

**MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD Y PENAS
ALTERNATIVAS COMO SOLUCIÓN A LA CRISIS CARCELARIA**

**MARÍA JOSÉ CRUZ MOSQUERA
GABRIELA PATRICIA PARRA ROA**

MONOGRAFÍA JURÍDICA

**Ph.D. Guillermo José Ospina López
Director**

Departamento de Derecho Penal

**Facultad de Ciencias Jurídicas
Pontificia Universidad Javeriana**

2019

Tabla de Contenido

Resumen:	3
Palabras clave:	3
Introducción	4
Capítulo I.....	7
El problema carcelario: el hacinamiento.....	7
Estado de cosas inconstitucional	12
Política Criminal en Colombia	15
Capítulo II.....	22
La detención preventiva	22
Régimen actual de la detención preventiva	22
Régimen de libertad.	23
Requisitos de procedencia.	29
Finalidad.	30
<i>La obstrucción de la justicia.</i>	31
Peligro de fuga o de no comparecencia.	32
<i>Peligro para la comunidad y/o la víctima.</i>	34
Ponderación de derechos y fines estatales (análisis y crítica).	35
<i>Imposición anticipada de la pena- privación injusta de la libertad.</i>	36
Derecho penal de autor no de acto.	38
<i>Presunción de responsabilidad penal – violación al principio de inocencia.</i>	39
<i>Peligro de no comparecencia, finalidad difusa.</i>	39
<i>Excesiva imposición de medidas de aseguramiento</i>	40
Medidas preventivas no privativas de la libertad – procedencia.	42
<i>Soluciones a partir de la estructuración de un sistema tendiente a la implementación de medidas alternativas no privativas.</i>	44
Capítulo III	47
Pena privativa de la libertad.....	47
Evolución de la pena en general, sus fines y soberanía de ejercicio	48
Fines de la pena en general	53
De la eficiencia de la política criminal colombiana enmarcada en los fines de la pena	55
De las alternativas	64
Del derecho a la verdad, justicia y reparación de las víctimas en un sistema penal con penas alternativas a la privativa de la libertad	76
Capítulo V	79
Conclusiones.....	79
Referencias	83
Anexos.....	90

Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad y penas alternativas como solución a la crisis carcelaria

Resumen: La estructuración de una política criminal basada en fenómenos esporádicos que despiertan consternación en el conglomerado social, resulta en la implementación de medidas de aseguramiento y penas privativas de la libertad como únicos mecanismos de preservación del proceso y/o de sanción penal, sin tener en cuenta mecanismos alternativos que permitan la consecución de las finalidades perseguidas por aquellas. Es así como, la creciente tendencia del sistema a la privación de la libertad ha propiciado un incremento en la población cancelaria, agravando la problemática del hacinamiento carcelario, que ha resultado ser fuente de vulneración sistemática de los derechos de los reclusos.

Palabras clave: Hacinamiento carcelario, medidas de aseguramiento, penas alternativas, privación de la libertad.

Abstract: A criminal policy that is structured around the occasional phenomenas that cause consternation within society has resulted in the implementation of protective measures and criminal penalties based only on imprisonment as a mechanism of punishment and/or protection of the process, without taking into account any alternative devices that may achieve those same goals. That is how the strong tendency of the criminal system to incarceration is increasing the prison population, aggravating the present problem of prison overcrowding that has resulted in the systematic violation of the prisoners human rights.

Key words: Prison overcrowding, protective measurements, alternative penalties, imprisonment

Introducción

Las naciones que se han erigido como un Estado social de Derecho, procuran la realización de “(...) la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes de orden constitucional”. (Corte constitucional, Sentencia C-1064, 2001). Cosa distinta no acontece en Colombia que, a través del artículo primero de su Constitución Política, se crea y consolida como un Estado social de Derecho, sentando sus bases en “el respeto por la dignidad humana” (Const., 1991, art. 1) y dándole prevalencia, dentro del ordenamiento jurídico, a los mandatos constitucionales, al alzar a la Constitución Política como “norma de normas” (Const., 1992, art. 4).

Así, los preceptos constitucionales se han transformado en el límite para la estructuración del sistema jurídico, obligando al legislador a la observancia de los mismos, a la hora de plantear las distintas normas que lo constituyen. Ejemplo de lo anterior se puede encontrar incluso dentro de la legislación penal, que ha establecido en sus Principios Rectores el respeto a la dignidad humana, en concordancia con el artículo primero de la Constitución Política (1991), donde dicho principio reposa como cimiento del Estado.

De este modo, el artículo 1º del Código Penal, contenido en el capítulo de normas rectoras de esta normativa, ha establecido expresamente que “El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”. Sin embargo, el principio de dignidad humana se ha ido desdibujando con el pasar de las décadas, pues el proceso penal colombiano ha traído consigo una serie de vulneraciones a los derechos fundamentales de procesados y condenados, propiciando un incumplimiento por parte del Estado de sus deberes como garante de los derechos de los individuos, y desconociendo la importancia de garantizar a los individuos espacios donde puedan desarrollarse, con la seguridad de que tendrán para sí un mínimo de derechos y garantías, en la última instancia del proceso, concerniente a la ejecución de la pena en particular.

