización de combatientes de grupos armados organizados al margen de la ley –GAOML–, tanto así que se creó toda una institucionalidad y normatividad encargada de coordinar, asesorar y ejecutar con entidades públicas y privadas su reintegración. Inicialmente lo que comenzó como un Programa para la Reincorporación a la Vida Civil –PRVC– enfocado en la reintegración de adultos desmovilizados, rápidamente se encontró con una alta demanda de personas que requerían atención especial a sus necesidades económicas y psicosociales, llevando al gobierno a proporcionar los recursos y la asistencia para que los excombatientes se reincorporaran de manera sostenible de nuevo a la sociedad (Naeve, 2012). Esa prioridad dada a los desmovilizados llevó a la creación de la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración, que ante la

necesidad de articular las entidades da origen a la Agencia Colombiana para la Reintegración –ACR–, que es actualmente una unidad administrativa especial pero aún adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, –Dapre– y que se conoce ahora como la Agencia para la Reincorporación y la Normalización –ARN– (2017).

El asumir la atención de una población que requería reincorporarse a la sociedad como una política de Estado ha permitido que, desde el 2002 hasta la fecha, a 58.987 desmovilizados se les hayan ofrecido servicios en salud, atención psicosocial, empleo, servicios educativos y un incentivo mensual para cada servicio en el que participan sin distinción alguna, para que cada participante concluya con éxito la ruta de reintegración (Agencia para la Reincorporación y Normalización, 2017).

Hay tres variables importantes a resaltar en los procesos de reincorporación a la sociedad que demuestran las experiencias vividas en las décadas de 1980 y 1990. Una es el *tiempo*: en las desmovilizaciones había tiempo de reincorporarse hasta por dos años, luego se eliminó el límite; otra variable fue la *seguridad* de los desmovilizados, dado que por su historial, su integridad podría verse amenazada; y la última variable era la *posibilidad de reincidencia* que podía darse, por esto último, desde principios del siglo XXI a la etapa de desarme y desmovilización, se incorporó el elemento de la reinsertión e incluyó los beneficios mencionados.

Una variable que se incluyó en este proceso de reincorporación fue involucrar al grupo familiar otorgándole una ayuda económica al desmovilizado por cada miembro de su familia que le servía de soporte para su reinsertión, durante un tiempo limitado. Toda esta experiencia derivó en pasar de “reinsertiones” de corto plazo a “reintegraciones” de largo plazo que incorporaran una “ruta (indi-

vidual) de reintegración” que diferencia a la persona por sus condiciones vocacionales, educativas y psicosociales en el proceso<sup>10</sup> (Fundación Ideas para la Paz, 2014).

Ahora bien, si más de cincuenta mil personas han estado involucradas en los procesos de reintegración, habiendo estado al margen de la ley, y el Estado les ha otorgado posibilidades de incorporarse de nuevo a la sociedad, ¿qué posibilidades ha brindado la institucionalidad de reintegrarse a personas que igualmente han estado al margen de la ley pero que han pagado una pena privativa de la libertad, cumpliendo con lo establecido jurídicamente? Desafortunadamente, la respuesta es: ninguna.

Desde la perspectiva institucional, la reintegración puede interpretarse como parte del servicio pospenitenciario que tiene el Inpec en la Directiva 6 del 7 de marzo de 2011, la cual busca “ofrecer una orientación al Pospenado o liberado, que haya participado y cumplido con los objetivos de Tratamiento Penitenciario establecido por el Consejo de Evaluación y Tratamiento del Establecimiento de Reclusión, y requiera apoyo para culminar con el objetivo de *reintegrarse en su entorno social*” [cursivas fuera de texto], y aunque hace parte del objetivo, en el sistema penitenciario y carcelario colombiano el término reintegración no resulta explícito, se utiliza readaptación, rehabilitación, reinserción o resocialización<sup>11</sup>; por lo que desde la apropiación del

---

10 Es importante aclarar que la misma Agencia para la Reincorporación y la Normalización (s. f.) entiende que: “La atención personalizada no significa una atención individualizada. Es decir, no se trata de una modalidad de atención en la que el reintegrador realiza encuentros con una sola persona, sino de una atención, ya sea que se realice de manera grupal o individual, en la que se tienen en cuenta las particularidades de cada uno de los individuos”.

11 El glosario de términos estandarizados del Sistema Penitenciario y Carcelario, el Inpec (2013), los define de la siguiente manera:  
“*Readaptación*: volver a adaptarse a las condiciones sociales establecidas.

término, la posibilidad de reintegrar a una PPL se observa como algo ideal que se persigue al final del cumplimiento del tratamiento, materializado para los internos condenados y próximos a recuperar su libertad, en lo que se denomina “Programa de preparación para la libertad”.

En ese nuevo entorno, el liberado se enfrenta a una serie de dificultades adicionales a las ya mencionadas, relativas a la gestión de los recursos con instituciones públicas o privadas que eran sus conexiones, pero que ahora lo señalan y discriminan. “Etiquetar a una persona porque comete un delito hace que en todos lados haya esa prevención, que no se genere esa idea de que esa persona tiene una oportunidad de poder cambiar” (entrevista a funcionario de Teatro Interno, 2017).

#### 4.1. Instituciones públicas o privadas

Como mencionan Abaunza Forero, Paredes Álvarez, Bustos Benítez y Mendoza Molina (2016), en el contexto carcelario se encuentran diversas instituciones públicas o privadas que con variedad de programas que conforman una red de apoyo cumplen diferentes propósitos. De acuerdo con

---

Exige justicia social para que la adaptación sea positiva. La técnica obedece a desarrollar conciencia cívica y social, mientras que el mayor obstáculo corresponde a las disfunciones sociales y a la crisis de valores de cada persona. *Rehabilitación*: técnica de tratamiento orientada a la recuperación de habilidades mediante el entrenamiento aptitudinal. Volver a ser hábil a aquel que dejó de serlo para la sociedad.

*Reinserción*: volver a una persona a una condición social de vida.

*Resocialización*: técnica de tratamiento clínico que pretende cambiar la conducta del interno. Volver a socializarse, lo que significa aprender las expectativas sociales e interiorizar normas de conducta. Resocializarse es volver a valer como ser social conforme quiere la sociedad, esto implica reconocimiento. La técnica que se maneja es el cambio de actitud y de valores. Se confunde con el cambio de delincuente en un buen interno”.

información del Inpec, las instituciones que intervienen en brindarles servicios al pospenado en la actualidad actúan más como apoyo que como centros de referenciación. Tal es el caso de Casa Libertad que, como se ha mencionado anteriormente, es la primera casa para pospenados, donde concurren cuatro instituciones: el Ministerio de Justicia y del Derecho<sup>12</sup> y el Inpec, como instituciones públicas; la Fundación Teatro Interno y Colsubsidio, como instituciones privadas; y quienes cooperan con acciones, esfuerzos, capacidades, recursos y conocimientos dentro del convenio n.º 0543 suscrito el 21 de julio de 2015.

Ha sido muy satisfactorio trabajar en equipo, todas las entidades que estamos acá, por eso cuando hablamos sobre Casa Libertad yo no hablo solamente de lo que yo hago en Colsubsidio, yo tengo que hablar del apoyo que he recibido del INPEC [...] con la Fundación también se han hecho alianzas y cosas muy importantes; el Ministerio pues es nuestro papá, estamos bajo esa sombrillita, entonces digamos que lograr ese equipo de trabajo tan compacto [...] ha sido más fácil que si cada uno estuviera trabajando por su lado (entrevista realizada a un funcionario de Colsubsidio, 2017).

Junto con las organizaciones que participan dentro de Casa Libertad, el Inpec (2017) identifica la existencia de instituciones privadas que actúan como redes de apoyo al pospenado

---

12 El Ministerio de Justicia y del Derecho en el Plan Decenal del Sistema de Justicia 2017-2027 reconoce que “Los programas de resocialización no se concentran en la inclusión laboral y social de los pospenados, pues el tipo de actividades que actualmente se desarrollan dentro de las cárceles con poca frecuencia contribuye a garantizar una actividad económica permanente que les permita vivir una vida libre de delitos” (2017, pp. 281-282), ante ello, el Ministerio por medio del INPEC promueve el programa Casa Libertad, su accionar se limita en dar a conocer iniciativas que articulen al sector privado con el Estado, para desarrollar “programas sociales y proyectos productivos que refuercen la reincorporación de la PPL a la sociedad civil”.

a través de sus servicios, tales como: Corporación Mundial de la Mujer, Bancamía, Universidad Libre, Fundación Actitud Productiva para el Desarrollo TAC-TIVA, Fundación AZHAR IPS, Fundación País Feliz, Fundación Social Paz Futuro, Kuepa, Fundación Fresia, Fundación Familia AYARA, Fundación Probono, Fundación el Faro, Fundación Carlos Slim, Bancompartir y Cámara de Comercio de Bogotá. A nivel local, el Inpec reconoce a la Dirección de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía de Bogotá como parte de la red de apoyo. Así mismo, además del Ministerio de Justicia y del Derecho, intervienen instituciones públicas del orden nacional como el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación con la iniciativa de Puntos Vive Digital, y el Departamento Nacional de Planeación.

Así mismo, el Ministerio de Justicia y del Derecho reconoce la incongruencia entre las políticas públicas de re-socialización y reinserción, con el quehacer institucional que pretende lograr dicho objetivo.

Actualmente no existe una línea estratégica clara para la atención de la población pospenada. Si bien se cuenta con iniciativas, como la suscripción de convenios con fundaciones y la orientación a los preliberados, estas carecen de divulgación, accesibilidad y no están vinculadas a una política nacional alineada con la política criminal del Estado (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2016).

Adicionalmente a lo reconocido por el Inpec, hay una serie de instituciones, especialmente del Tercer Sector<sup>13</sup>,

---

13 Como menciona MENDOZA MOLINA (2010), los Estados suponen tres espacios claramente definidos, que responden a las necesidades sociales conforme a su naturaleza, uno de ellos es el que cumple un rol socializador, el cual permite materializar la solidaridad, las redes informales y la participación,

que, aunque desarticuladas de una estrategia nacional, funcionan como red de apoyo para la atención de las personas preliberadas y pospenadas. Entre estas instituciones se encuentran: Fundación Bordado a Mano, International ESD Foundation, Fuerza Joven Medellín (Programa de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía de Medellín), Corporación Sueños de Libertad, Fundación Caminos de Libertad, Fundación Lanios, Pastoral Penitenciaria y Carcelaria, y Fundación Jalabe.

#### *4.1.1. Reinserción social por parte de algunos entes territoriales*

Como quiera que las personas liberadas tienen necesariamente que vincularse con ciudades o regiones, son estas las que van a recibir impacto de la reincidencia como producto del indebido o defectuoso tratamiento penitenciario, situación que afecta no solamente su gobernabilidad sino también la convivencia ciudadana; de ahí que dichos entes tendrían que estar articulados con los reclusorios que existan en su jurisdicción al verse avocados a continuar o afianzar el tratamiento pospenitenciario. En este orden de ideas traemos a colación dos propuestas que se han presentado para dicho fin.

En Bogotá se planteó el Proyecto de Acuerdo n.º 061 de 2016 por medio del cual se Promueve la Atención y Resocialización del Pospenido en Bogotá D. C., buscando continuar

---

distinguiéndose las Organizaciones No Gubernamentales (ONG); pero también las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL), las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC) y las organizaciones de economía solidaria. Por lo tanto, el Tercer Sector identifica a esas organizaciones que tienen su razón de ser en el medio comunitario y que son motivadas en producir beneficios a la comunidad (GROSSO RINCÓN, 2013).

con el proceso resocializador de quienes han purgado una pena (Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C., 2016), sin embargo, hasta el momento dicho proyecto no se ha consolidado como Acuerdo. En Medellín se viene implementando un programa de intervención social en los ERON de la ciudad, buscando garantizar una adecuada resocialización de los pospenados.

## 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Cuando la atención tanto del pospenado como de las instituciones se centra en suplir necesidades económicas, se limita la visión y el abordaje de otras dimensiones que están relacionadas con el riesgo de reincidencia. Para alcanzar la reinserción y disminuir la reincidencia es fundamental un verdadero tratamiento pospenitenciario y no una simple asistencia social. En este sentido, las posibilidades para la reintegración dependen de la articulación entre actores, lo cual debe suceder desde la concepción misma de la política pública, incluido el aparato judicial que no solamente debe ser responsable de la pena, sino de la pospena. Al respecto, es importante reiterar que en la normativa colombiana, en materia de pospena, solo se contemplan cuatro aspectos puntuales referentes a integración, casas del pospenado, gastos de transporte y manejo de antecedentes. Por otro lado, el tratamiento penitenciario que se ofrece durante el tiempo de internamiento, tal como está concebido actualmente, pareciera apuntar más a la redención de pena que a la resocialización, lo que sin duda repercute en el proceso de integración una vez recuperada la libertad.

La preparación para la libertad debe ser el objetivo primordial en el proceso resocializador y no únicamente la fase final del mismo. En este proceso es fundamental la alianza con organismos públicos y privados, cuyos servi-

cios estén encaminados a facilitar la integración de las PPL a la vida en libertad. Las experiencias que al respecto se han venido implementando han resultado satisfactorias, y tanto el Inpec como las PPL reconocen su importancia en los procesos, tanto de resocialización como de preliberación e integración.

El Estado colombiano cuenta con un desarrollo importante en materia de reintegración de personas y grupos al margen de la ley, por lo que se recomienda considerar estas experiencias que cuentan con un marco legal e institucional especializado; para generar una política de atención adaptada a las particularidades y dinámicas de la población pospenada, el Consejo Nacional de Política Criminal debe jugar un rol fundamental en este proceso.

Todo lo anterior solo resultaría posible a través del reconocimiento y concepción de la persona que recupera su libertad luego de haber cumplido su sentencia, el cual se integra como sujeto de deberes y derechos, ante una sociedad a la que se le demanda urgentemente visibilizarlo, bajo un acercamiento objetivo sobre sus necesidades, condiciones y ante todo sus características que lo definen como un tipo particular de sujeto.

## 6. REFERENCIAS

ABAUNZA FORERO, C. I., PAREDES ÁLVAREZ, G., BUSTOS BENÍTEZ, P., & MENDOZA MOLINA, M. (2016). *Familia y privación de la libertad en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

ACEVEDO, Ó. (2016). *Tejidos de justicia. Restauración de tejidos de inclusión frente a los efectos de la prisión en personas en estado de prelibertad*. xxx Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. San José, Costa Rica: Asociación Latinoamericana de Sociología.

AGENCIA PARA LA REINCORPORACIÓN Y NORMALIZACIÓN (2017). *Agencia para la Reincorporación y Normalización*. Recuperado de [http://www.reintegracion.gov.co/es/la-reintegracion/PublishingImages/Paginas/Forms/EditForm/dimensiones\\_es\\_2017.jpg](http://www.reintegracion.gov.co/es/la-reintegracion/PublishingImages/Paginas/Forms/EditForm/dimensiones_es_2017.jpg)

ARN (s. f.). Agencia Colombiana para la Reintegración. Recuperado el 6 de julio de 2017 del sitio web de la Agencia Colombiana para la Reintegración <http://www.reintegracion.gov.co>

CARNEVALI, R., & MALDONADO, F. (2013). El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad. *Revista Ius et Praxisk, Universidad de Talca*, 385-418.

CONGRESO DE COLOMBIA (1993, 20 de agosto). Ley 65 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. DO n.º 40.999.

CONGRESO DE COLOMBIA (2004, 31 de agosto). Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. DO n.º 45.657.

CONGRESO DE COLOMBIA (2014, 20 de enero). 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. DO n.º 49.039.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [CONST]. 7 de julio de 1991 (Colombia).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2001). Sentencia C-646 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: 20 de junio de 2001).

CRESPI, M. (2014). Transición cárcel-libertad: evaluación de los factores y estresores psicosociales percibidos. *Boletín criminológico*, 1-6.