Dicha vulneración de derechos ha surgido a raíz de la inexistencia de “(...) una política criminal sólida, que tenga objetivos claros y definidos, que esté fundamentada en criterios técnicos rigurosos y

que cuente con mecanismos de evaluación de su implementación”. (Grupo de Derecho de Interés público, 2011. p. 13). Todo lo cual ha propiciado el surgimiento de una política criminal “(...) reactiva, cambiante y fragmentada” (Grupo de Derecho de Interés público, 2011. p. 13), determinada por fenómenos “(...) coyunturales y casos emblemáticos que despiertan repudio social y ante los que se exige una reacción inmediata y contundente por parte del Gobierno” (Grupo de Derecho de Interés público, 2011. p. 14).

Es así como la cambiante mentalidad popular juega como factor determinante en la creación de la política criminal, pues al tratarse de una sociedad donde los distintos factores económicos, sociales y culturales, modifican el querer de los sujetos con el pasar de los años, estos empiezan a darle más o menos importancia a ciertas conductas delictivas, bien sea por la peligrosidad de los sujetos, la magnitud del delito, o el simple temor de verse afectados en su esfera personal, familiar o patrimonial. Por ello recurren al ente estatal como garante de sus derechos, para que les devuelva esa sensación de seguridad, a través de la estructuración de sanciones ejemplarizantes que desincentiven la comisión de delitos. (Uribe, 2013).

La aducida política, tal como se mencionará más adelante, ha sido estructurada de manera tal que prevalezca la imposición de penas y medidas privativas de la libertad, sin contemplar la posibilidad de implementar otros mecanismos de preservación del proceso y/o de sanción penal, que cumplan de igual forma con las finalidades perseguidas por la pena o la medida de aseguramiento, según sea el caso.

La estructuración de un sistema jurídico-penal que se fundamenta en la privación de la libertad, como el principal mecanismo —*prima ratio*— para alcanzar sus fines, ha propiciado el aumento del número de individuos que se encuentra recluido en los centros penitenciarios, significando un crecimiento exponencial de una problemática ya existente, como lo es el hacinamiento carcelario, que ha resultado ser la fuente primigenia de la transgresión a los derechos fundamentales de los reclusos (bien sean sindicados o condenados).

Esto, debido a que el ente estatal no cuenta con los recursos económicos (dinero), humanos (guardias de seguridad, médicos que presten servicios de salud, etc.), y físicos (camas, ropa, e incluso instalaciones donde realizar actividades físicas) suficientes para garantizar unas condiciones mínimas de reclusión dignas para toda la población carcelaria, que alcanza proporciones descomunales, propiciando que ésta se encuentre en condiciones decadentes y realmente preocupantes, tanto para las autoridades nacionales como extranjeras.

El siguiente trabajo investigativo busca evaluar la eficiencia de la política criminal actual y las posibles alternativas a implementar, frente a las medidas de aseguramiento y la pena, para propiciar la materialización de una política que permita alcanzar los fines perseguidos por el Estado a través del sistema penal, y en la cual se logre una minimización de un problema estructural como lo es el hacinamiento carcelario, que atenta directamente contra los derechos de aquellos que atraviesan el juicio o que ya se encuentran efectivamente condenados.

Así, se llevará a cabo un análisis de los principales factores que, a raíz de una política criminal basada casi exclusivamente en la pena o medida de aseguramiento privativa de la libertad, han fomentado el recrudecimiento progresivo del problema de hacinamiento carcelario, el cual afecta al país hace décadas, como lo son la imposición excesiva de medidas de aseguramiento carcelarias y la reticencia judicial a implementar penas alternativas que permitan una verdadera resocialización del individuo, pero que no impliquen enviar al sujeto a la cárcel.

Lo anterior, para finalmente llegar a determinar cómo las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad y la imposición de penas alternativas, favorecen una disminución exponencial en la población carcelaria, ayudando a mitigar el hacinamiento carcelario, sin dejar de ser suficientes e idóneas para lograr tanto la materialización de los fines de la pena (prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado) (Código penal, ley 599 de 2000, art. 4), como los de la medida de aseguramiento (protección de la víctima y/o la comunidad, comparecencia del indiciado

en el proceso, y evitar la obstrucción de la justicia) (Código de procedimiento penal, art. 296). de esta manera, se puede lograr finalmente que nuestro Estado Social de Derecho vuelva a ser de corte garantista, respetuoso de la dignidad humana como pilar fundamental de los Estados democráticos y equitativos.

Capítulo I

El problema carcelario: el hacinamiento

El hacinamiento carcelario es un problema de dimensiones descomunales que afecta el orden estatal, al punto de hacer temblar su legitimidad, pues propicia la vulneración sistemática de los derechos de aquellos que se encuentran reclusos y pone en duda la capacidad del Estado para proteger a sus gobernados y garantizarles un mínimo de derechos, más aún cuando se encuentran bajo su tutela.

En este capítulo se abordará este problema para lograr entender lo que implica para la Nación colombiana, más allá de las tristes imágenes presentadas día a día en las noticias de nuestro país. Para lograr este cometido, es necesario primero analizar el concepto de hacinamiento, definiendo específicamente el hacinamiento carcelario y dando a conocer cuáles son sus niveles en Colombia desde el 2008 hasta la actualidad. Posteriormente se explicará por qué el hacinamiento es un problema para el Estado social de Derecho, en razón a la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de los reclusos, que ha dado pie a la declaratoria, en reiteradas ocasiones, del “estado de cosas inconstitucional”, por parte de la H. Corte Constitucional, a través de sus sentencias T- 153 de 1998, T-388 de 2013 y finalmente en la T-762 de 2015, para procurar la protección de aquellos derechos que el Estado ha dejado de lado en su salvaguarda.

Finalmente se analizará lo que consideramos es la causa fundamental de esta problemática: la política criminal —o la falta de ella—, pues la ausencia de una política criminal debidamente estructurada y encaminada de tal forma que no pretenda únicamente la consecución de los fines de la pena y de la

medida de aseguramiento, sino también a la garantía de un mínimo de derechos para aquellos que se encuentran privados de la libertad; que no responda únicamente al querer del conglomerado social, sino también a las necesidades de la población que se encuentra en juicio o que ha sido condenada, ha propiciado la deslegitimización de nuestro Estado social de Derecho, que pasa a ser visto como un ente solamente castigador, que ha dejado de lado su deber de garantizar los derechos de sus gobernados.

Así las cosas, es fundamental, en primer lugar, ahondar en el concepto de “hacinamiento carcelario”, que ha sido definido como la: “(...) acumulación o amontonamiento de personas en el sistema carcelario considerado excesivo en relación con la capacidad máxima de los establecimientos penitenciarios” (Robles, 2011. p. 407).

Teniendo en cuenta que el hacinamiento, como se menciona en la cita anterior, es el exceso de personas, más allá de su capacidad, en un solo lugar, en este caso la cárcel, se ha generado gran preocupación en las autoridades nacionales y extranjeras, pues al apiñar una cantidad excesiva de gente en un espacio reducido, las consecuencias pueden resultar fatales.

La preocupación de las autoridades nacionales y extranjeras, entonces, ha llevado a que se pronuncien mediante distintas herramientas, tal es el caso de la H. Corte Constitucional que, a través de sus sentencias de tutela, declara el estado de cosas inconstitucional, haciendo diversas recomendaciones a las autoridades que participan dentro del sistema penal.

De igual forma, la Comisión Asesora de Política Criminal para el Estado colombiano (2012), emitió un informe diagnóstico mediante el cual analiza la situación actual del país en materia penitenciaria y carcelaria, y establece unos lineamientos para la estructuración de la política criminal. A través de este, la Unión Europea llega a presentar

(...) de manera sintética, comprensiva y asequible el estado actual de la cuestión criminal colombiana, las normas nacionales e internacionales que modulan la formulación de políticas criminales estatales, los desafíos más importantes que deben afrontar las políticas públicas que toquen el tema y como resultado del análisis sistemático de estos tópicos, los lineamientos y recomendaciones de política criminal (p. 6)

Como ejemplo de la preocupación de la comunidad internacional, se han presentado los informes llevados a cabo por la Organización de los Estados Americanos (OEA), a través de los cuales se hace un análisis sobre el uso de la detención preventiva en las Américas, y las implicaciones que el uso excesivo de aquellas ha traído para todos los Estados americanos, pues éste ha propiciado el incremento de la población carcelaria.

Entre las principales inquietudes de las distintas entidades, se encuentra el hecho de que los reclusos no cuentan con el espacio suficiente para desarrollar sus actividades diarias de una manera adecuada, algunos carecen de un lugar para dormir o hacer sus necesidades, e incluso no tienen acceso al agua potable. Lo que da pie a que se vean vulnerados los derechos de los reclusos, pues es deber del Estado garantizar una vida digna, aun estando dentro de un establecimiento carcelario

Ahora bien, según el informe estadístico realizado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), como ente encargado de ejecutar la política penitenciaria y carcelaria y de desarrollar el sistema de información penitenciaria (Decreto 4151 de 2011), se puede observar la realidad en la que viven los ciudadanos reclusos.

Tomando como muestra la información proporcionada por las autoridades carcelarias, contenida en el ANEXO 1, en los últimos 8 años, se puede observar que las fluctuaciones del hacinamiento carcelario se deben a la influencia de una cambiante política criminal. Es así como entre el 2010 y el 2013, se dio un incremento desmedido del hacinamiento carcelario.

Lo anterior se debe a una tendencia al incremento de la pena, lo cual trae como consecuencia el hecho de que más delitos sean susceptibles de la imposición de medidas de aseguramiento. Un ejemplo de ello se encuentra en la ley 1453 de 2011, mediante la cual se modifica el artículo 130 del Código Penal, y se establece como situación agravante de los delitos de “abandono” y “abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”, el hecho de que el abandonado sufra algún tipo de lesión personal, lo que propiciará un incremento hasta

de una cuarta parte en la pena de prisión. Además, a través de esta misma ley, se crean nuevas conductas punibles, como lo sería la contenida en el artículo sexto, a través del cual se le imponen penas hasta de 60 años de cárcel a aquel que ose traficar con niños o adolescentes.

De igual forma, en el 2011 se expide la ley 1474, que logró excluir “los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional (...)” (ley 1474, 2011, art. 13), para aquellos que han cometido delitos contra la administración pública. Sin embargo, entre 2013 y 2014 se da una reducción de aquél, que se produjo a raíz de la implementación de la ley 1709 de 2014, ya que ésta propició una excarcelación masiva de individuos al consagrar un régimen más favorable, en materia de libertad condicional, ante la posible buena conducta del sujeto (Inpec, 2017).