- CRESPI, M., & MIKULIC, I. (2009). Reinserción social de liberados condicionales: análisis de la dimensión relacional desde el enfoque de redes de apoyo social. *Anuario de investigaciones*. Recuperado de [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1851-16862009000100019](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-16862009000100019)
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (2015). Conpes 3828. Bogotá: Autor.
- FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ (2014). *Retorno a la legalidad o reincidencia de excombatientes en Colombia: Dimensión del fenómeno y factores de riesgo*. Bogotá: Zetta Comunicadores.
- GROSSO-RINCÓN, C. (2013). La economía social desde tres perspectivas: tercer sector, organizaciones no gubernamentales y entidades sin ánimo de lucro. *Revista Tendencias y Retos*, 18(1), 143-158.
- INPEC (2016, 2 de enero). Resolución n.º 000012. Bogotá: Autor.
- INPEC (2017). *Informe Estadístico Mayo 2017*. Bogotá D.C.: Oficina Asesora de Planeación –Grupo Estadística–.
- JESCHECK, H. H. (1981). *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (vol. I). Barcelona: Bosch.
- MENDOZA-MOLINA, M. (2010). Aspectos conceptuales y contextualización del voluntariado como acción social. En *Impacto del voluntariado en Colombia, recorrido histórico y medición de su incidencia en el producto Interno Bruto del país* (pp. 15-33). Bogotá.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2016, marzo). *Seguimiento y evaluación a proyectos especiales del Ministerio de Justicia y del Derecho*. Recuperado de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Ministerio/seguimineto/convivencia.html>

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2017). Plan decenal del sistema de justicia 2017-2027. Bogotá: Autor.

NAEVE L., K. (2012, 20 de marzo). *Derecho, Deber o Privilegio? Una evaluación del impacto de los programas de Reintegración del Gobierno para los niños desvinculados en Colombia* (tesis de maestría en Políticas Publicas). Harvard Kennedy School, John F. Kennedy School of Government.

REMOLINA ANGARITA, N. (1994). El hábeas data en Colombia. *Revista de derecho privado*, 40. Recuperado de [https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/El-habeas-data-en-Colombia-1994-R15\\_A4.pdf](https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/El-habeas-data-en-Colombia-1994-R15_A4.pdf)

SOTELO-CUELLO, E., & CARRIÓN-SERRANO, E. (2014). *Programa de preparación para la libertad y servicio post-penitenciario*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.



## CAPÍTULO 12

### LA REALIDAD DEL ADULTO MAYOR EN LA POSPENA

SANDRA MILENA CALDERÓN LOZANO<sup>1</sup>  
EDWIN CONDE BULA<sup>2</sup>

*El árbol en otrora frondoso trató de acariciar el cielo;  
hoy ya en la hoguera sueña que su humo sí lo logre.*

EDWIN CONDE BULA

#### RESUMEN

Por medio de una encuesta se genera un acercamiento a las Personas Privadas de la Libertad que pertenecen a la

- 
- 1 Sandra Milena Calderón Lozano, funcionaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, con 18 años de experiencia en las áreas de Seguridad, Jurídica y Tratamiento Penitenciario. Abogada y especialista en Derecho Penal de la Universidad Cooperativa de Colombia (Bucaramanga), magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de la Sabana (Chía, Cundinamarca). Actualmente se desempeña como coordinadora del convenio de atención pospenitenciaria Casa Libertad.
  - 2 Edwin Conde Bula, funcionario del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, con 17 años de experiencia en las áreas de Seguridad, Psicosocial y Tratamiento Penitenciario. Psicólogo de profesión, egresado de la Universidad Católica de Colombia, estudiante de maestría en Psicología Jurídica en la Universidad Santo Tomás sede Bogotá. Actualmente se desempeña como responsable del área psicosocial de Casa Libertad.

tercera edad en el establecimiento de reclusión del orden nacional Comeb. De esta se establecen una serie de necesidades que presentan las personas privadas de la libertad, en adelante PPL y por otra parte los alcances de las políticas públicas diseñadas para los adultos mayores y la dificultad de aquellos que ostentan la condición de pospenados para hacer exigibles los beneficios contemplados en los proyectos de gobierno del Distrito Capital.

En esta investigación se evidencia la condición de pospenado y el grado de vulneración que el individuo enfrenta. Una vez purgada la condena se presentan efectos colaterales como: la sanción social, el estigma y el autoestigma al que debe enfrentarse el individuo que nuevamente hace parte de la sociedad. El Estado establece políticas públicas destinadas al cuidado de esta población, pero dichas iniciativas son de difícil acceso para los adultos mayores en condición de pospenados, ya que ellos no cuentan con el apoyo, direccionamiento y capacidad física para exigir sus derechos y acceder a los beneficios contemplados en la legislación nacional y territorial.

*Palabras clave:* pospenado, adulto mayor, efectos de prisionalización, servicios sociales.

#### THE REALITY OF ELDERLY PEOPLE IN THE POST-PENA

##### ABSTRACT

By means of a survey, an approach is generated to the people deprived of liberty who belong to the third age in the establishment of national order Comeb. Series of needs presented by people deprived of freedom (PPL) are established by the survey, also, the scope of public policies designed for older adults and the difficulty of those who

hold the status of ex-convict to require benefits outlined in the government projects of the capital district.

In this research, the ex-convict condition and the level of vulnerability that the individual faces are evidenced. Once the sentence has been fulfilled, collateral effects are presented such as: the social sanction, the stigma and the self-stigma that a person who is part of society again, must face. The government establishes public policies aimed at caring this population, but such initiatives are hardly accessible for older adults in ex-conviction status, because they don't have the support, guide and physical capacity to demand their rights to access to the benefits contemplated in national and territorial legislation.

*Keywords:* Ex-Convict, Older Adult, Effects of Prisonalization, Social Services.

## 1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación se realiza en la ciudad de Bogotá, con una muestra de cincuenta participantes, entre los cuales encontramos adultos mayores masculinos, con edades que oscilan entre los 55 y los 75 años de edad, en condición de privación de la libertad en el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá (en adelante Comeb) y pospenados. Es de anotar que se toma la edad mínima de 55 años debido al deterioro causado por su estancia en institución Penitenciaria. Por otra parte, se utilizará el instrumento delta, que mide el nivel de dependencia que pueda llegar a tener el adulto mayor.

La interpretación de la información nos permitirá conocer el nivel de deterioro y así mismo las necesidades evidentes que presente el adulto mayor; por otra parte se evaluarán los efectos de prisionalización de los privados

de la libertad. Esta información será el insumo para generar estrategias que permitan una vinculación efectiva a los servicios sociales que buscan garantizar y proteger los derechos fundamentales de los adultos mayores que ostentan la condición de pospenados, por intermedio de los programas de la Secretaría de Integración de la Alcaldía de Bogotá.

## 2. JUSTIFICACIÓN

La condición de pospenado *per se* vulnera al individuo que la ostenta. Una vez purgada una condena se evidencia como efecto colateral la sanción social, el estigma y autoestigma al que debe enfrentarse el individuo que nuevamente hace parte de la sociedad, generando que la criminalización terciaria, “es decir, de la criminalización que puede producirse, en su caso por las condiciones de la ejecución de la medida de internamiento en sus diferentes regímenes” (Rivera *et al.*, 2010, p. 133), produzca efectos más allá de la finalidad de la pena, al punto de afectar su estadia en libertad. Por consiguiente, las consecuencias legales que trae consigo la imposición de una condena hacen más gravosa esta situación.

Son aún más evidentes los anteriores postulados en los adultos mayores, debido al ciclo vital que enfrentan, el cual genera un deterioro propio de su edad y condición, evidenciando la necesidad de atención, cuidado y protección por parte de la sociedad y del Estado.

Si bien es cierto que el Estado establece políticas públicas destinadas al cuidado de esta población, dichas iniciativas son de difícil acceso para los adultos mayores en condición de pospenados, ya que ellos no cuentan con apoyo, direccionamiento y capacidad física para exigir sus derechos

y acceder a los beneficios contemplados en la legislación nacional y territorial.

### 3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cómo incide la condición de pospena en un grupo de ciudadanos adultos mayores para el acceso a las políticas públicas diseñadas para esta población?

### 4. OBJETIVOS

#### 4.1. Objetivo general

Determinar cómo incide la condición de pospena en un grupo de ciudadanos adultos mayores para el acceso a las políticas públicas diseñadas para esta población.

#### 4.2. Objetivos específicos

- Diagnosticar la realidad psicosocial y jurídica de los adultos mayores en prisión previo a su estadío en libertad.
- Identificar los programas de atención integral para los adultos mayores establecidos por el gobierno distrital de Bogotá.
- Integrar los programas de gobierno distrital para los adultos mayores a las necesidades de la población pospenada.

### 5. METODOLOGÍA

Utilizando el método cuantitativo, buscaremos generar una correlación de variables, las cuales permitirán delimitar la información, mostrar la pertinencia y aportar para el desarrollo del diseño no experimental, entendido como el

“Estudio que se realiza sin la manipulación deliberada de variables y en los que solo se observa los fenómenos en su ambiente natural, para después analizarlos”. (Sampieri, Fernández & Baptista, 2010, p. 149).

Por otra parte, la recolección de la información se hará en un solo momento, ya que el acceso a la población objeto de estudio es limitado. Por consiguiente, nos referimos a una investigación que cumple con las características transversales definidas como: “Los diseños de investigación transaccional, recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su coincidencia e interrelación en un momento dado” (Sampieri, Fernández & Baptista, 2010, p. 151).

Ahora bien, las variables objeto de estudio entran a hacer correlacionales con el fin de determinar cómo interactúan y de qué forma pueden llegar a afectar de forma negativa o positiva. Este diseño se conoce como diseño correlacional: pueden limitarse a establecer relaciones entre variables sin precisar sentido de causalidad o pretender analizar relaciones causales. Cuando se limita a relaciones no causales, se fundamenta en planteamientos e hipótesis correlacionales; del mismo modo, cuando se busca evaluar vinculaciones causales, se basa en planteamientos e hipótesis causales (Sampieri, Fernández & Baptista, 2010, p. 154).

## 5.1. Método

La investigación se realizó con la aplicación de una entrevista propuesta-test delta, documento implementado por el Ministerio de la Protección Social en el año 2008, que contiene elementos prácticos que guían a las personas interesadas en este segmento poblacional y a las entidades territoriales que deben ejercer sus funciones de inspección,

vigilancia y control de los centros de promoción social, para evidenciar el deterioro físico y cognoscitivo, y de las redes de apoyo con la que cuentan los penados y pospenados adultos mayores.

También se realizaron entrevistas con los adultos mayores vinculados a casa libertad y penados, con el fin de recaudar información respecto al acceso a los servicios establecidos por los entes territoriales, a fin de comprender el conocimiento que tienen sobre los mismos, dificultades y facilidades de su participación.

De igual manera, se revisó la normatividad existente en materia de protección de derecho para los adultos mayores, los servicios sociales ofrecidos por la Alcaldía Mayor de Bogotá en el programa de atención integral para personas mayores.

Se revisaron las sentencias de tutela de la Corte Constitucional, en las que se analiza la vulneración de derechos de los adultos mayores por parte de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Se estudiaron también los estados de desarrollo de la conducta humana propuestos por autores de las áreas de psicología, sociología y antropología, con el fin de tener claridad sobre el concepto de adulto mayor, su desarrollo y desgaste producto de sus años de vida. De igual forma es importante generar claridad en la percepción simbólica de la etapa de adulto mayor. Es de anotar que la prisión genera desgaste en todos los seres que en ella habitan y por esta razón se hace importante establecer el nivel de deterioro producto de su tiempo en reclusión, toda vez que estas personas interactúan con la cruda realidad penitenciaria.

De igual forma se estudiaron investigaciones, artículos y ponencias recientes que trajeron a colación información pertinente. Por otra parte, se utilizó y analizó la información

existente en el aplicativo Sisipec Web para comprender la situación jurídica de los adultos mayores privados de la libertad en el complejo metropolitano de Bogotá.

## 6. MARCO TEÓRICO

El concepto de adulto mayor está definido desde múltiples criterios. Desde la parte normativa, en Colombia el concepto de adulto mayor está definido en el Artículo 7 de la Ley 1276 de 2009: “Aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango siendo menor de 60 años y mayor de 55 cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen. El criterio psicológico del ciclo vital evidencia que el ser humano envejece y se reducen sus capacidades físicas, fisiológicas, psicológicas y sociales. La Organización Mundial de la Salud define la vejez desde el punto de vista biológico: “El envejecimiento es la consecuencia de la acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares a lo largo del tiempo, lo que lleva a un descenso gradual de las capacidades físicas y mentales, un aumento del riesgo de enfermedad, y finalmente a la muerte” (OMS, 2017).

Baylis y Corman, en su trabajo experimental titulado *The aging kidney*, postulan el siguiente cuadro (12.1), en el que citan algunos cambios fisiológicos y funcionales propios del envejecimiento.

CUADRO 12.1. CAMBIOS FISIOLÓGICOS Y FUNCIONALES  
DEL ENVEJECIMIENTO

	<i>Cambios morfológicos</i>	<i>Cambios funcionales</i>
Cardiovascular	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Aumento de matriz colágena en túnica media.</li> <li>-Pérdida de fibras de elastina.</li> <li>-Hipertrofia cardíaca: engrosamiento septum.</li> <li>-Disminución cardiomiocitos y aumento matriz extracelular.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Rigidez vascular y cardíaca.</li> <li>-Mayor disfunción endotelial.</li> <li>-Volumen expulsivo conservado.</li> <li>-Mayor riesgo de arritmias.</li> </ul>
Renal	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Adelgazamiento corteza renal.</li> <li>-Esclerosis arterias glomerulares.</li> <li>-Engrosamiento membrana basal glomerular.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Menor capacidad para concentrar orina.</li> <li>-Menores niveles renina y aldosterona.</li> <li>-Menor hidrolización vitamina D.</li> </ul>
Nervioso central	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Menor masa cerebral.</li> <li>-Aumento líquido cefalorraquídeo.</li> <li>-Mínima pérdida neuronal focalizada.</li> <li>-Cambios no generalizados de la absorción neuronal.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Menor focalización actividad neuronal.</li> <li>-Menor velocidad de procesamiento.</li> <li>-Disminución memoria de trabajo.</li> <li>-Menor destreza motora.</li> </ul>
Muscular	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Pérdida de masa muscular.</li> <li>-Infiltración grasa.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Disminución fuerza.</li> <li>-Caídas.</li> <li>-Fragilidad.</li> </ul>
Metabolismo glucosa	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Aumento de grasa visceral.</li> <li>-infiltración grasa de tejido.</li> <li>-Menor masa de células beta.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Mayor producción adipocinas y factores inflamatorios.</li> <li>-Mayor resistencia insulínica y diabetes.</li> </ul>

Fuente: Baylis & Corman (1998).

La percepción de la muerte y la evaluación de la vida juegan un papel muy importante en los seres humanos, y más aún en este estadio, ya que estos dos conceptos generan ruido e intriga; la etapa final del desarrollo, la vejez, se caracteriza por el conflicto entre la noción de integridad o la despersonalización (Erikson, 1973). La ecuanimidad del individuo requiere de la aceptación de la responsabilidad

por lo hecho en su existencia y la evidencia de que ya nada puede cambiarse. La desesperación nace de la frustración y de la culpa porque los logros no fueron los esperados y de la aceptación de que es muy tarde para comenzar de nuevo (Flórez, Vélez & Rojas, 2014).