Así las cosas, la mencionada norma tiene como principal propósito reducir la población carcelaria, pues

(...) permite que las personas que hayan sido condenadas a una pena menor de ocho años de cárcel y no tengan antecedentes, podrán pedir la detención domiciliaria y que el no pago de la multa impuesta a una persona cuando es condenada, ya no será un impedimento para salir de prisión pues podrá pagarse, por ejemplo, con un servicio a la comunidad (Forero y Pinto, s.f, p. 2).

No obstante lo anterior, entre los años 2015 y 2016 se da un incremento del índice de hacinamiento carcelario, que surge a raíz de la cambiante política criminal, pues la respuesta del Estado ante fenómenos de gran trascendencia en el ámbito penal, se limita únicamente a incrementar las penas, criminalizar una mayor cantidad de conductas, o implementar medidas de aseguramiento privativas de la libertad, para devolver al conglomerado social la sensación de seguridad que anhela, sin existir una verdadera planeación a la hora de estructurar la aducida política (Grupo de derecho de Interés público, 2011).

Finalmente, resulta observable una disminución del hacinamiento carcelario en el período comprendido entre el año 2017 y 2018, relacionado con la implementación de las leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016 (Inpec, 2018a), que modifican la ley 906 de 2004 en materia de medidas de aseguramiento,

las cuales permiten una reducción en la población carcelaria, debido a que establecen un límite de tiempo de un año para la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad (Orrego, 2017).

De igual forma, estas leyes establecen un régimen de causales de libertad que propician la liberación inmediata del procesado si se encuentra dentro de alguna de las situaciones allí contempladas, tales como la aplicación del principio de oportunidad, el cumplimiento de la pena anticipada, acuerdo entre las partes aprobado por el juez, entre otros. Además, tocan la excepcionalidad y el carácter residual de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, pues ésta solo podrá imponerse cuando las no privativas no cumplan con el fin de la medida (ley 1760 de 2015). Todo lo anterior, con el fin de fomentar la excarcelación o evitar la privación de la libertad de forma arbitraria e innecesaria.

Si bien mediante las aducidas normas no se modifica la tendencia estatal a sancionar con cárcel gran cantidad de conductas punibles, sí se logra observar un esfuerzo por parte del Estado de reducir la población carcelaria. Sin embargo, a pesar del interés estatal por resolver esta problemática, no se ha alcanzado una reducción importante en el índice de la misma, por lo cual resultaría necesario establecer diversos mecanismos que puedan propiciar una disminución real y efectiva en la población carcelaria, y eviten la excesiva imposición de medidas o penas que impliquen la privación de la libertad en establecimiento carcelario.

Desde otra perspectiva, y teniendo en cuenta que la imposición de medidas de aseguramiento carcelarias, o el cumplimiento de pena intramural, es el factor que determina un incremento en la población carcelaria del país, es necesario llevar a cabo un análisis detenido sobre la población reclusa, puesto que mediante un análisis estadístico llevado a cabo por el INPEC (2017), se puede observar la incidencia de algunos factores en el hacinamiento en particular, tal como se verá en el ANEXO 2.

Con base en la aquella gráfica, se puede observar la injerencia de la población sindicada y condenada, en el índice de hacinamiento carcelario. Así, resulta evidente que, la más de las veces, solo la población

condenada supera la capacidad del establecimiento carcelario, como se puede ver en los datos del año 2017, pues la capacidad era de 78.853 y la cantidad de condenados ascendía a 81.082.

Se podría analizar, entonces, que el hacinamiento surge gracias a la imposición de penas privativas de la libertad, sin tener en cuenta la capacidad de las cárceles. No obstante, la pena no es el único factor a la hora de analizar la problemática del hacinamiento carcelario, pues si bien la imposición de medidas de aseguramiento por sí sola no propicia que la población carcelaria supere el límite de capacidad del establecimiento penitenciario, —ya que la población sindicada siempre se encuentra por debajo del aforo de la cárcel—, ésta, aunada a la imposición de penas, sí ha llevado a que el porcentaje de hacinamiento se incremente más allá del 40% entre el 2010 y el 2018.

Estado de cosas inconstitucional

Aunque el hacinamiento carcelario es un problema per se, aquel lleva incurso un inconveniente aún mayor, pues implica el incumplimiento por parte del Estado de sus deberes constitucionalmente establecidos, debido a que es su obligación garantizar un mínimo de derechos a aquellos que se encuentran presos, como lo serían el derecho a la vida y la integridad física y mental, a la salud, a la intimidad, a la dignidad humana, a vivir en un ambiente salubre e higiénico, derecho a la recreación, entre otros (Corte Constitucional, Sentencia T- 388 de 2013).

A raíz del aducido hacinamiento se ha venido produciendo la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de los reclusos, a tal punto que la H. Corte Constitucional ha llegado a declarar, en reiteradas ocasiones, “el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario (ECI)”.

En ese sentido, es fundamental entender el concepto de ECI, que ha sido determinado como la situación en que

(...) (1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales. (Corte constitucional, Sentencia T-762 de 2015, p. 79).