Por otra parte, las relaciones interpersonales juegan un papel preponderante para la conservación y estabilidad personal, ya que las redes de apoyo que se entrelazan a lo largo de la vida sirven como herramientas de mantenimiento reduciendo el malestar emocional; a medida que pasan los años los vínculos se hacen más fuertes, haciendo que las pérdidas por separación o por muerte se hagan más dolorosas (Erikson, 1973). Es de anotar que la vejez como estadio ha sido arduamente investigada y por consiguiente encontramos múltiples aportes y posturas desde Platón hasta investigadores contemporáneos, pero el objetivo de esta investigación es acercarse a la realidad pospenitenciaria del adulto mayor, el cual tiene características *sui generis* en comparación con sus pares que no tienen la condición de pospena. El hecho de haber pasado por una prisión genera en estas personas características puntuales producto de la sobreestimulación penal y los efectos de prisionalización, entendidos como:

La asimilación por los internos de hábitos, usos, costumbres, y cultura de la prisión, así como una disminución general del repertorio de conducta de los mismos, por efecto de su estancia prolongada en el centro penitenciario. Estos efectos tendrían lugar tanto durante el período del encarcelamiento de los sujetos como en su posterior vida en libertad (Clemmer, 1940, citado por Pérez & Redondo, 1991).

Ahora bien, según lo indica Wheeler (2007, referido por Echeverri-Vera, 2010), esos efectos son: a) Ansiedad presentada con respuestas fisiológicas y comportamentales relacionadas con el desconocimiento del funcionamiento de

los establecimientos penitenciarios, b) Despersonalización conocida como pérdida de la individualidad e identidad, debido a que se hace parte de un colectivo, c) Pérdida de la intimidad relacionada con la convivencia impuesta y pocos espacios de soledad para realizar algunas actividades, d) Autoestima orientada al alcance de logros, la cual puede disminuir o aumentar, e) Falta de control sobre la propia vida, debido a que se deben seguir una serie de normas y lineamientos adaptándose de manera adecuada al contexto, f) Ausencia de expectativas, puesto que todas las acciones realizadas de los individuos se enfocan en recuperar su libertad, g) Ausencia de sexualidad, debido a la disminución de posibles encuentros sexuales con su pareja y en los momentos que se presente el deseo sexual por parte de la persona privada de la libertad.

Estas experiencias, sumadas al deterioro normal de una persona, causan problemáticas que se evidencian en su interacción social en libertad, donde la problemática se aumenta. Farah (2014) realizó un estudio en el que determinó que el estigma y el autoestigma son factores personales que afectan el desarrollo social, laboral y familiar, lo cual redundando en el deterioro de su autoimagen y su proyección al logro. Las personas de la tercera edad no cuentan con posibilidades de conseguir un empleo formal debido a su avanzada edad, dificultando esto su subsistencia y aumentando su sensación de inutilidad.

## 7. MARCO NORMATIVO

La protección de los derechos humanos de las personas mayores encuentra sustento en el marco internacional de la Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en los principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, en la

Declaración Política y plan de acción internacional de Madrid, en la declaración de Brasilia y en la Carta de San José sobre los Derechos de las personas mayores, en la que prevalecen los principios de igualdad y no discriminación por razón de la edad, independencia y autonomía, participación e integración comunitaria, protección a la vida y dignidad en la vejez, además del derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda, a seguridad, a servicio de cuidado a largo plazo, a seguridad social, a igualdad ante la ley y acceso a la justicia.

Esta normatividad fundamenta el Artículo 46 de la Constitución Nacional, que establece: “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria”.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.

En desarrollo de este Artículo, se crearon distintas leyes que buscan garantizar y proteger los derechos de los adultos mayores, como la Ley 931 de 2004, que establece el derecho al trabajo en condiciones de igualdad en razón a la edad; la Ley 1091 de 2006, que establece beneficios para las personas adultas mayores; la Ley 1251 de 2008, para la promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores; la Ley 1276 de 2009, que establece criterios de atención integral al adulto mayor en los centros de vida, y la más reciente, la Ley 1850 de 2017, que establece medidas de protección al adulto mayor en Colombia y penaliza el maltrato intrafamiliar y el abandono.

Está normatividad soporta a las entidades territoriales para que se encarguen de generar políticas públicas que garanticen estos principios y derechos a los adultos mayores.

En cuanto al sistema penitenciario y carcelario, encontramos que la Ley 1709 de 2014, que reformó, modificó y adicionó algunos Artículos del Código Penitenciario y

Carcelario, introduce el principio de enfoque diferencial reconociendo características particulares en la población en razón a su edad. Y el Inpec estableció el programa creado por la Universidad del Rosario, para ofrecer un tratamiento diferencial al Adulto Mayor enfocado a programas de Prevención y Promoción.

Por otra parte, los adultos mayores en ocasiones deben agotar las vías del derecho y solicitar de forma legal sus derechos fundamentales.

### **7.1. Condena penal y sus consecuencias**

En nuestra normatividad penal las penas son principales, como la privación de la libertad y el pago de multas, o privativas de otros derechos, también las hay sustitutivas como la prisión domiciliaria y el arresto, y accesorias privativas de otros derechos como lo son la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la pérdida de empleo o cargo público, la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría, la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, la privación del derecho a la tenencia y porte de arma, la privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares.

La pena puede ser principal o accesoria según lo determine el juez. Estas penas están taxativamente señaladas en nuestro Código Penal, que establece la sanción principal y la accesoria en cada tipo penal. Pero la pena de prisión conlleva la pena accesoria de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por lo general por el término de la pena de prisión.

De igual manera, recae sobre la persona mayor de edad una inhabilidad legal para el ejercicio de Funciones Públicas.

Sin embargo, la pena accesoria que consiste en la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (Código Penal: “priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales”, Artículo 44) es la que genera dificultad para que la persona mayor de edad pueda beneficiarse de estos programas o servicios, agravando su situación de vulnerabilidad e imponiendo una carga extra a la condición de ser persona mayor de edad y en condición de pospenado.

Esta inhabilitación se ha interpretado de manera errónea generando la vulneración de otros derechos, lo que se produce a raíz de la modalidad de registro de esta sanción en la Registraduría General de la Nación, donde automáticamente se registra una *baja* de la cédula de ciudadanía. Y aunque la registraduría aclara que el estado de la cédula es de baja por suspensión o por pérdida de derechos políticos, este registro afecta el goce efectivo de otros derechos que, en el caso adulto mayor pueden afectar su derecho al mínimo vital, arriesgando el bien jurídico considerado como el más preciado: “la vida”.

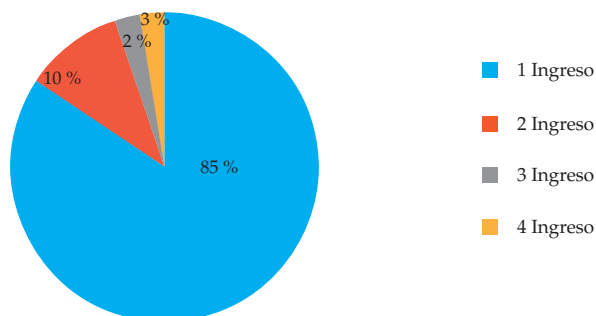
## 8. CARACTERIZACIÓN DE LA PPL

### 8.1. Resultados

Luego de aplicar el test delta, como estaba programado, se observó que el mismo era incomprensible para las PPL adultos mayores. Es por esta razón que se vio la necesidad de aplicar una encuesta más sencilla que permitiera recolectar información. La aplicación de la prueba se realizó a un total de 90 PPL que cumplen con las características propias de la tercera edad. De esta aplicación se pudo establecer que:

El 85% de la población encuestada respondió que es la primera vez que se encuentra en prisión, lo cual puede redundar en problemas de adaptación al sistema penitenciario y sub carcelario; el 10% respondió que están por segunda vez privados de la libertad; el 2% contestó que han estado tres veces, y el 3% que han estado cuatro veces. Esta información indica que los PPL adultos mayores en el establecimiento penitenciario de Bogotá “la picota” tienen un nivel de reincidencia bajo; por otra parte esta población no cuenta con condiciones favorables para su estadía en prisión.

GRÁFICO 12.1. ENCUESTA TERCERA EDAD.  
INGRESOS A ESTABLECIMIENTO

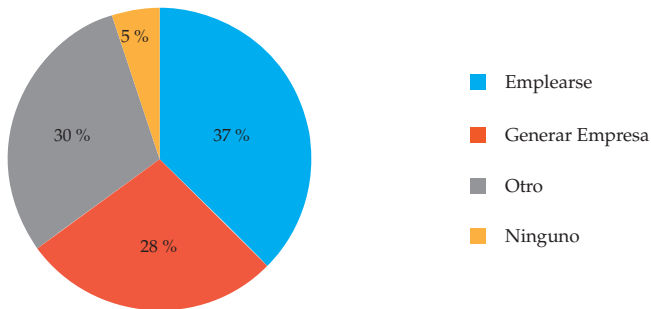


A la pregunta, ¿qué planes tiene cuando salga en libertad?, los encuestados contestaron:

Emplearse, un 37%; generar empresa, un 28%; otros, un 30%, y ninguno, un 5%. Es importante hacer énfasis que las personas entrevistadas en un alto índice desean poder emplearse, pero superan la edad de contratación; en su mayoría, se encuentra enfermos y su nivel académico es muy bajo, características que dificultan esta iniciativa. Se anota que estas personas aún deben estar en promedio 5 años en establecimiento de reclusión y, una vez en libertad,

esta iniciativa va a ser motivo de frustración, redundando en dificultades de adaptación a la libertad. Por otra parte, las personas que desean generar empresa (28%), en su mayoría no cuentan con recursos económicos necesarios para esta iniciativa.

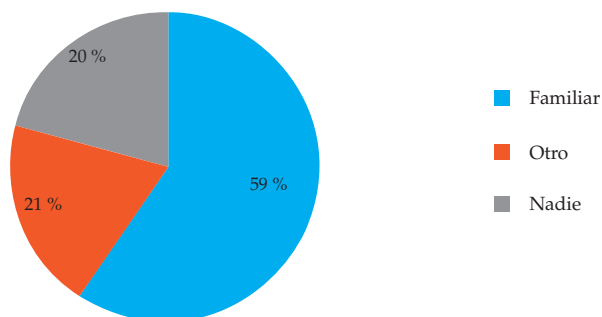
GRÁFICO 12.2. ENCUESTA TERCERA EDAD. ¿QUÉ PLANES TIENE PARA CUANDO SALGA EN LIBERTAD?



A la pregunta, ¿quién lo visita en su estadía en prisión?, los encuestados respondieron así:

El 59 % de los encuestados respondió que recibe visitas por parte de la familia. Este es un aspecto importante, ya que la cercanía con familiares y seres queridos permite que los PPL puedan minimizar los efectos de prisionalización, y permite que los familiares estén al pendiente de la condición de salud y sus problemáticas personales. El 21 % de los PPL reciben visita de amigos y conocidos, lo cual es también importante. Empero, el 20 % de los PPL no reciben visita por parte de nadie, lo cual es desfavorable para su desarrollo personal y social y para su adaptación a los ambientes penitenciarios, aumentando los efectos de la prisionalización como son el aislamiento, la cosificación y los estados depresivos.

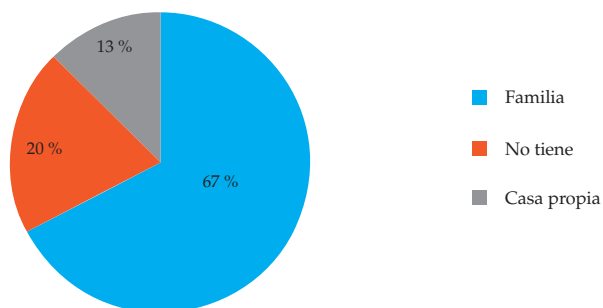
GRÁFICO 12.3. ENCUESTA TERCERA EDAD. ¿QUIÉN LO VISITA EN SU ESTADÍA EN PRISIÓN?



A la pregunta, ¿cuándo salga en libertad, dónde va a vivir?, los encuestados respondieron:

Un 67% tiene un sitio donde vivir en libertad; un 13% de los PPL cuenta con vivienda propia, mientras que un 20% no tienen vivienda ni sitio de hospedaje, lo cual prende una alarma, ya que ese grupo de seres humanos una vez en libertad tendrá un alto índice de ser habitante de calle, aumentando su problemática personal y social.

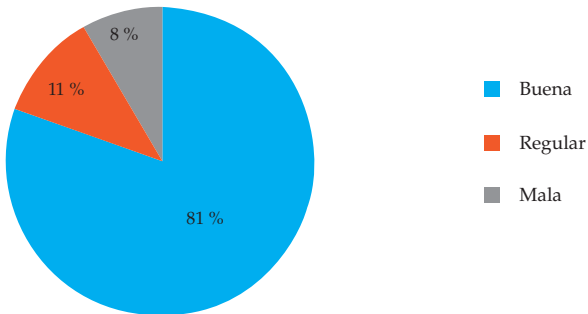
GRÁFICO 12.4. ENCUESTA TERCERA EDAD. ¿CUÁNDO SALGA EN LIBERTAD, DÓNDE VA A VIVIR?



A la pregunta, ¿la relación con su familia ha sido...?, los encuestados respondieron:

El 81% contestó que las relaciones son buenas, mientras que el 8% y 11% respondieron que las relaciones con sus familias eran regulares y malas; estos dos porcentajes suman un total de 19%, cifra muy cercana al 20% de personas que respondió que no tiene sitio donde vivir y cercana al 20% de las personas que respondió que no recibe visita por parte de nadie. Nuevamente se prende una alarma, la cual nos indica que un alto índice de PPL adultos mayores encuestados se encuentra en vulnerabilidad dentro del establecimiento de reclusión y esta vulnerabilidad se multiplicará de forma exponencial cuando estas personas recuperen su libertad.

GRÁFICO 12.5. ENCUESTA TERCERA EDAD. ¿LA RELACIÓN CON SU FAMILIA HA SIDO...?

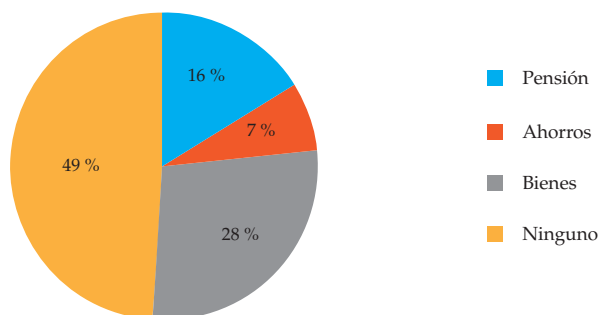


A la pregunta, ¿cuenta con recursos propios?, los encuestados contestaron:

Un 16% cuenta con una pensión, el 7% responde que cuenta con ahorros, el 28% menciona que cuenta con bienes, mientras que el 49% de la población sostiene que son dependientes de la familia y de los amigos, ya que no cuentan

con ningún tipo de recursos, lo cual dificulta los procesos de defensa jurídica, sostenimiento dentro de la prisión, consecución de elementos de aseo y comunicación con el exterior de los muros, aumentando los efectos propios de la prisionalización, el deterioro, que se verá reflejado en su estadio en libertad.

GRÁFICO 12.6. ENCUESTA TERCERA EDAD.  
¿CUENTA CON RECURSOS PROPIOS?



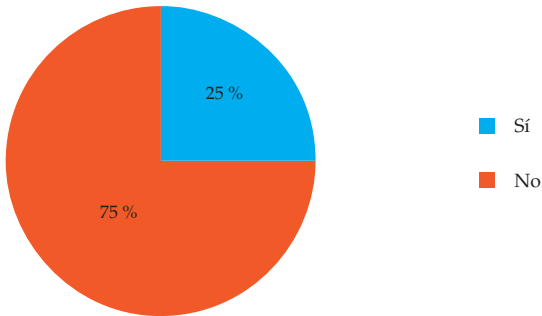
Algunos autores indican que la percepción de la muerte genera ansiedad y temor en la mayoría de los seres humanos, ya que el hecho de concebir cercano el final de los días genera impotencia y la evaluación de la vida saca a relucir la necesidad de solucionar los asuntos inconclusos que en ocasiones no son de fácil solución. Por otra parte, el vivenciar cómo uno a uno los seres cercanos a ellos van falleciendo, aumenta la percepción de soledad, y más aún en lugares como las prisiones.