De acuerdo a ello, la Corte Constitucional, desde su creación en 1991 hasta el día de hoy, ha proferido 3 sentencias de fundamental relevancia, donde expresa su preocupación a raíz de la dramática situación en la que se encuentra la población carcelaria de Colombia y, a través de las mismas, ha exhortado al gobierno para aplicar distintas y variadas soluciones, con el fin de mitigar la vulneración masiva de los derechos fundamentales, dentro de estos establecimientos.

Inicialmente, la Corporación se pronunció ante esta problemática, mediante la Sentencia T-153 de 1998, en la cual mencionó por vez primera el ECI de las cárceles. Las circunstancias que llevaron, a aquella decisión fueron “(...) las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos” (p. 78). Ante esta situación, la Corte decidió exhortar al gobierno a iniciar un plan de construcción y reestructuración arquitectónica, en aras de modificar la estructura carcelaria, con el propósito de dar solución al problema, mediante la implementación de mecanismos tendientes únicamente a la modificación de la infraestructura.

Posteriormente, se emite la Sentencia T-388 de 2013, como una respuesta a la continuidad de las dificultades carcelarias, ya que, si bien se entendió superado el ECI existente en 1998, que giraba en torno a problemáticas de infraestructura, la situación de vulneración sistemática de derechos no siguió el mismo camino. Por lo anterior llegó a concluirse que el problema no se resolvía con la construcción de más cárceles, sino mediante la reestructuración de la política criminal, que fue catalogada como la causa principal de esta situación en particular.

Así, en esta sentencia nuevamente se declara un ECI, ahora enfocado en la ausencia de una política criminal que permita el funcionamiento armónico de cada uno de los órganos que conforma las distintas instancias del proceso penal, recomendando el reenfoque del derecho penal como última ratio, y enfatizando en la prevención, resocialización e implementación de medidas punitivas que no necesariamente impliquen la privación de la libertad en establecimiento carcelario.

Finalmente, la Sentencia T-762 de 2015 aparece para reiterar el ECI declarado en el 2013, analizando 18 expedientes de acciones de tutela, donde se describían situaciones alarmantes en cuanto a la vulneración continua y generalizada, que persistía en los establecimientos carcelarios.

A través de lo expuesto por los accionantes, se pudo evidenciar que las situaciones resultaban ser semejantes en los 16 centros carcelarios referidos en los distintos expedientes. Dentro de los hechos descritos, los reclusos refirieron la ausencia de condiciones que les permitiesen una vida digna mientras se encontraban privados de la libertad; situaciones tales como deficiencias sanitarias, pues los individuos no tienen acceso a agua potable, ni existen suficientes baños donde aquellos pudiesen hacer sus necesidades, propiciando la materialización de situaciones poco higiénicas que dan pie al surgimiento de enfermedades, las cuales resultan en una epidemia, por cuanto no existen los medios suficientes para atender a los enfermos de manera oportuna, dando pie a que el resto de los reclusos se contagien.

Adicionalmente, el espacio resulta insuficiente para la cantidad de reclusos, lo que da lugar a que se encuentren apiñados y no puedan desarrollar sus actividades de manera normal. Ejemplo de lo anterior es que algunos se vieron obligados a dormir en pasillos, techos, baños, a falta de espacio y de una cama donde descansar, e incluso resultó imposible garantizar la privacidad durante las visitas conyugales, lo que vulnera los derechos tanto del recluso, como de los familiares, exteriorizando así la vulneración de los derechos fundamentales, que va más allá de los muros del centro carcelario.

Cabe remarcar que, al no existir espacio suficiente, es imposible separar la población sindicada de la condenada, lo cual también vulnera los derechos fundamentales de aquellos que se presumen inocentes hasta tanto no se profiera sentencia en su contra, pues a pesar de encontrarse privados de la libertad no deben ser tratados como los condenados, ni ser sometidos con ello a un castigo anticipado, que implica un trato doblemente injusto, pues además de tener que vivir la penosa situación en que se encuentran los reclusos, se les está violando su derecho a la presunción de inocencia.

Teniendo en cuenta estas terribles circunstancias, la Corte decide reiterar el ECI de la sentencia T-388 de 2013 y procede a impartir una serie de sugerencias a distintos órganos, con el fin de que las implementen de manera armónica y se les haga seguimiento para garantizar la erradicación del hacinamiento.

Tales sugerencias van encaminadas a la articulación de una política criminal enfocada en prevención del delito, en la promoción de la conciencia social del derecho penal como *ultima ratio*, y en el planteamiento de medidas sostenibles, que permitan la materialización de los fines del derecho penal, sin la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos reclusos, especialmente evitando la privación de la libertad dentro de establecimiento carcelario (tanto para la pena, como para la medida de aseguramiento).

Política Criminal en Colombia

En vista de que la política criminal es actualmente la principal, sino la única, raíz del ECI, reconocido por la Corte, resulta importante entender qué es una política criminal, cómo está diseñada en nuestro país y de qué manera aporta al crecimiento del problema de hacinamiento actual que trae consigo el ECI del Sistema penitenciario y Carcelario de Colombia.

La política pública es el conjunto de procedimientos que adopta un gobierno para enfrentar los asuntos que afectan a una sociedad en relación con una problemática o asunto determinado. En el caso de la política criminal su enfoque, es el crimen, o como dice con mayor precisión la Corte Constitucional:

(...) conjunto de respuestas que un Estado adopta para hacer frente a las conductas punibles, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en su jurisdicción. En esa medida, busca combatir la criminalidad a partir de diferentes estrategias y acciones en el ámbito social, jurídico, económico, cultural, administrativo y/o tecnológico, entre otros (Sentencia T-762 de 2015, p. 2).