A la pregunta, ¿le tiene miedo a la muerte?, los encuestados respondieron:

Un 25 % dijo que sí, y un 75 % dijo que no, indicando que: “hago más muerto que vivo, ya que en este momento solo soy una carga para mi familia”. Verbalizaciones como esta

son frecuentes entre los PPL entrevistados. Su percepción denota un deterioro en el autoconcepto, lo cual dificulta su bienestar y su estadía digna en prisión.

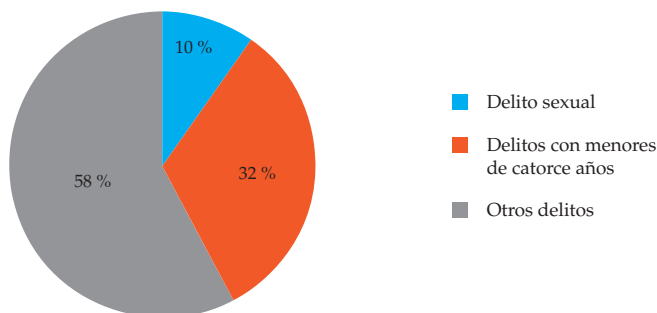
GRÁFICO 12.7. ENCUESTA TERCERA EDAD.  
¿LE TIENE MIEDO A LA MUERTE?



Ante la pregunta por los delitos por los que se encuentran privados de la libertad, los PPL entrevistados respondieron:

Un 58% están privados de la libertad por delitos múltiples, mientras que un 42% indica que lo están por delitos sexuales, de los cuales un 32% aceptan que su conducta delictiva se ejecutó contra menores de 14 años. En la actualidad encontramos un total de 376 PPL mayores de 60 años en el Comeb, de los cuales las personas que están por delitos sexuales relacionados con menores estarán en promedio de privación de la Libertad 13 años, lo cual indica una edad de libertad de 73 años, edad altamente vulnerable y de especial atención.

GRÁFICO 12.8. ENCUESTA TERCERA EDAD.  
DELITOS POR LOS QUE SE ENCUENTRAN INTERNOS



Por otra parte, la normatividad penal colombiana, más exactamente la Ley 906, indica que:

ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.
2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.
3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324,

numeral 8, de la Ley 906 de 2004, para los casos de reparación integral de los perjuicios.

4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.

5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.

6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo, no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro

beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

Cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en niños y niñas menores de catorce (14) años, las respectivas penas se aumentarán en el doble.

Por esta razón, en promedio son trece (13) años físicos los que puede durar privada de la libertad en un establecimiento carcelario una persona adulta mayor. Estas condiciones dificultan la consecución de la libertad de las PPL que están relacionadas con estos delitos, aumentando la problemática de atención de PPL de tercera edad, ya que esta población requiere atención especializada y espacios dignos para su estadía en prisión. Si bien existen programas especializados para atención de esta población, como el programa “*Aún hay tiempo*”, creado por la Universidad del Rosario, se evidencia que no se aplican al interior de los ERON por carencia de espacios, personal y recursos, dificultando el tratamiento penitenciario y posterior a la estancia en prisión.

## 9. PROGRAMAS DE ATENCIÓN PARA EL ADULTO MAYOR

En Bogotá, el Proyecto 742 de la Secretaría de Integración Social establece cuatro programas de servicio social denominado “Atención Integral para Personas Mayores: Disminuyendo la Discriminación y la Segregación Socio Económica”, hoy Proyecto 1099: “Envejecimiento digno, activo y feliz”, en el marco del plan de desarrollo distrital.

### **9.1. Primer servicio: Desarrollo de Capacidades y Oportunidades en Centros de Protección Social – Envejecimiento Activo y Feliz en Centros de Protección**

Es un servicio social dirigido a las personas mayores de 60 años que presentan dependencia moderada o severa, sin redes familiares o sociales de apoyo, en situación de fragilidad y vulnerabilidad social. El servicio realiza acciones integrales interdisciplinarias en el marco de los enfoques de derecho y desarrollo humano, prestándose de manera continua las 24 horas de domingo a domingo.

Requisitos:

- Contar con 60 años o más.
- Ausencia de redes sociales o familiares que garanticen el desarrollo y cuidado de la persona mayor.
- Dependencia moderada o severa de acuerdo con el concepto establecido por el equipo técnico mediante el análisis de las dimensiones social, funcional, mental y física.
- No percibir pensión, ingresos o subsidio económico.
- No poseer ni ser propietario de bien inmueble, salvo que este no ofrezca condiciones básicas de habitabilidad debidamente comprobada.
- Manifestar expresamente su deseo de ingresar en forma voluntaria al servicio.
- Habitar en Bogotá.
- No ser cotizante al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

## **9.2. Segundo servicio: Desarrollo de Capacidades y Potencialidades con Apoyo Económico - Apoyo para la Seguridad Económica**

### *9.2.1. Modalidad: Apoyos Económicos Tipo A, B, B Desplazados y C*

Dirigido a personas mayores en situación de discriminación y segregación socioeconómica, se basa en un enfoque de derechos con perspectiva territorial, de género y diferencial. Está conformado por dos componentes:

- **Gestión social:** busca reconocer, desarrollar y fortalecer capacidades y potencialidades de las personas mayores para el desarrollo humano desde un trabajo grupal, haciendo énfasis en el fortalecimiento de la participación democrática, del cuidado y de las redes sociales y familiares.
- Se orienta a la entrega de un apoyo individual encaminado a mejorar las condiciones materiales de existencia para un envejecimiento y una vejez con independencia y autonomía.

Requisitos:

- Tener como mínimo tres años menos de la edad que rija para adquirir el derecho a la pensión de vejez de los afiliados al Sistema General de Pensiones.
- Tener nacionalidad colombiana.
- Habitar en Bogotá, D. C.
- Residir en la localidad donde se solicita el servicio (aplica únicamente para subsidios tipo c).
- No recibir pensión, ingresos o subsidio económico.
- Persona mayor que vive sola y sus ingresos mensuales no superan el medio salario mínimo legal mensual vigente.

Persona mayor que vive con su familia y al dividir el total de ingresos familiares en el número de integrantes, el resultado no supere medio salario mínimo legal mensual vigente por persona.

- No ser propietario de más de un bien inmueble, salvo que estos sean improductivos.

### 9.2.2. Modalidad: Apoyo Económico Cofinanciado D – Subsidio Económico Directo

Tiene como objeto proteger al adulto mayor –que se encuentra en estado de indigencia o extrema pobreza– contra el riesgo económico de la imposibilidad de generar ingresos y contra el riesgo derivado de la exclusión social (Decreto 3771 del 2007).

Requisitos:

- Ser colombiano.
- Tener como mínimo tres años menos de la edad que rija para adquirir el derecho a la pensión de los afiliados al Sistema General de Pensiones.
- Estar clasificado en los niveles 1 o 2 del Sisbén y carecer de renta o ingresos suficientes para subsistir. Se trata de personas que se encuentran en una de estas condiciones: viven solas y su ingreso mensual no supera medio salario mínimo legal mensual vigente; o vive en la calle y de la caridad pública; o residen en un centro de Bienestar del Adulto Mayor; o asisten como usuario a un centro diurno.
- Haber residido durante los últimos diez (10) años en el territorio nacional

### **9.3. Tercer servicio: Desarrollo de Capacidades y Potencialidades en Centros Día – Envejecimiento Activo y Feliz en Centros Días, con Innovación en Línea de Cuidadores**

Servicio de atención integral durante el día, para las personas mayores con vulneración de su integridad que requieran acompañamiento social para estimular procesos de autonomía. Promueve el ejercicio de los derechos en el marco de la seguridad humana, favoreciendo el envejecimiento activo, trabajando la responsabilidad intergeneracional involucrando a las familias y a la comunidad, disminuyendo la segregación social por edadismo.

Requisitos:

- Persona mayor de 60 años o más que se encuentre en vulneración de una o más de las dimensiones de su integridad personal: integridad física, integridad psicológica, integridad moral e integridad económica. Aplica para mayores de 55 años en caso de alta vulnerabilidad asociada a situaciones de discapacidad, ausencia de redes de apoyo y situaciones de violencia o maltrato.

- Habitar en Bogotá.

- Realizar actividades de la vida diaria de manera autónoma e independiente.

- Persona mayor que no presente patologías psiquiátricas asociadas.

### **9.4. Cuarto servicio: Desarrollo de Capacidades y Potencialidades en Centro Noche - Envejecimiento Activo y Feliz en Centros Noche**

Es un servicio transitorio de atención integral que busca garantizar un alojamiento seguro para personas mayores

de 60 años que no cuenten con un domicilio permanente para pasar la noche, con el fin de garantizar la restitución de sus derechos a través de la satisfacción de necesidades básicas como son: dormitorio, alimentación y actividades de desarrollo humano que promuevan un envejecimiento activo. Este servicio se prestará durante 12 horas de domingo a domingo.

Requisitos:

- Persona que cuenta con 60 años o más.
- Presentar habitabilidad en calle o, por condiciones socioeconómicas, personas que se ven obligados a dormir en calle en espacios no habitacionales o paga diarios.
- Realizar actividades de vida diaria de manera autónoma e independiente.
- Manifestar expresamente su deseo de ingresar en forma voluntaria acatando los acuerdos establecidos en el pacto de convivencia.

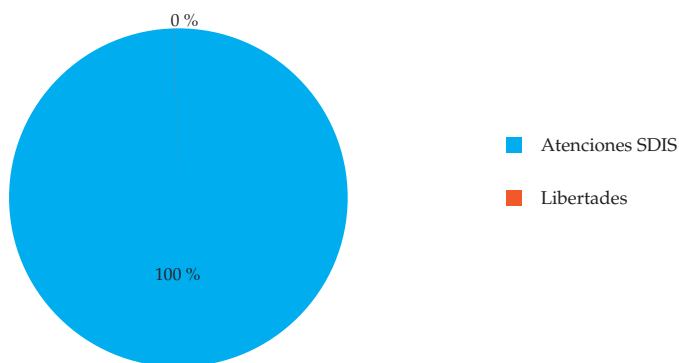
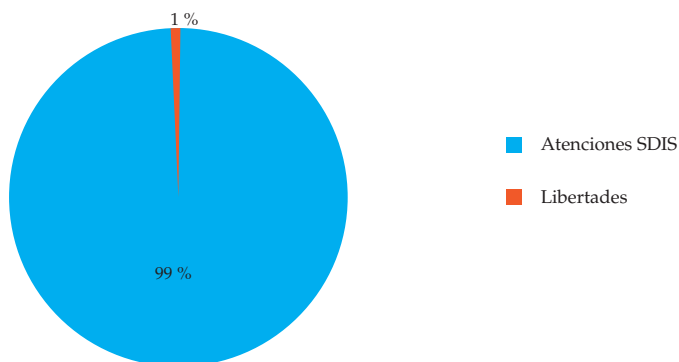
## 10. ACCESO A LOS SERVICIOS

Para acceder o solicitar estos beneficios o servicios, la persona se debe acercar a la Subdirección Local para la integración social más cercana a su lugar de residencia o mediante solicitud escrita dirigida a la Subdirección para la vejez de la Secretaría de Integración Social, sin desconocer la tramitología y la disponibilidad de cupos en cada servicio.

Al realizar un paralelo de atención de la Secretaría Distrital de Integración Social, de la atención en 2015 frente a los adultos mayores que recuperaron la libertad en ese mismo año, se aprecia que las libertades solo serían el 1%, y para el 2015 fue del 0% de la atención que promovió la Secretaría y, por consiguiente, el tratamiento preferencial

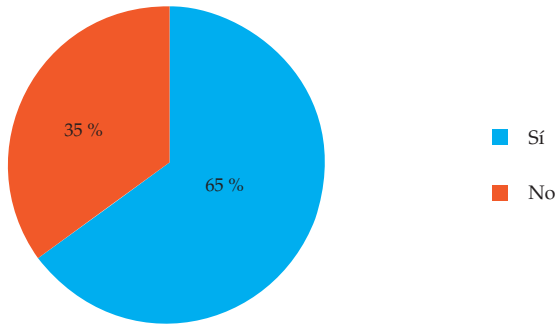
a los PPL no afectaría de forma significativa los fines de atención de la Secretaría.

GRÁFICOS 12.11-12.12. INFORMACIÓN DE ATENCIÓN  
SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN, 2015 Y 2016



Ahora bien, para poder acceder a los servicios propuestos por la Secretaría se deben cumplir unos requisitos. Entre ellos, y quizás el más importante, el de contar con la cédula de ciudadanía en físico. Según se pudo establecer, de los PPL encuestados, un 35% no cuentan con el documento. Esta situación dificultaría el proceso de vinculación una vez en libertad.

GRÁFICO 12.13. ENCUESTA TERCERA EDAD.  
¿CUENTA CON CÉDULA DE CIUDADANÍA?



Sin embargo, en algunas ocasiones se hace necesario acudir a la vía judicial, a través de la acción de tutela, para lograr la inclusión y ser parte de estos programas y/o beneficios, como se puede evidenciar en las Sentencias T-025 de 2016 y T-696 de 2012. La vulneración de derechos de los adultos mayores es evidente y se puede percibir a grandes rasgos la trasgresión en el derecho al mínimo vital y el derecho a una vida digna. En el primer caso observamos que el ciudadano pudo acceder al subsidio económico denominado “bono de supervivencia”, otorgado por la Alcaldía Mayor de Bogotá a través de los programas de la Secretaría de Integración Social. La persona recibió el subsidio los primeros dos bimestres y luego se encuentra con una serie de obstáculos para realizar el cobro de estos, pues fueron retenidos hasta el punto de que el ciudadano tuvo que impetrar una acción de tutela para la reactivación de los pagos de estos.

El segundo caso es el de una ciudadana de 102 años de edad que intentó aplicar al bono de supervivencia. Realizando los trámites, no le dieron prioridad a pesar de su avanzada edad, si bien es cierto que hay procesos

establecidos para ingresar a cualquier programa del Estado, siempre debe primar la vida y la dignidad de todos los solicitantes dando más prioridad a los casos de especial necesidad, de características vulnerables evidentes, toda vez que el fin último del Estado en representación de todas sus instituciones es velar por el bienestar de sus prohijados en procura de su bienestar.

No deberíamos llegar a las instancias judiciales toda vez que hay un desgaste tanto para las instituciones como para los seres humanos que solicitan la atención del Estado. Si logramos una optimización de los servicios prestados, ese desgaste administrativo en contestaciones de requerimientos judiciales se reduciría y ese tiempo se puede implementar para optimizar los programas existentes y para ofrecer un servicio más eficaz y efectivo.

## 11. CONCLUSIÓN

El acercamiento a la población objeto de estudio permite identificar la frágil condición que ostentan los seres humanos que se ubican en este estadio. Es claro que solo al acercarnos a esta realidad comprendemos la importancia de promover, apoyar y proteger el trato digno, humano y respetuoso.

Este trabajo acercó al trasfondo las realidades y necesidades de los adultos mayores que están privados de la libertad y, más aún, evidenció las pocas posibilidades de atención que tiene el Estado para atender sus necesidades.

Es importante aclarar que las necesidades que tienen los pospensionados de la tercera edad no están siendo suplidas en su totalidad, lo cual redundará en el deterioro que presentan. La atención que actualmente reciben estos seres humanos inhiben sus herramientas de integración y, por ende, sus oportunidades de cambio y su bienestar.

No se pretende proponer una apología de la impunidad y por el contrario, la apuesta es generar rutas dignas de atención e intervención apropiadas, para las características de la población, procurando generar habilidades suficientes para su estancia en libertad.

Si bien los entes territoriales desarrollan programas de atención para la población adulta mayor, se requiere una articulación real con el Sistema Penitenciario que permita concatenar el proceso de resocialización como función de la pena al proceso de integración social, promoviendo el ejercicio pleno de la ciudadanía sin importar su condición de pospenados.

## 12. PROPUESTAS

Como se evidenció en el desarrollo de la investigación, se requiere que el 100 % de las PPL adultos mayores, al momento de recuperar su libertad, posean de manera física su cédula de ciudadanía para de esta manera puedan ejercer de manera expedita su ciudadanía e iniciar el trámite de inclusión a los beneficios y programas que establecen los entes territoriales para esta población.

Es de anotar que la actividad en mención se puede realizar durante el tiempo de reclusión sin ningún costo, teniendo en cuenta lo establecido en la Resolución n.º 14368 del 22 de diciembre de 2017, que derogó la Resolución 11143 de 2015 (vigente al momento de la investigación) de la Registraduría General de la Nación, Artículo 1. Resolución derogada por el artículo 6 de la Resolución 14368 de 2017.

Determinar, en virtud de la normatividad invocada, los grupos poblacionales que son sujetos de exoneraciones en trámites de duplicados y rectificación de cédula de Ciudadanía y Tarjeta

de Identidad y de expedición de copias y certificados de documentos de Registro Civil, a saber:

- a) Población desplazada por la violencia.
- b) Población víctima, registrada en el RUV (Registro Único de Víctimas, Ley 1448 de 2011).
- c) Personal desmovilizado.
- d) Población de los niveles 0, 1 y 2 del Sisbén.
- e) Personas que se autor reconozcan como LGBTI en condición de vulnerabilidad.
- f) Personas con discapacidad en condición de pobreza.
- g) Habitante de calle.
- h) Personas víctimas de catástrofes o desastres naturales.
- i) Personas repatriadas que requieran asistencia y ayuda social del Estado.
- j) Personas que se encuentren recluidas en los centros carcelarios y penitenciarios del país y quienes se encuentren en centros especializados para adolescentes privados de la libertad.

PARÁGRAFO 1. Para la aplicación de la exoneración de los grupos poblacionales contemplados desde el literal f) al j), se deberá aportar solicitud de autoridades locales, departamentales o nacionales competentes.

PARÁGRAFO 2. La aplicación de la presente resolución también cubija a los colombianos residentes en el exterior.

A su vez, se requiere generar alianza con la Secretaría de Integración Social de Bogotá para que los adultos mayores

pospenados y aquellos que están próximos a recuperar su libertad puedan acceder fácilmente a los servicios y programas ofertados.

Ahora bien, para promover este proceso es importante generar el compromiso con las áreas de trabajo social y tratamiento y desarrollo de los ERON, para que se pueda caracterizar la población adulta mayor desde el programa de preparación para la libertad y, de esta manera, conocer sus necesidades reales al momento de integrarse a la sociedad y, en algunos casos, a la familia.

Por otra parte, se hace necesario realizar una nueva investigación a profundidad con el fin de generar una nueva propuesta de atención intramural para las PPL adultos mayores.

### 13. REFERENCIAS

- BAYLIS & CORMAN (1998). The aging kidney: insights from experimental studies. *J Am Soc Nephrol*.
- CLEMMER (1940), citado por PÉREZ & REDONDO (1991).
- CONGRESO DE COLOMBIA (2009, 5 de enero). Ley 1276 de 2009. A través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida. DO n.º 47.223.
- ECHEVERRI, V. (2010). *La prisionalización, sus efectos psicológicos y su evaluación pensando en psicología*. Vol. 6, p. 157.
- ENRÍQUEZ, C., & EXPÓSITO, F. (2010, diciembre). Una vida entre rejas: aspectos psicosociales de la encarcelación y diferencias de género. *Psychosocial Intervention*, 19(2).
- ERIKSON, E. H. (1973). *Infancia y sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Hormé.

- FARAH, V. (2014). La estigmatización y el mundo del trabajo: el caso de dos ex convictos en la ciudad de Cali (trabajo de grado para obtener el título de psicóloga). Santiago de Cali: Universidad de San Buenaventura.
- FLÓREZ, L., VÉLEZ, H., & ROJAS, M. (2014). Intervención motivacional en psicología de la salud: revisión de sus fundamentos conceptuales, definición, evolución y estado actual. *Psychologia: avances de la disciplina*, 8(2), 49-71.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, OMS (2017). Envejecimiento y salud. Recuperado de <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs404/es/>
- RIVERA B., I.; ORTIZ G., Á. L.; RUIZ H., L.; VIEDMA R., A.; BERNUZ B., M. J.; REVIRIEGO P., F.; PÉREZ F., Ó, & IGAREDA G., N. (2010). *Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas perspectivas políticas, jurídicas y filosóficas*. España: Dykinson.
- SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ, C., & BAPTISTA, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México D. F.: McGraw Hill.
- VÉLEZ, H., ROJAS, W., BORRERO, J., & RESTREPO, J. (2004). *Fundamentos de Medicina: Psiquiatría*. Colombia: Quebecor Word.

#### 14. BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

- ARANÍBAR, P. (2011). *Acercamiento conceptual a la situación del adulto mayor en América Latina*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- BELLOCH, A., SANDÍN, S., & RAMOS, F. (1995) *Manual de Psicopatología*. España: McGraw Hill.
- CEPAL (2013, noviembre). *Materiales avanzados de estudio y aprendizaje. Los Derechos de las personas mayores, módulo 2. Los derechos de las personas mayores en el ámbito internacional*. Recuperado de [http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/8/51618/Derechos\\_PMayores\\_M2.pdf](http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/8/51618/Derechos_PMayores_M2.pdf)

- DÍAZ, M., RAMÍREZ, H., & VÉLEZ, L. (2004) Plan de Acción y Sistemas de Oportunidades, PASO. Colombia: Imprenta Nacional.
- ESTUPIÑÁN-SILVA, R., Derechos Humanos y Políticas Públicas. <http://www.un.org/swaa2002/coverage/parlamentoS.htm>
- HUENCHUÁN NAVARRO, S. (2013). Materiales avanzados de estudio y aprendizaje, Los Derechos de las personas mayores. Cepal.
- HUENCHUÁN, S., & RODRÍGUEZ-PIÑERO, L. (2011). Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección. Cepal.
- LARA C., J. (2002, 9 de abril). Proyecto de Declaración de los Derechos del Adulto Mayor. Documento presentado a la Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento. Madrid, España. Recuperado de <http://www.un.org/swaa2002/coverage/parlamentoS.htm>
- MENDOZA, M., LUNA, L., ABAUNZA, C., PAREDES, G., & BUSTOS, P. (2016). *Siempre hay tiempo. Atención al adulto mayor privado de la libertad en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- MINISTERIO DE SALUD (2015). Política colombiana de envejecimiento humano y vejez, 2015-2024. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/POCEHV-2014-2024.pdf>
- PUGLIESE, L. (2009, oct.-nov.). Derechos humanos de los adultos mayores. El camino hacia su reconocimiento universal. *Comentarios de Seguridad Social*, (25).

## CAPÍTULO 13

### LOS ANTECEDENTES PENALES COMO OBSTÁCULO A LA REINCORPORACIÓN SOCIAL

SUSANA ESCOBAR VÉLEZ<sup>1</sup>

#### RESUMEN

En este trabajo se analiza la evolución del tratamiento normativo de los antecedentes penales en Colombia, y sus efectos negativos sobre el proceso de reincorporación social de los pospenados, especialmente en el ámbito laboral.

*Palabras clave:* antecedentes penales, reincorporación social, pospenados.

---

1 Profesora de Derecho Penal, investigadora del Grupo Justicia y Conflicto, y coordinadora de la especialización y de la maestría en Derecho Penal de la Universidad Eafit (Medellín). Candidata a doctora en Derecho de la Universidad de León, España. El presente trabajo se enmarca en los proyectos de investigación DER2013-47511-R y DER2016-76715-R (MINECO/AEI), de los que es investigador principal el prof. Miguel Díaz y García-Conlledo (Universidad de León, España). La autora agradece a los estudiantes del Grupo de Estudios Penales de la Universidad Eafit por su colaboración en el desarrollo de esta investigación. En especial, agradece a las estudiantes Kelly Giraldo Viana, Mariana Toro Taborda y Susana Uribe Castro, por sus relevantes aportes a este trabajo.

CRIMINAL RECORD AS AN OBSTACLE TO SOCIAL  
REINCORPORATION

ABSTRACT

This paper analyzes the evolution of the normative treatment of criminal records in Colombia, and its negative effects on the process of social reincorporation of the exconvicts, especially in the labor ambience.

*Keywords:* Criminal Records, Social Reincorporation, Exconvicts.

1. INTRODUCCIÓN

Si algo puede afirmarse de los antecedentes penales<sup>2</sup> en Colombia es que su tratamiento legal dista de ser claro<sup>3</sup>, y que la doctrina nacional se ha preocupado muy poco por hacer visible esta situación y formular propuestas de reforma<sup>4</sup>. Lo anterior contrasta con la relevancia del tema

- 
- 2 Entendidos estos como “datos referidos a los delitos y contravenciones cometidos por los ciudadanos, según sentencia judicial en firme, que se vinculan a sus datos personales, y constan en uno o varios registros públicos o bases de datos de carácter centralizado” (CASTILLO, HERNÁNDEZ, IREGUI & KUHfeldt, 2013, pp. 6 y ss.).
  - 3 Esta es una idea recurrente en los (pocos) trabajos que desarrollan el tema en Colombia. En este sentido, CASTILLO, HERNÁNDEZ, IREGUI y KUHfeldt (2013) afirman que “la normatividad dedicada a la regulación de los antecedentes judiciales en Colombia es dispersa, inconexa, confusa, insuficiente y presenta variados riesgos para la vigencia efectiva de derechos fundamentales” (p. 5). Idea que retoman en todo el trabajo (especialmente en las pp. 36 y 99).
  - 4 Una excepción importante la representan los trabajos de MADRID (2000); ORTIZ y VARGAS (2012), quienes, en este mismo sentido, sostienen que “en tema de antecedentes penales existe un desarrollo doctrinal superfluo, así como un interés ínfimo del Estado para reglamentar la materia en forma expresa e integral” (p. 10) y que “el tema es siempre despachado con generalidades

y, sobre todo, con sus repercusiones político-criminales<sup>5</sup>. En efecto, en un país que desde muchos frentes se viene preparando para abordar las dinámicas del posconflicto, el tema de los antecedentes penales y, con él, el de la reincorporación social, tiene que ser prioritario, y las reflexiones que de ello se deriven tendrán que nutrir tanto a los procesos que se den en el ámbito de la justicia transicional como en la justicia ordinaria.

Así, frente al panorama del escaso tratamiento doctrinal de un tema que debería ocupar un lugar importante en las reflexiones sociojurídicas actuales, este trabajo pretende ser un aporte (no solo expositivo sino, también, propositivo) a esas reflexiones y, al mismo tiempo, un llamado para centrar la atención en la problemática referida.

La investigación que se aborda atiende, entonces, a dos problemas esenciales: en primer lugar, busca aclarar el régimen legal vigente de los antecedentes penales en Colombia, partiendo de la idea, como ya se ha dicho, de que la regulación en este ámbito es dispersa y adolece de falta de claridad, con los efectos que ello tiene en términos de seguridad jurídica y otras garantías para quienes han sido sujetos de sanciones penales; en segundo lugar, se pregunta por la repercusión que el tratamiento de los antecedentes penales en Colombia tiene en relación con las posibilidades

---

y escasa referencia bibliográfica” (p. 33, nota 25); y CASTILLO, HERNÁNDEZ, IREGUI y KUHfeldt (2013).

5 Esta problemática no es exclusiva de Colombia, y así se desprende de los trabajos de JACOBS y LARRAURI, (2010, p. 3), y LARRAURI (2015, p. 154), en los que se pone de relieve que el tema de los antecedentes penales no ha recibido suficiente atención en la doctrina española, si bien existe la presunción generalizada de que poseer antecedentes penales “puede comportar importantes consecuencias para el futuro laboral de la persona y para el ejercicio de sus derechos cívicos o familiares, constituyendo una ‘pena invisible’ que debe sumarse a la pena impuesta”.

de reincorporación social de los pospenados. En este último sentido, la investigación se enfoca en el ámbito laboral, en el que puede hacerse más evidente la exclusión; ello sin desconocer que la presencia de antecedentes penales puede afectar también el acceso a otros ámbitos y beneficios.

En cuanto a la metodología empleada en el desarrollo de la investigación, esta varió de acuerdo con las dos preguntas principales. Para responder a la pregunta inicial sobre el tratamiento legal de los antecedentes penales en Colombia, el plan de trabajo se desarrolló, básicamente, a partir de recopilación bibliográfica, nacional y extranjera, en torno al tema; clasificación y estudio de la bibliografía; análisis del Derecho positivo colombiano; y recopilación y análisis de jurisprudencia relevante. Con respecto a la segunda pregunta de investigación, se elaboraron entrevistas con empleadores (o encargados de la selección de personal en empresas de diferentes sectores de la ciudad de Medellín)<sup>6</sup>, y pospenados<sup>7</sup> que relataron cómo ha sido su proceso de reincorporación social. Posteriormente se hizo un análisis de los resultados y se extrajeron conclusiones para el desarrollo de las propuestas que se presentan al final de este trabajo.

## 2. UN PUNTO DE PARTIDA: LA REINCORPORACIÓN SOCIAL ENTENDIDA COMO DERECHO

La concepción de la reincorporación social como derecho es el punto de partida de esta investigación, y, al mismo

---

6 Se realizaron entrevistas a 10 empleadores de empresas de la ciudad de Medellín.

7 Se realizaron entrevistas a 9 pospenados en la ciudad de Medellín. La autora agradece al programa "Delinquir no paga", de la Alcaldía de Medellín, por contribuir con la convocatoria y el lugar de reunión para hacer las entrevistas en la sede del programa.

tiempo, el norte de las conclusiones que de ella se derivan. Si bien la reincorporación o reinserción social se ha entendido tradicionalmente –de acuerdo con los planteamientos de las doctrinas catalogadas como de prevención especial positiva (Ferrajoli, 1995, pp. 264-274)– como uno de los fines de la pena, esta orientación se ha ido transformando hacia aquella que considera a la reincorporación como un derecho; concepción que ha tenido reflejo doctrinal<sup>8</sup> (especialmente Cid, 1998, pp. 36-48; Zapico, 2009, pp. 919-946) y normativo.

En efecto, y con respecto a este último ámbito, tanto el Artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), como el Artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>9</sup> (Ley 16 de 1972), consagran el derecho a la reinserción social como derivación de los derechos a la dignidad humana y la integridad personal, respectivamente. Estas normas, que se integran a la Constitución en virtud del bloque de constitucionalidad, son expresión de un Derecho penal centrado

---

8 “Que la Constitución haya establecido un derecho fundamental, *prima facie*, a la reeducación y a la reinserción social no debería sorprender. Las penas privativas de libertad constituyen la más rígida privación de derechos fundamentales que la Constitución admite para la protección de los derechos y bienes colectivos de las personas que conforman una colectividad. Por ello, que la Norma Fundamental se haya preocupado por salvaguardar, por distintas vías, la limitación de las penas privativas de libertad, estableciendo un conjunto de derechos fundamentales de la persona condenada, es una manera de limitar un sacrificio de unas personas que, en su mayoría, han carecido de las oportunidades sociales que alejan a la persona de la marginación social” (CID, 1998, p. 41).

9 En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “la reforma y readaptación social de los condenados, como finalidad esencial de las penas privativas de la libertad (Artículo 5.6 de la CIDH), son tanto garantías de la seguridad ciudadana, como derechos de las personas privadas de libertad” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2011, p. 8).

en la persona, y se suman a lo previsto en el Artículo 1 del Código Penal colombiano, según el cual “el derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”; prescripción, esta última, que implica que “el derecho penal encuentra su razón de ser en la limitación de la intervención punitiva estatal, para evitar que en el ejercicio de dicha actividad se desconozcan las exigencias de un trato humano y digno conforme al modelo constitucional” (Sotomayor & Tamayo, 2017, p. 33).