Bajo este entendido, es claro que la política criminal implica un diseño interdisciplinario que interesa y requiere de expertos más allá del derecho para su creación y cumplimiento. Sin embargo, para interés

de este trabajo, el enfoque principal de la política criminal a analizar será la tendencia legislativa dada en Colombia para enfrentar las “conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicios social” (Corte Constitucional, Sentencia C-646 de 2001, p. 2 -3) contrarias a los intereses del Estado, junto con su consecuencia lógica, la encarcelación de los sujetos activos que motiva el hacinamiento carcelario.

La primera fase de la política criminal es categorizar lo que va a ser considerado por un Estado como una conducta criminal, para, de esta manera, limitar el alcance del Estado y enfocar sus fuerzas en un objeto particular, esto se llama criminalización primaria, y se hace mediante las normas penales, cuya estructura se basa en enunciar un sujeto, la conducta o prohibición junto con su consecuencia lógica, la pena correspondiente, todo enfocado en la protección de un bien jurídico de particular interés del derecho penal. Luego, se sigue con la fase de criminalización secundaria, esto es la asignación de responsabilidad penal a un individuo que realiza el comportamiento descrito en una norma, mediante la investigación y judicialización de su conducta. Finalmente, está la criminalización terciaria, que es la ejecución de la pena asignada, donde se materializan las consecuencias de las dos primeras (Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015).

En cuanto a la etapa legislativa, más de una vez se ha hablado del desorden regulatorio que existe en cuanto a la política penal, tendiendo a criminalizar conductas cuya visión no debería ser de importancia penal, pues esta rama del derecho debería ser la *última ratio* del Estado. La alta tendencia a criminalizar múltiples conductas es muestra de la falta de planeación del Estado y en muchas ocasiones el populismo que influencia la política criminal, en lugar de razones lógicas y empíricas, que buscan un objetivo claro, disminuir la criminalidad:

La política criminal colombiana se ha caracterizado por ser reactiva, desprovista de una adecuada fundamentación empírica, incoherente, tendiente al endurecimiento punitivo, populista, poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional, subordinada a la política de seguridad, volátil y débil. Estas características resultan problemáticas, en tanto, desligan la política criminal de sus objetivos principales: combatir la criminalidad y lograr la efectiva resocialización de los condenados. (Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015, p. 83)

Un ejemplo claro de lo afirmado por la Corte en el 2015 se dio luego de la expedición del nuevo Código de Procedimiento penal en 2004, situación que se usó de excusa para reformar de nuevo el Código penal expedido en el 2000, para adaptarlo a esa nueva legislación (en ese momento); es menester remarcar que esta reforma, a solo cuatro años de la expedición del Código penal, fue precedida por otras doce modificaciones durante los 3 años siguientes a su expedición, muchas, sino todas, indiferentes a la Constitución. (Velásquez, 2005). Esta reforma que se trae a colación, como ejemplo fehaciente de la improvisación legislativa colombiana en materia penal, trajo consigo los siguientes “micos”, aparte del sistema acusatorio que dio lugar a la reforma: 1) un nuevo tipo penal relacionado con la custodia sobre el hijo menor de edad, 2) se dificultó la posibilidad de acceso a penas sustitutivas y a la libertad condicional con la exigencia del “pago total de la multa impuesta en sentencia” y el aumento del tiempo de pena cumplido, y 3) se aumentaron las penas existentes. Es claro el recrudecimiento de la Política criminal en estas modificaciones enunciadas, que como menciona Velásquez (2005), hacen de los “sustitutivos en la excepción y no en la norma general, lo que es trasunto de una Política criminal altamente represiva y de contornos autoritarios.” (p.6). Este es solo un ejemplo escandalizante de lo reactivo de la legislación en materia penal, sobre el cual no se debe olvidar su falta de congruencia y razonabilidad en su ejecución, pues no solo las modificaciones no respondían a la razón de la reforma, ejemplo claro de la desorganización, sino que eran sustantivamente contrarias a la Constitución, especialmente frente al límite que debe existir en cuanto a la potestad punitiva del Estado (por el tipo de ley esgrimido para reformar la cuantía de las penas utilizadas y la falta de limitación del alcance estatal por la falta de pautas claras). (Velásquez, 2005). Situaciones como estas dan lugar a que se diga que Colombia carece de una política criminal real.

Este mismo recrudecimiento descrito en las penas se extiende también al tratamiento que se da a la detención preventiva, por cuanto, con la Ley 906 de 2004 (aún vigente), se amplió el alcance de estas medidas a: 1) cubrir todo tipo de delitos; 2) ampliar los presupuestos para su aplicación (reduciendo sus

requisitos materiales); 3) ampliar interpretativamente su finalidad (y con esto la posibilidad de aplicación); y 4) se eliminaron algunas causales de libertad provisional (manteniendo en prisión preventiva a más personas que antes habrían mantenido o recuperado su libertad hasta el final del proceso). Lo anteriormente descrito logró hacer de la detención preventiva la regla general en lugar de la excepción, como debería ser en un Estado liberal como Colombia. (Vélez, 2012).