La Corte Constitucional parece acoger estas conclusiones, pues si bien tiende a referirse a la reincorporación social como fin o función de la pena, también alude a ella como derecho subjetivo<sup>10</sup> y como principio constitucional<sup>11</sup>. A lo anterior se suma, en otros pronunciamientos, la idea de que la carencia o la limitación de los mecanismos para lograr la reincorporación se considera un atentado contra derechos fundamentales<sup>12</sup>. Incluso en las decisiones que consideran a la reincorporación social como un fin o función de la pena, la Corte Constitucional ha enfatizado en la *obligación*, en cabeza del Estado, de brindar a todos los reclusos los medios necesarios para reincorporarse a la sociedad, sin que puedan ser forzados a su utilización. De manera similar, aunque sin profundizar en este punto, la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia al “derecho a la resocialización” para señalar sus límites que, en criterio

---

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-806 de 2002 (M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ); Sentencia T-762 de 2015 (M. P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO).

11 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-077 de 2013 (M. P. ALEXEI JULIO ESTRADA).

12 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-153 de 1993 (M. P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

de este Tribunal, vienen dados por fines de la pena como el de la prevención general<sup>13</sup>.

Cabe concluir, entonces –y en sintonía con lo afirmado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011)<sup>14</sup>–, que:

El mandato contenido en el artículo 5.6 de la CIDH está dirigido fundamentalmente a establecer la obligación institucional del Estado de dar a las personas condenadas la asistencia y las oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual y hacer frente de manera positiva a su retorno a la sociedad, así como la prohibición de entorpecer este desarrollo (p. 229).

En este sentido, la reincorporación social entendida como derecho, supone una nueva concepción que permite evaluar qué tanto las instituciones y mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico constituyen obstáculos para el retorno a la vida en libertad, o, por el contrario, garantizan ese derecho y deben ser patrocinados y fortalecidos. La institución de los antecedentes penales constituye, sin duda, un terreno fértil para estas reflexiones.

### 3. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS ANTECEDENTES PENALES EN COLOMBIA

Como se advirtió en el primer apartado de este trabajo, no existe en Colombia una regulación clara y sistematizada de los antecedentes penales<sup>15</sup>. Las normas se encuentran

---

13 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 17 de agosto de 2011, rad. 37052 (M. P. JULIO ENRIQUE SOACHA SALAMANCA).

14 En el Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas (2011).

15 Sobre la evolución normativa de los antecedentes penales en Colombia, véase ORTIZ y VARGAS (2012, pp. 22 y ss.) y CASTILLO, HERNÁNDEZ, IREGUI

dispersas, tienen diversa naturaleza y distan de ser explícitas en lo que respecta a las competencias de las distintas autoridades, la forma de operar de los antecedentes, los principios que orientan su gestión y los derechos de quienes los poseen. Esta situación ha generado, como se mostrará más adelante, que el tratamiento de los antecedentes penales se rija, en muchos eventos, por decisiones frente a casos particulares, derivadas de acciones de tutela.

Todo lo anterior dificulta la tarea de exponer cómo ha sido y cómo es actualmente el tratamiento normativo de los antecedentes penales en Colombia. Por eso se exponen aquí únicamente las normas más relevantes y algunas decisiones judiciales importantes, con el fin de aportar algo de claridad y facilitar la comprensión del tema.

1. La primera norma que cabe destacar es el Decreto 2398 de 1986 (derogado por el Artículo 12 del Decreto 3783 de 2003). Aquella no es solo una de las normas más antiguas con respecto al tratamiento de los antecedentes penales en Colombia, sino que además resultaba ser la única de la que se tiene noticia, que preveía expresamente la posibilidad de cancelación de antecedentes penales<sup>16</sup>; facultad que se

---

y KUHfeldt (2013, pp. 21 ss.). También ha puesto de relieve esta situación la Corte Constitucional en varias sentencias, de las cuales destaca la SU-458 de 2012 (M. P. ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO), en la cual se afirma que “como ha sido constante en las presentes consideraciones, la Corte ha advertido la inexistencia de una regulación especial sobre las bases de datos de antecedentes penales”.

16 Establecía en su Artículo 11: “El Jefe del ‘DAS’ cancelará, a solicitud del interesado o de oficio, previo informe del Jefe de la División de Laboratorios e Identificación o de la División de Extranjería (según el caso) y concepto de la Oficina Jurídica de la Institución, los antecedentes relativos a fallos condenatorios que registren, en los siguientes casos.

- a. Cuando se haya cumplido la pena
- b. Cuando la pena se haya declarado prescrita

asignó al Jefe del ya extinguido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). También asignaba al DAS, entre otras funciones, la de expedir los certificados judiciales (Artículo 2) al particular que solicitaba su propio registro de antecedentes, a funcionarios judiciales y a organismos con facultades de policía judicial.

2. Con posterioridad a esta norma, la Constitución Política consagró varias disposiciones relacionadas, directa o indirectamente, con los antecedentes penales. Dentro de las más importantes cabe mencionar, en primer lugar, el Artículo 248, que establece lo que debe entenderse por antecedente penal, en los siguientes términos:

Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.

Además de esta disposición, destacan otras que aluden a los antecedentes penales en relación con el régimen de inhabilidades de funcionarios y con el acceso al servicio público<sup>17</sup>; y, por último, el Artículo 15<sup>18</sup>, que, si bien no se refiere expresamente a los antecedentes penales, regula el *habeas data* y lo que se ha denominado como “derecho al

---

c. Cuando por haber transcurrido un tiempo igual o mayor al estipulado en el Código Penal, se considere que la pena se encuentra prescrita”.

17 Arts. 122, 179, 197, 232-3, 267 inc. 8, 299 inc. 2, 304-2, 312-2 (véase CASTILLO, HERNÁNDEZ, IREGUI & KUHfeldt, 2013, p. 21, nota 23).

18 Art. 15. “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

olvido”<sup>19</sup> (Manrique Gómez, 2015), de particular relevancia en muchas de las decisiones judiciales referidas al tema.

3. En este recorrido por la evolución normativa de los antecedentes penales, merece una mención especial el Artículo 162 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), que dispone:

Cumplida la pena los antecedentes criminales no podrán ser por ningún motivo factor de discriminación social o legal y no deberán figurar en los certificados de conducta que se expidan.

Esta norma, sin embargo, suele permanecer en un segundo plano en los análisis y decisiones, pese a que debería constituir un referente obligado para el tratamiento de los antecedentes penales en Colombia.

4. En medio de esta evolución, el Artículo 174 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) consagró, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, la función de llevar un sistema de registro de inhabilidades e incompatibilidades para verificar que quienes aspiran a un cargo público o a contratar con el Estado no estén inhabilitados para ello. En desarrollo de esta función de registro de antecedentes, que al día de hoy sigue siendo competencia de la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría, se consignan, según el Artículo ya citado:

Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida

---

19 “El derecho al olvido puede entonces definirse como aquel principio según el cual los datos negativos deben ser eliminados de las bases de datos, una vez ha transcurrido el tiempo establecido para su tratamiento, con el fin de que la persona no quede ‘prisioner[a] de su pasado” (MANRIQUE GÓMEZ, 2015, p. 4).

de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, exservidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía.

Como consecuencia de este registro, también es función de la Procuraduría expedir el respectivo certificado de antecedentes, que, según el Artículo 6 de la Resolución 461 del 7 de octubre de 2016, puede ser de dos clases: ordinario y especial. En el certificado ordinario se consignan “las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento<sup>20</sup>”; en el certificado especial, por su parte, se consigna esta misma información “más la anotación de las inhabilidades intemporales previstas para determinados cargos en la Constitución Política y las Leyes vigentes a la fecha de su expedición”<sup>21</sup>.

Actualmente, y atendiendo a lo dispuesto en la Ley 1238 de 2008, se puede acceder a este certificado de antecedentes en versión digital y de manera gratuita, a través de la página web de la Procuraduría, ingresando el número de documento de identidad de la persona interesada. Lo anterior, sin embargo, tiene unos efectos importantes para el tema objeto de esta investigación, pues implica que *cualquier persona* que quiera conocer los antecedentes (penales, disciplinarios, fiscales) de otra, puede ingresar su número de identificación y acceder a esta información (tanto al certificado ordinario, como al especial). En este sentido, y como sostienen Castillo, Hernández, Iregui y

---

20 Art. 174, inc. 3, de la Ley 734 de 2002.

21 Art. 6 de la Resolución 461 del 7 de octubre de 2016.

Kuhfeldt (2013, p. 45), “la amplia autorización legal que se otorga no va asociada con algún tipo de salvaguarda o mandato en relación con los riesgos que este amplio acceso implica en torno a la información de naturaleza tan delicada, maximizados por los intereses que una base de datos y un sistema de esta naturaleza pueda representar”.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de cancelación de los antecedentes en este registro administrado por la Procuraduría, dicha entidad, en respuesta a un derecho de petición enviado en el desarrollo de esta investigación, afirmó que:

Si transcurren los cinco (5) años desde la fecha de ejecutoria, tiempo establecido por la Ley 734/02, para que no se refleje en el registro del antecedente el Certificado de Antecedentes Ordinario [sic]; la anotación de la misma se desactivará automáticamente. La otra opción para que se elimine la anotación de antecedentes es que la autoridad judicial y/o disciplinaria informe que la sanción impuesta al ciudadano fue cumplida o extinguida en su totalidad, en este caso el Sistema de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad procede de manera inmediata a actualizar el reporte<sup>22</sup>.

5. Por su parte, la administración del otro registro de antecedentes judiciales en Colombia, que, como se expuso en el punto 1 de este apartado, inicialmente estuvo en cabeza del DAS, fue trasladada, con la supresión de esta entidad (Decreto 4057 de 2011), al Ministerio de Defensa-Policía Nacional, a partir del 1 de febrero de 2012. Además, para esta misma época, fue expedido el Decreto Ley 019 de

---

22 Respuesta de la Procuraduría General de la Nación al derecho de petición con radicado E-2017-695682 y E-2017-755537, 28 de septiembre de 2017, p. 6.

2012, que eliminó el documento del certificado judicial<sup>23</sup> y estableció que la consulta de los antecedentes penales podría realizarla en línea cualquier particular o autoridad en los registros de las bases de datos administradas por el Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

En la actualidad, esta consulta en línea de los antecedentes penales puede hacerse a través de la página web de la Policía Nacional, ingresando el número de identificación. Aunque en los términos de uso al acceder a la consulta se establece que la utilización de los datos suministrados por la Policía Nacional de Colombia está limitada a fines personales, y que el uso para cualquier finalidad distinta “como la obtención de un beneficio económico o la consulta de información personal de un tercero, será considerado irregular y estará sujeto al inicio de las acciones legales pertinentes”, parece que, de hecho, no existe ningún obstáculo para la realización de esta consulta por parte de un tercero sin interés legítimo. Nuevamente, entonces, como en el caso del registro de antecedentes administrado por la Procuraduría, y trasladando aquí las mismas críticas que ya se hicieron, *cualquier tercero* que conozca el número de identificación de otra persona estará teniendo acceso a una información que, tal como lo establece el Artículo 94 del Decreto Ley 019 de 2012, está sujeta a las normas contenidas en la Ley General Estatutaria de Protección de Datos Personales (Ley 1581 de 2012)<sup>24</sup>.

---

23 Art. 93 “SUPRESIÓN DEL CERTIFICADO JUDICIAL. A partir de la vigencia del presente Decreto-Ley, suprimase el documento certificado judicial. En consecuencia, ninguna persona está obligada a presentar un documento que certifique sus antecedentes judiciales para trámites con entidades de derecho público o privado”.

24 Esta ley constituye otro referente importante en el análisis del tratamiento normativo de los antecedentes penales, sobre todo en lo atinente a la

6. De acuerdo con lo expuesto en los puntos 4 y 5 de este trabajo, en la actualidad son dos los registros de antecedentes en Colombia: uno, administrado por la Procuraduría, y otro por el Ministerio de Defensa-Policía Nacional. Ambos de acceso gratuito y en línea. No obstante, el contenido que arrojan los respectivos certificados es diferente. El primero de ellos contiene una información más completa, que ya se ha descrito en el punto 4 de este apartado, mientras que el segundo incluye una de dos leyendas, según el caso:

– “NO TIENE ASUNTOS PENDIENTES CON LAS AUTORIDADES JUDICIALES”: para quienes no registran antecedentes o la autoridad judicial competente ha decretado la extinción de la condena o la prescripción de la pena.

– “ACTUALMENTE NO ES REQUERIDO POR AUTORIDAD JUDICIAL”: para quienes se encuentran en el período de ejecución de una sentencia condenatoria o no se ha realizado la actualización de su información de antecedentes judiciales.

Sin embargo, no siempre han sido estas las leyendas contenidas en el certificado de antecedentes penales, y fue la Sentencia de la Corte Constitucional SU-458 de 2012, la que llevó a que se produjera un cambio en ellas, como respuesta a la advertencia que hizo la Corte al Ministerio de Defensa, Policía Nacional-Dirección de Investigación Criminal e Interpol y demás autoridades de esa entidad, para evitar que “cualquier persona sin interés legítimo pueda conocer o inferir la existencia de antecedentes penales de aquellas personas que hayan cumplido la pena, o cuya pena se encuentre prescrita”.

---

definición de “dato personal” (Art. 3 c) y los principios a los que está sujeto el tratamiento de los datos personales en Colombia.

En efecto, la Corte Constitucional, en la sentencia referida, se ocupó de revisar los fallos dictados en trece procesos de tutela en los que se solicitaba la protección del derecho al *habeas data* de los demandantes. Según se explica en la sentencia, en dichos procesos se planteaba que el certificado de antecedentes judiciales de quienes ya habían cumplido la pena o se había decretado la prescripción de esta, era expedido (por el entonces DAS) con la siguiente leyenda: “Registra antecedentes, pero no es requerido por autoridad judicial”. Para los demandantes, que el certificado judicial manifestara que registraban antecedentes, implicaba un serio obstáculo para su reincorporación social, en tanto que determinaba que quienes los poseían fueran discriminados en diferentes espacios, especialmente en el laboral.

Frente a este panorama, le correspondía a la Corte establecer si la leyenda citada comportaba una vulneración a los derechos fundamentales de los demandantes. Sin embargo, durante el trámite de dicho proceso hubo dos cambios importantes, a los que ya se ha hecho referencia en este trabajo, y que llevaron a que el asunto objeto de revisión por este Tribunal sufriera variaciones: en primer lugar, el traslado de la competencia para administrar dicha información desde el extinguido DAS al Ministerio de Defensa-Policía Nacional; en segundo lugar, la expedición del Decreto Ley 019 de 2012, que eliminó el certificado judicial y estableció que la consulta de los antecedentes penales podría realizarla en línea cualquier particular o autoridad. Con posterioridad a estos cambios, la leyenda a la que hacían referencia las demandas también sufrió una modificación: cuando el sujeto no registraba antecedentes, la página web arrojaba la leyenda “No presenta antecedentes penales”, y, si registraba antecedentes, la leyenda “No es requerido por autoridad judicial”. Con esta variación no se afirmaba ya explícitamente que el sujeto tenía antecedentes

penales, pero seguía siendo posible averiguar quién los tenía, pues para inferirlo bastaba con verificar cuál leyenda arrojaba la base de datos. Por lo anterior, la Corte decidió revocar las sentencias de tutela que negaban el amparo del derecho al *habeas data* y, como ya se dijo, prevenir al Ministerio de Defensa-Policía Nacional para que evitaran que fuera posible averiguar o inferir si una persona poseía antecedentes penales, a partir de la consulta de las bases de datos de dichas entidades.

7. Esta restricción, sin embargo, no ha impedido que quienes tengan interés en averiguar los antecedentes judiciales de un tercero, puedan hacerlo. Así, como ya se ha advertido, cualquier persona puede hacer la búsqueda en línea de esta información en las bases de datos de la Procuraduría o de la Policía Nacional, y para ello basta con que conozca el número del documento de identidad de la persona cuyos antecedentes quiere averiguar.