Es importante remarcar que la situación descrita con la medida de aseguramiento tiene influencias similares a las de la pena en cuanto a lo que son los medios de comunicación, que alimentan esa necesidad popular de atacar la peligrosidad más allá de la certeza de la misma, pues:

Ante tal influencia mediática, difícilmente los “peligrosos” tendrán escapatoria, pues rara vez el análisis sobre la procedencia de la medida de aseguramiento estará despojada de los prejuicios que sobre ellos se ha construido, máxime cuando es la propia ley la encargada de decir, ex ante, quiénes son los peligrosos para una sociedad. (Vélez, 2012, p.190).

Este tipo de situaciones, donde la ley y quienes la ejecutan se ven guiados por factores subjetivos en su proceder, dan lugar a que la medida de aseguramiento pase de ser excepcional a la regla general. Lo anterior, junto con la situación descrita de la pena en Colombia, solo incrementa el hacinamiento en las cárceles, con todas sus consecuencias sociales.

El desorden legislativo, por tanto, ha incrementado la crisis de hacinamiento, lo cual le ha ameritado al sistema penal y carcelario la categorización del ECI; se trata de la tendencia a criminalizar gran cantidad de conductas, muchas en respuesta a situaciones de influencia meramente mediática, en un afán de satisfacer a las masas, al punto de considerarse la política criminal, que se materializa primeramente en su legislación, como una política primariamente populista (Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015).

Para evidenciar el desorden legislativo, previamente ejemplificado, se hace necesario hablar, igualmente, sobre el marco normativo que materializa este aspecto de la política criminal, pues es ahí donde se ven los fines de la misma, en cuanto a su alcance y los medios que utiliza. En un principio, la Constitución Política, como norma de normas, es la que da fundamento a todas las políticas estatales.

Siendo que en su primer artículo enuncia que el Estado se fundamente en la dignidad humana, no es inesperado pensar que así mismo debe ser este el estandarte de la política criminal.

Luego está la ley penal, que, si bien no es lo mismo que la política criminal, no se puede negar que es su más fiel instrumento de materialización. Entendemos, entonces, que:

La política criminal, como ya se explicó, no se reduce a la política penal ni se confunde con el derecho penal pues tiene una dimensión más amplia. Sin embargo, el recurso al instrumento penal es el elemento distintivo de la política criminal, que la diferencia de las otras políticas públicas. (Comisión asesora de política criminal, 2012, p. 42).

En el Código Penal encontramos los principios rectores del derecho penal, las funciones que se tienen predeterminadas para la pena y la medida de aseguramiento, la integración de este código a la Constitución Política y demás normas, nacionales e internacionales, que versen sobre derechos humano, y las conductas mismas sobre las que actúa (Código Penal, Ley 599 de 2000). Dentro de los principios rectores están la dignidad humana, como principio pilar; la legalidad, como expresión de la primacía de ese código para la criminalización primaria (consignar en la ley las conductas que serán consideradas como delito); y los principios que deben guiar la sanción de estas conductas, la criminalización terciaria (proporcionalidad, necesidad -la pena impuesta debe servir para sus fines de preservar la armonía social-; utilidad -ser socialmente necesaria-; y humanidad) (Comisión asesora de política criminal, 2012).

Bajo el entendido anterior, especialmente frente al enfoque de la legalidad, toda conducta que esté consignada en el código penal como sancionable es de interés del derecho penal y por ende de la política criminal (si bien el derecho penal no es toda la política criminal, la política criminal sí es todo el derecho penal).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto hasta el momento, en este trabajo nos limitamos, dentro de este mismo apartado, a analizar la cantidad de conductas consignadas en el Código Penal y su aumento desde su expedición, además de estudiar para cuántas de estas conductas la pena principal es la privación

de la libertad, sola o acompañada de otra modalidad de pena, con una tendencia clara al endurecimiento de las mismas con el paso del tiempo.

En la parte especial del Código Penal, donde se encuentran consignados los tipos penales (descripción de conductas junto con sus respectivas penas), se encuentran 372 artículos (desde el artículo 101 al 473) de los 476 artículos del código, es decir un 78,15% del contenido de la norma penal, dedicados a enunciar conductas punibles, junto con sus atenuantes y agravantes. Además de esto, es importante remarcar que, en los 11 primeros años del Código, desde el 2000, fueron agregados 47 tipos penales y se elevaron las penas a 80 delitos, aumentando así el número de personas privadas de la libertad a mayor escala de tiempo. Esto, no obstante, es un grano de arena más al empeoramiento de la situación de hacinamiento en las cárceles como respuesta al pedido popular y mediático, no reflexivo, pues no se refleja en una disminución del delito, pero sí en una mayor permanencia de los reclusos, mientras entran progresivamente más personas dentro de un mismo periodo de tiempo. Es claro, por lo tanto, que no se analizó desde un enfoque empírico si los resultados de tales decisiones disminuirían el crimen en sí mismo, de hecho las estadísticas, tales como las del INPEC y la Policía Nacional, no muestran una respuesta positiva por parte de los índices de criminalidad:

La tendencia al endurecimiento punitivo es una característica de la política criminal colombiana que, según el diagnóstico realizado por la Comisión Asesora, puede evidenciarse a partir del estudio de: (i) la creación de nuevas conductas penales, (ii) el incremento en las penas mínimas y máximas de los delitos existentes y, (iii) el aumento de las personas privadas de la libertad. (Corte constitucional, Sentencia T-762 de 2015, p.78).