A esto se suma que las bases de datos en las que reposa dicha información no son las únicas fuentes a través de las cuales puede accederse a los antecedentes judiciales. Junto a ellas cabe mencionar, entre otras, el hecho de que las sentencias penales se publiquen en las bases de datos de acceso abierto, con los nombres, apellidos y documento de identidad de las personas procesadas, situación que implica la exposición pública del pasado judicial.

Esta problemática fue abordada, en un primer momento, por la Corte Suprema de Justicia en decisión de 10 de junio de 2015<sup>[25]</sup>, en la cual se analizó el caso de un sujeto que al escribir su nombre en un buscador de Internet (Google)

---

25 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión que resuelve un derecho de petición, rad.18837.

encontró la providencia en la que fue estipulada su condena, debido a que la base de datos oficial utilizada para difundir las decisiones del tribunal permitía que dichos buscadores accedieran al vínculo que dirigía a la sentencia.

En este caso, la Corte Suprema concluyó que se presentaba una efectiva vulneración al *habeas data* y otros derechos como la intimidad, el buen nombre y la honra, al considerar que la divulgación o facilitación a un tercero de información que dé cuenta de antecedentes penales no se sujeta a “los principios de finalidad, necesidad, utilidad y circulación restringida” que operan en el manejo de la información contenida en bases de datos. Añadió que dicha conducta:

[Al hacerse] de una forma no orgánica, sin asidero en el ordenamiento jurídico, acarrea prácticas discriminatorias en el mercado laboral, y *obstruye las posibilidades de reinserción* de las personas que, cumplida o prescrita la pena, han superado sus problemas con la ley, pues *la finalidad de facto que en tales términos termina cumpliendo la información sobre antecedentes penales riñe con los propósitos resocializadores de la pena*, y desconoce mandatos legales concretos sobre el punto [cursivas añadidas].

La Corte dispuso que, en el caso concreto, debía modificarse el texto electrónico de la sentencia, sustituyendo los nombres y apellidos por sus letras iniciales; lo anterior, debido a que:

Para cumplir a través de la Relatoría con la función legal de divulgación de sus doctrinas, el nombre las [sic] partes o intervinientes *no tiene vínculo necesario o útil con esa finalidad legítima* en las bases de datos que en la actualidad están cargadas en el servidor de la página electrónica de la Corte Suprema de Justicia [cursivas añadidas].

En este sentido, ordenó también a la Relatoría de la Sala de Casación penal la adopción de medidas para que en las bases de datos destinadas a divulgar las decisiones de la Sala:

La búsqueda pertinente se realice mediante criterios inherentes a temas jurídicos (en aspectos sustanciales, procesales o probatorios), restringiendo el uso de los nombres y apellidos, o cualquier otro dato personal sensible de los sujetos procesales o interviniente, que resulte ajeno e innecesario con el fin de publicidad de la jurisprudencia, y que por el contrario propicie la vulneración de derechos derivados del *habeas data* de aquellos.

Solo dos meses después de esta decisión, la Corte Suprema se pronunció sobre un caso muy similar, en el que un ciudadano solicitaba que se retirara su nombre de la sentencia que le impuso la condena. En esta decisión de 19 de agosto de 2015<sup>26</sup> la Sala recordó los argumentos esgrimidos en la decisión citada anteriormente, y advirtió que se estaban presentando soluciones disímiles a casos similares. Para evitar esas contradicciones, fijó la siguiente regla, que a día de hoy continúa operando: las sentencias condenatorias expedidas por la Sala, o los autos que hagan referencia a ellas, se publicarán íntegras, sin suprimir los nombres de los procesados; sin embargo, cuando se declare judicialmente cumplida o prescrita la pena, se suprimirán de las bases de datos de acceso abierto los nombres de las personas condenadas. En el caso bajo examen, el condenado no demostró que la pena estuviese cumplida o prescrita, y, por tanto, la Corte no accedió a su solicitud.

A esta postura de la Corte Suprema se suma el hecho de que en las relatorías de otros tribunales se han seguido

---

26 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión que resuelve un derecho de petición, rad. 20889.

publicando las sentencias con los datos personales completos. Ello, de facto, constituye un medio fácil para averiguar el pasado judicial de una persona (siempre y cuando, como ya se ha dicho, la sentencia esté publicada en una base de datos de acceso abierto). Así, en palabras de Jacobs y Larrauri (2010, p. 3), “si la persona condenada tiene que tolerar la publicidad de su condena, como una marca, sus posibilidades de reintegrarse en la sociedad disminuyen considerablemente”<sup>27</sup>.

#### 4. EFECTOS DE LOS ANTECEDENTES PENALES EN EL PROCESO DE REINCORPORACIÓN SOCIAL

Según lo que acaba de decirse, la publicidad de los antecedentes penales y el fácil acceso a su registro por parte de cualquier persona (y no solo de su titular, la persona por él autorizada o la autoridad competente) hace que las oportunidades de reincorporación social sean más difíciles. Esto se percibe de manera más clara en el ámbito laboral donde, a la presencia de antecedentes penales, se suma que los pospenados “saldrán con poca –o ninguna– destreza social ni laboral debido al escaso o nulo acceso a programas que los preparen para la etapa poscarcelaria o pospenitenciaria” (Espinoza & Martínez, 2007, p. 120).

Esta no es una problemática exclusiva de Colombia. Así, por ejemplo, exponen Larrauri y Jacobs (2011) que en Estados Unidos los estudios criminológicos demuestran

---

27 Estos mismos autores realizan una comparación entre el sistema estadounidense y la práctica europea, con respecto a la publicidad de los antecedentes. En este sentido explican que “la publicidad de los antecedentes penales que tanto la ley como la práctica judicial estadounidenses promueven contrasta sorprendentemente con la ley y la práctica europea” (JACOBS & LARRAURI, 2010, p. 4). Véase también, al respecto, el interesante y completo estudio de JACOBS (2015, *passim*).

que el poseer antecedentes penales “aumenta por sí mismo la dificultad de acceder al mercado laboral” (p. 5; también Larrauri, 2015, p. 156). Y en España, el impacto de esta situación es especialmente significativo en el caso de los inmigrantes, toda vez que “el área en la cual los antecedentes penales constituyen el mayor obstáculo para la reintegración social se centra en la solicitud de permiso de trabajo y residencia de los ciudadanos no españoles” (Larrauri, 2013, p. 5).

Como se anunció en un principio, para profundizar en esta problemática e identificar de qué manera los antecedentes penales pueden convertirse en obstáculo para la reincorporación al ámbito laboral, se realizaron una serie de entrevistas a personas que, dentro de una empresa, manejan el departamento o sección (Gestión Humana, Recursos Humanos) que se encarga de la selección de personal. El propósito esencial de estas entrevistas fue el de establecer qué tan relevante es la presencia de antecedentes penales como factor excluyente de la posibilidad de acceder a una plaza de empleo en dichas empresas. Simultáneamente, se realizaron varias entrevistas a pospenados, para conocer cómo ha sido el proceso de reincorporación a la vida en libertad, y cuáles han sido las mayores dificultades durante este proceso. A continuación se exponen los puntos más relevantes extraídos de las entrevistas realizadas.

#### **4.1. Presencia de antecedentes penales como obstáculo real para la consecución de un empleo**

En primer lugar, todas las personas entrevistadas, salvo una<sup>28</sup>, coincidieron en afirmar que la presencia de antecedentes

---

28 Que explicó que en su empresa no se excluye a alguien con antecedentes

penales sí configura un obstáculo para acceder a un empleo dentro de las empresas de las que hacen parte. Dos de los entrevistados utilizaron, incluso, una misma expresión a la que le dieron el carácter de principio a seguir en la función de selección de personal: “Ante la duda, abstente”. Ello para indicar que la aparición de cualquier circunstancia anómala (y, para ellos, la presencia de antecedentes penales lo es) en el proceso de selección de un aspirante hace que este no sea tenido más en cuenta para acceder al empleo que se ofrece, incluso aunque su formación académica y su experiencia sea mayor que la de otros candidatos.

No obstante, algunos entrevistados manifestaron que la valoración de los antecedentes penales como obstáculo para la consecución del empleo ofertado varía en función del cargo para el cual se postula el aspirante. En este sentido, consideraron que mientras más alto sea el cargo a ocupar en la jerarquía empresarial y más poder de decisión implique, mayor será la incidencia de un antecedente penal para descartar al aspirante, lo que hace que, a la inversa, ese factor sea menos relevante en la selección de candidatos a cargos operativos. De lo anterior podría extraerse, entonces, una conclusión: en el ámbito laboral, los antecedentes penales no son solamente obstáculos para la consecución de un empleo, sino que pueden serlo, también, para el ascenso en la carrera profesional.

En otras empresas se hizo alusión, además, a la importancia de atender al tipo de antecedente penal, en relación con el cargo a ocupar. El ejemplo más recurrente fue el de tesorero, para ilustrar que no contratarían en este cargo a alguien que fue condenado por un delito de hurto o estafa.

---

penales, por ese solo hecho, pero sí a quienes aún no han extinguido la condena y están en libertad condicional.

Pese a lo anterior, se constató que, para la mayoría de entrevistados, la sola presencia de un antecedente penal (sin importar qué tan antiguo sea o a qué delito se refiera, pues, en general, no acceden a esta información detallada) implica, como ya se ha señalado, que el candidato al cargo vacante salga del proceso de selección.

Todo lo anterior coincide con la experiencia narrada por los pospenados en sus entrevistas, quienes relataron las dificultades que tuvieron –y que aún tienen– para obtener un empleo formal<sup>29</sup>, debido a que registran antecedentes. Así, por ejemplo, afirman: “Salimos marcados: ‘ex convictos’. Si vas a pedir un empleo lo primero que te van a pedir es pasado judicial, entonces mire a ver qué hace: o vuelve a delinquir o aguanta las humillaciones, porque son eso, humillaciones”. Algunos relatan que transcurrieron dos o tres años para poder acceder a un empleo; y otra de las entrevistadas, que había sido contratada por una empresa del sector de alimentos, perdió su trabajo a los tres meses, cuando sus empleadores indagaron por su pasado judicial, pese a que ella venía desarrollando sin problemas la labor encomendada.

También los pospenados se refieren, con preocupación, al fácil acceso que cualquier persona tiene al registro de antecedentes penales de otra, lo que confirma la situación anómala que se ha venido denunciando en este trabajo. En este sentido, señalan:

ya hace poquito [sic] salió lo de la internet, que usted con mi cédula puede averiguar los antecedentes, entonces se dan cuentan y dicen que esa persona no les sirve. [...] el internet

---

29 La mayoría tienen trabajos informales, o fueron vinculados por familiares o amigos, que no les exigen carencia de antecedentes penales para contratarlos.

dañó mucho esa parte, si se manejara como antes que era interno [sic], usted podría trabajar, porque a mí me pasó.

En definitiva, y como alguno de los entrevistados lo expone:

Los empresarios saben quién estuvo y quién no estuvo privado de la libertad, es una marca casi invisible pero que los empresarios la conocen. Entonces cuando yo pido mis antecedentes y los presento a una empresa ellos ya saben que yo estuve privado de la libertad. Ellos dicen 'nosotros te llamamos' pero esa llamada nunca llega y esa persona sigue viviendo, sigue consumiendo servicios, sigue dependiendo él de otros u otros de él, y esa persona llega un momento en el que empieza a desesperarse, a mirar cómo paga un arriendo, unos servicios públicos, cómo sostiene a su familia. Cuando esa persona ve que se le está cerrando ese mundo laboral, imagínese: ¿quién lo acoge? El mundo ilegal. El mundo ilegal tiene esa oferta, ellos no piden hojas de vida, si usted estuvo o no estuvo en la cárcel, allá no importa nada y siempre están dispuestos a atenderlo, entonces la gente empieza a buscar otra vez ese mundo delictivo y por supuesto terminan como todos: en la cárcel o muertos.

Sobre esta idea de la reincidencia, que aquí apenas se enuncia, se volverá más adelante.

#### **4.2. Tercerización del estudio de seguridad**

Un aspecto llamativo, presente en casi todas las empresas (excepto una) que han participado en esta investigación, es el hecho de que actualmente delegan el estudio de seguridad de los aspirantes a un empleo en otra empresa dedicada a ello. De este modo, las empresas de seguridad han adquirido cada vez más importancia dentro de los procesos de selección de personal de las empresas que las

subcontratan<sup>30</sup>, y el procedimiento que aquellas manejan suele ser similar: rastreo de antecedentes judiciales (que obviamente no se restringe al acceso a la página de la Policía Nacional o la Procuraduría<sup>31</sup>), visitas domiciliarias y, en algunos casos, incluso la práctica de la –muy cuestionada– prueba de polígrafo. Todo ello contribuye a que el acceso a los antecedentes penales durante el proceso de selección de personal sea mucho más detallado, expedito y fácil, en comparación con el que podría tener la empresa que oferta el empleo.

#### **4.3. La “hipótesis del contacto” o el “supuesto de la cercanía”**

En esta investigación se ha querido denominar así, siguiendo las reflexiones de Allport (1954, pp. 261 y ss.) y Christie (2004, pp. 11 y ss.), al siguiente caso hipotético que se planteó en las entrevistas con empleadores, una vez el entrevistado afirmaba que no contrataría a alguien con un antecedente penal: un trabajador de la empresa lleva 5 o 10 años trabajando de manera ejemplar, sin cometer ninguna falta y desarrollando sus actividades con responsabilidad e iniciativa. Se ha ganado la confianza de sus jefes, hasta el punto de ser candidato a un ascenso. Sin embargo, en

---

30 Un fenómeno muy similar parece presentarse en Estados Unidos. Como lo exponen JACOBS y LARRAURI (2010), “la persona que no quiera dedicar tiempo y esfuerzo a la búsqueda de antecedentes penales, puede obtener la información del floreciente mercado de vendedores de información privada. Estas compañías realizan las pesquisas, por un precio, tanto a nivel local como estatal y federal. Pueden localizar la información examinando los documentos en cada tribunal, o, cada vez más, a través de las bases de datos electrónicas de los tribunales” (p. 5).

31 Puede incluir, por ejemplo, rastreo de multas y sanciones por infracciones de tránsito; Contraloría; Interpol; Lista Clinton, Libreta militar; e, incluso, información reservada a la Fiscalía General de la Nación.

un nuevo estudio de seguridad<sup>32</sup> le aparece un antecedente penal, anterior a su vinculación a la empresa, pero que no había aparecido en los primeros informes, cuando el trabajador fue contratado. Se preguntó a los entrevistados si despedirían al empleado, y la respuesta unánime fue negativa. Calificaron este caso como “diferente”, por el hecho de que ya conocían al empleado, su núcleo familiar, su forma de trabajar, su manera de comportarse, etcétera, y algunos llegaron a manifestar que incluso, de requerirlo, le brindarían asistencia jurídica desde la empresa.

Todo esto, como ya se ha dicho, confirma los planteamientos de Allport (1954) y de Christie (2004). El primero de los autores plantea que, mientras más estrecho y prolongado sea el contacto entre las personas, menores serán los prejuicios (p. 267), aunque advierte que debe tratarse de un tipo de contacto que conduzca a las personas a hacer cosas conjuntamente, con un objetivo común, para que pueda generar cambios en las actitudes iniciales de exclusión o rechazo (p. 276). Por su parte, Christie (2004) afirma que:

En sistemas sociales con mucha comunicación interna obtendríamos más información sobre la gente que nos rodea. Entre gente desconocida, los funcionarios oficiales se convierten en la única alternativa de control. Pero algunas categorías de tales funcionarios generan delito por su mera existencia. La institución penal está en una situación análoga a la del rey Midas. Todo lo que él tocaba se convertía en oro, y, como todos sabemos, murió de hambre. Mucho de lo que la policía toca y todo lo que la prisión toca, se convierte en delitos y

---

32 Dos de los empleadores nos explicaron que el estudio de seguridad que se hace, cuando la persona está aspirando a una vacante de empleo, se suele repetir cada cierto período de tiempo, mientras la persona continúa vinculada a la empresa.

delinquentes, y se desvanecen las interpretaciones alternativas de actos y actores (p. 12).

Resulta entonces interesante, para efectos de esta investigación, la diferencia de actitud de los empleadores en el supuesto en que desconocen al candidato a una vacante de empleo, y no han tenido ningún acercamiento o contacto con él, y en el supuesto en que ya existe esta cercanía y un contacto prolongado, a raíz del trabajo conjunto en la empresa. En el primer supuesto suele ser preponderante el prejuicio por la presencia del antecedente penal, mientras que en el segundo supuesto el prejuicio se reduce o desaparece. Todo ello puede proporcionar pistas que desemboquen en propuestas concretas para el tratamiento de los pospenados y sus posibilidades de reincorporación social.

#### **4.4. Estímulos económicos para la contratación de personas con antecedentes penales**

Antes de hacer referencia a la percepción de los empleadores frente a este punto, resulta importante destacar que, según respuesta del Ministerio de Justicia al derecho de petición<sup>33</sup> que se envió en desarrollo de esta investigación, indagando por la existencia de estímulos para los empleadores que contraten trabajadores con antecedentes penales, “a la fecha no existen en Colombia estímulos tributarios para aquellas empresas o personas naturales que vinculen a población privada de la libertad o pospenados que hayan recuperado su libertad, producto de una sentencia condenatoria”. El Ministerio pone de relieve que

---

33 Radicado 0F117-0033173-DCP-3200.

antes se encontraba vigente el Artículo 59 de la Ley 1709 de 2014, que incorporaba estos estímulos<sup>34</sup>, pero la norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-602 de 2015, “al incumplir con los principios de legalidad y certeza tributaria”.

En cuanto a la percepción de los empleadores entrevistados, de manera unánime afirmaron que valorarían como positiva y acogerían una política que entregue estímulos económicos a las empresas que contraten personas con antecedentes penales. Ello, sin embargo, bajo dos condiciones: en primer lugar, que se trate de un estímulo económico realmente significativo; en segundo lugar, que dicho estímulo no esté sujeto a cláusulas de estabilidad laboral reforzada para empleados con antecedentes penales.

Todo lo anterior, además de un diagnóstico preliminar de la posición de los empresarios frente al tema de la contratación de personal con antecedentes penales, puede servir también como pauta orientativa para la creación y puesta en marcha de políticas públicas que faciliten el derecho a la reincorporación social de los pospenados.

---

34 El artículo indicaba: “Estímulos tributarios. El Gobierno Nacional creará y reglamentará los estímulos tributarios para aquellas empresas públicas y privadas, o personas naturales que se vinculen a los programas de trabajo y educación en las cárceles y penitenciarías, así como también incentivará la inversión, por parte de estas empresas, en los centros de reclusión con exoneración de impuestos o rebaja de ellos, al igual que a las empresas que incorporen en sus actividades a pospenados que hayan observado buena conducta certificada por el Consejo de Disciplina del respectivo centro de reclusión.

Parágrafo 1°. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) realizará los convenios que permitan la inclusión del sector público y privado en las actividades de resocialización de que trata la presente ley”.

#### **4.5. La imposibilidad de acceder a un empleo incrementa el riesgo de reincidencia**

Son varios los autores que defienden la idea de que los exconvictos que no logran obtener un empleo tienen un riesgo más alto de reincidir (Elías & Manzanos, 2011, p. 55; Larrauri, 2014, p. 51). En este sentido, el estudio realizado por Nally, Lockwood y Knutson (2012) en Indiana, Estados Unidos, reveló que el empleo y su estabilidad son factores decisivos para la no reincidencia de quienes han estado en prisión (pp. 23-24). Esta idea fue confirmada por los pospenados que fueron entrevistados, cuando se les preguntó si consideraban que la presencia de antecedentes es un factor que facilita la reincidencia delictiva. La respuesta unánime fue positiva, y, en ese sentido, destacan las siguientes apreciaciones: “uno sí sale con pensamientos positivos, con ganas de edificar una familia, de salir adelante, de luchar ¿cierto? Pero al ver que te van cerrando y cerrando puertas, entonces, ¿qué queda? La oferta que siempre va a estar, la oferta delictiva”; “lo que pasa es que uno sale y uno lo único que necesita es una oportunidad y aquí en la sociedad no las hay, entonces eso incide en que la persona vuelva a cometer delitos”; “es el punto para que mucha gente reincida, porque se te cierran las puertas y vos sos [sic] como un barquito sin timón en el mar, sin quién lo conduzca, y uno se siente así porque todo se cierra”. Uno de los entrevistados se preguntó: “¿quién tiene la primera oferta para las personas: el Estado o la delincuencia? También hay que cuestionar eso y van a ver quién en verdad tiene la primera oferta. Entonces también hay que mirar que las oportunidades son mucho para una persona recién salida de la cárcel”.

#### **4.6. La ausencia de programas de formación y capacitación adecuados para las personas privadas de la libertad disminuye las posibilidades de acceder a un empleo**

Todos los pospenados que participaron en este estudio coincidieron en afirmar que los establecimientos penitenciarios no ofrecen suficientes alternativas de educación y formación que los preparen para la vida en libertad, lo que, sin duda, disminuye sus posibilidades de acceder a un empleo formal; posibilidades que, como se ha afirmado, ya de por sí son reducidas por la presencia de antecedentes penales. Señalaron que el acceso a los cursos que se ofrecen es muy limitado y que, además, suelen ser cursos muy básicos.

Una persona que pase 5 años en la cárcel podría hacer una carrera profesional, esa persona debería salir con un arte, preparado para la vida laboral. Ese tiempo no debiera ser tan desperdiciado, debería ser estudio y trabajo, para tener las dos opciones cuando salga, salir preparado académicamente y con una experiencia laboral, y que la sociedad lo acoga de esa manera (entrevista a pospenado).

Esto expuso uno de los entrevistados. Y agregó: “Son seres humanos, y el ser humano tiene una capacidad impresionante de cambiar las cosas”.

#### **4.7. Otros factores de exclusión**

Como se ha visto hasta aquí, la presencia de antecedentes es un factor de exclusión social<sup>35</sup> que se manifiesta de manera más intensa en el ámbito laboral. Sin embargo, no es este el

---

35 En sentido similar, LARRAURI (2014, p. 61).

único ámbito en el que se produce dicha exclusión. Los pospenados mencionan, además, dos situaciones recurrentes: la primera, el estigma que producen en el ámbito familiar los antecedentes penales; la segunda, las dificultades (y, normalmente, imposibilidades) de acceder a un préstamo a nombre de la persona que registra los antecedentes.

Con respecto a lo primero, resulta concluyente el testimonio de uno de los entrevistados, que expresó lo siguiente:

Mire, el uno estar allá adentro le genera el estigma, es más, genera tanto estigma hasta en la misma familia<sup>36</sup>... si vos no contás [sic] con el apoyo de tu familia salís sin nada, ¿por qué? Porque hasta los mismos familiares, tíos, primos, te hacen aparte, como si fueras la oveja negra de la familia, como si no quisieran saber nada más de vos. Entonces ese es el vínculo familiar, nada más los de primera sangre, pues, hermanos, papá y mamá, son los que te van a dar la mano y esposa o esposo si lo tenés (sic). [...] todos decimos que pareciera como si saliéramos con un letrero imaginario en la frente que diga “estuve tanto tiempo privado de la libertad”.

Y en relación con lo segundo, cinco de los entrevistados hicieron especial hincapié en las dificultades que han tenido que sortear cuando han pretendido acceder a préstamos bancarios. La solución, para algunos, ha sido que algún familiar o persona muy cercana pida el préstamo a su nombre; no obstante, se trata de una alternativa difícil, y frente a la cual también son altas las posibilidades de recibir una respuesta negativa.

---

36 Alude a los efectos negativos de la pena para la familia del pospenado, el estudio realizado por CAMELO (2015), quien concluye que “la familia igualmente se ve afectada por la reclusión carcelaria, puesto que la mayoría de pospenados que eran casados o tenían una unión libre después pasan a ser solteros, por lo que la desestructuración de los hogares salta a la vista” (p. 92).

Esta exclusión, derivada de la calidad de pospenado, se traduce entonces en una especie de “segunda pena” o de “doble castigo”<sup>37</sup>, en palabras de los propios pospenados. Alguno de ellos, incluso, llegó a referirse a esta problemática en los siguientes términos: “En la sociedad... no, no es sociedad, para mí es una suciedad porque es la que más estigmatiza y es la que más rechaza. [...] Y se nos ve con otra cara y con otros ojos, entonces es muy duro. Fuera de eso salimos marcados: ‘ex convictos’”. De este modo, los antecedentes penales fungen como prolongación de la pena, pese a que la propia ley, como ya se advirtió<sup>38</sup>, dispone que “cumplida la pena los antecedentes criminales *no podrán ser por ningún motivo factor de discriminación social o legal* [...]”. Así, el derecho a la reincorporación social, que aquí se ha defendido, queda reducido a una mera declaración formal.

## 5. CONCLUSIONES Y ALGUNAS PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

– La reincorporación social es un derecho, y así lo reconocen normas internacionales que se integran a la Constitución en virtud del Bloque de Constitucionalidad. De ello se desprende la obligación, para el Estado, de brindar la asistencia y las oportunidades necesarias para un adecuado retorno a la vida en libertad.

– El derecho a la reincorporación social se ve obstaculizado por múltiples factores, entre los cuales destaca el inadecuado tratamiento de los antecedentes penales, en especial por dos factores: en primer lugar, por la inexistencia

---

37 Un autor como JACOBS (2015, p. 2) se refiere a los antecedentes penales como una especie de “hoja de vida” negativa.

38 Véase *supra*, apartado 3.3.

de una normativa clara y sistematizada, que regule de manera expresa cuestiones tales como la posibilidad de cancelación de los antecedentes y el procedimiento para realizarla, y las competencias de las distintas autoridades que tienen incidencia en el tratamiento de los antecedentes; en segundo lugar, por la libertad que de facto existe para que cualquier persona pueda acceder al registro de antecedentes penales de otra, pese a que la propia ley reconoce que dicha información está sujeta a las normas de protección de datos personales.

– La problemática frente al tratamiento normativo de los antecedentes penales ha derivado en soluciones para casos particulares, sobre todo por la vía de la acción de tutela. Se echa de menos la existencia de una verdadera política pública, que coordine a las autoridades y brinde soluciones generales y definitivas.

– El fácil acceso al registro de los antecedentes penales y la falta de normas expresas que regulen su cancelación dificulta las posibilidades de reincorporación social de los pospenados, especialmente en el ámbito laboral. Esto fue corroborado por empleadores y por los mismos pospenados que han experimentado el estigma que representa el haber cumplido una pena; estigma que no se manifiesta de forma exclusiva en el ámbito laboral, sino que se extiende a otras esferas y, en general, a la mayoría de los vínculos sociales, incluso los familiares.

– A continuación se dejan esbozadas algunas propuestas que pueden contribuir a mejorar la problemática descrita hasta aquí. Se advierte que, no solo por limitaciones de espacio, sino porque excedería el objeto de esta investigación, simplemente se enuncian, con el propósito de desarrollar su contenido en trabajos posteriores. En primer lugar, urge en Colombia una regulación expresa, clara y sistematizada del tratamiento de los antecedentes penales, en especial de

su posibilidad de cancelación<sup>39</sup>. Esto podría hacerse, como sucede en España, dentro del propio Código Penal, que establece el procedimiento y las autoridades competentes para decretar la cancelación; en segundo lugar, y para disminuir los efectos negativos de los antecedentes penales frente a las posibilidades de reincorporación social, resulta necesario restringir el acceso al registro de esta información, para que solo pueda ser consultada por el titular (o por quien él autorice) y por las autoridades que así lo soliciten; en tercer lugar, y en esta misma vía de restringir la publicidad de los antecedentes, parece conveniente –y muy fácil de implementar– que en todas las sentencias que se publican en las bases de datos de acceso público los nombres de los sujetos procesales se reemplacen por nombres ficticios o por las iniciales<sup>40</sup>, de tal manera que se impida encontrar la sentencia utilizando como criterio, en cualquier buscador de internet, el nombre del condenado; en cuarto lugar, resulta imperioso que se mejore la calidad y cobertura de la formación, capacitación y trabajo dentro de los centros penitenciarios, para que, al recobrar la libertad, los pospenados puedan acceder más fácilmente a un empleo formal; y, por último sería importante que el Gobierno retomara la idea de brindar estímulos económicos relevantes a los empresarios que contraten pospenados, pues ello podría contribuir, según lo expresado por los propios empresarios, a remover obstáculos en el proceso de reincorporación social.

---

39 Sobre la posibilidad de cancelación de antecedentes en otros países, véase ORTIZ y VARGAS (2012, p. 59). Y para el caso de España, véase BUENO (2006, *passim*) y LARRAURI (2013, p. 3).

40 Como sucede, por ejemplo, en España. Véase JACOBS y LARRAURI (2010, p. 21).

## 6. REFERENCIAS

- ALLPORT, G. W. (1954). *The nature of prejudice*. Cambridge, Mass.: Addison-Wesley Publishing Company.
- BUENO, F. (2006). *La cancelación de antecedentes penales*. Madrid: Aranzadi.
- CAMELO, E. C. (2015). *Política pública de reconocimiento del pospenado en el sistema penitenciario* (trabajo de grado). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- CASTILLO, L. A., HERNÁNDEZ, A. C., IREGUI, F., & KUHfeldt, K. I. (2013). *Los antecedentes judiciales en Colombia desde una perspectiva de derechos humanos*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- CHRISTIE, N. (2004). *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- CID MOLINÉ, J. (1998). Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos). *Jueces para la democracia*, (32), 36-48.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*.
- ELÍAS, A., & MANZANOS, C. (2001). Medidas para fomentar el empleo de las personas que han sido privadas de libertad. *Lan Harremanak*, (4), 53-88.
- ESPINOZA, O., & MARTÍNEZ, F. (2007). Políticas de reinserción post penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile. *Urvio*, (1), 117-134.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón*, Madrid: Trotta.
- JACOBS, J. B. (2015). *The eternal criminal record*. Londres: EBSCO.

- JACOBS, J. B., & LARRAURI, E. (2010). ¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España. *InDret*, 1-52.
- LARRAURI, E. (2013). ¿En qué empleos se exigen los antecedentes penales? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-14.
- LARRAURI, E. (2014). Legal protections against criminal background checks in Europe. *Punishment & Society*, 16(1), 50-73.
- LARRAURI, E. (2015). Antecedentes penales. *Eunomía*, (8), 153-159.
- LARRAURI, E., & JACOBS, J. B. (2011). Reinserción laboral y antecedentes penales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-25.
- MADRID, E. (2000). *Inconstitucionalidad en la Constitución: referente a los antecedentes penales*. Bogotá: Ibáñez.
- MANRIQUE GÓMEZ, V. (2015). El derecho al olvido: análisis comparativo de las fuentes internacionales con la regulación colombiana. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (14), 3-25.
- NALLY, J. M., LOCKWOOD, S., & KNUTSON, K. (2012). The Post-Release Employment and Recidivism among Different Types of Offenders with a Different Level of Education: A 5-Year Follow-Up Study in Indiana. *Justice Policy Journal*, 9(1).
- ORTIZ, D. P., & VARGAS, R. A. (2012). *Una aproximación a los límites de las actuaciones administrativas en materia de antecedentes penales*. Colombia 2010-2011 (tesis de grado). Bogotá: Universidad Libre.
- SOTOMAYOR, J. O., & TAMAYO F. L. (2017). Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del Art. 1 del C. P. colombiano. *Revista de Derecho*, (48), 21-53.

ZAPICO, M. (2009). ¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (13), 919-946.



Editado por el Departamento de Publicaciones  
de la Universidad Externado de Colombia  
en octubre de 2018

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos  
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos  
Bogotá (Colombia)

*Post tenebras spero lucem*