Es claro que esta tendencia reactiva al endurecimiento punitivo, no solo es irreflexiva, sino, en muchos casos, contra-indicativa, por la falta de estudio para la adopción de medidas y los resultados visibles en la situación carcelaria, ya descritos con anterioridad. Además, esta tendencia es contraria a la lógica que debe seguir nuestro Estado, en cuanto a que el derecho penal es de *ultima ratio*, al abarcar tantos comportamientos y con tal fuerza. Tal es esta tendencia que el 34,75% de los delitos consignados en el Código Penal tienen una pena superior a 4 años de prisión, tiempo determinado como requisito

cuantitativo para imponer la medida de aseguramiento (Código Penal, Ley 599 del 2000. Parte especial). Estos números dan lugar a ver que no solo la mayoría de delitos tienen como consecuencia la cárcel, sino que su duración es larga y acumulativa, pues muchos más entran, condenados y sindicados, frente al número de personas que salen, a raíz del tiempo que deben permanecer en prisión, lo cual implica una mayor cantidad de personas en un mismo espacio, al mismo tiempo.

Analizada la criminalización primaria, es menester pasar a la secundaria. Esta etapa es la de investigación de la conducta realizada para determinar el responsable penal de la misma. Durante esta etapa la tendencia legal se dirige al uso de medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Ello implica que, en las cárceles, padeciendo las consecuencias inconstitucionales del hacinamiento no solo hay culpables, cuyos derechos se ven limitados por la realización comprobada de una conducta punible, sino también personas presuntamente inocentes.

Es primordial entender que en Colombia la tendencia es al uso de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, y que tal tendencia no hace más que agregar al problema actual, pues parte de los números de hacinamiento son esas personas que se encuentran en prisión preventiva. Tal situación se presenta, además, por el hecho de tratar de satisfacer la necesidad popular y mediática de privar de la libertad a los investigados, pretendiendo con ello combatir la delincuencia, sin tener en cuenta que dentro de los espacios penitenciarios se encuentran personas que aún no han sido señaladas responsables penales, cosa que es contraria a un Estado basado en la protección de los derechos fundamentales en pro de la dignidad humana. De esta manera, vemos que:

La prisión preventiva atiende a presiones sociales y mediáticas que apuestan, únicamente, por la represión penal como forma de contrarrestar la delincuencia (populismo punitivo), y que olvidan que dicha figura, en un Estado Social de Derecho, debe tener un carácter restringido (Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015, p. 83).

Son todas estas circunstancias las que terminan manifestando una situación de vulneración sistemática de derechos fundamentales durante la criminalización terciaria, la ejecución de la pena, gracias al hacinamiento causado. Ante esto, es posible concluir que la política criminal, en lugar de enfrentar el

hacinamiento mediante el establecimiento de objetivos claros y la búsqueda de mecanismos reflexivamente encaminados a lograrlos, se comporta como agente exacerbante del problema por sus tendencias reactivas y populistas con enfoque intramural, que agrava el hacinamiento y con esto el ECI.

Así,

A partir de lo desarrollado sobre (i) la reactividad en la formulación de la política criminal en Colombia, (ii) la incoherencia normativa e institucional que esa práctica genera y (iii) la ausencia de fundamentación empírica, se puede concluir que, hasta hace pocos años, la política criminal se concebía como una simple unión de acciones en contra de la criminalidad, muchas veces descoordinadas, sin seguimiento, sin objetivos claros, y sin sustento.

En efecto, el hacinamiento y la crisis actual del sistema penitenciario y carcelario, son consecuencia de los niveles de inestabilidad y de ausencia de coordinación estatal en esta materia (Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015, p. 80)

En la actualidad, al analizar el fenómeno del hacinamiento carcelario, solo se ha reparado en la injerencia de la imposición de penas sobre el mismo. Sin embargo, el aducido fenómeno también se ve influenciado por la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad en establecimiento carcelario, debido a que la implementación de las mismas implica un incremento en la población carcelaria, que da pie a la posterior producción del hacinamiento carcelario.

Es por lo anterior que resulta de esencial importancia analizar la medida de aseguramiento carcelaria, para determinar si su imposición se justifica en razón de los fines estatales, y si responde a los parámetros internacionalmente establecidos, para determinar la procedencia de la misma.

Capítulo II

La detención preventiva

Régimen actual de la detención preventiva

En Colombia, la detención preventiva dentro del ordenamiento jurídico-penal, ha sido estructurada como una figura excepcional, pues la regla general es que solo podrá privarse de la libertad a la persona que ha sido oída y vencida en juicio. Sin embargo, a raíz de “(...) la implementación de la ley 906 de

2004; marco legal al que se le atribuye un plus garantista, la medida de aseguramiento se ha venido convirtiendo en el común denominador, no en la regla excepcional” (Robayo, 2013. Pg. 10)

Régimen de libertad.

En primera instancia, resulta de fundamental importancia remarcar que el mecanismo de detención preventiva implica la afectación del derecho a la libertad de una persona, ya que, siendo considerada como presunto autor o partícipe de la realización de un hecho punible y debiendo ser tratada como inocente, será privada transitoriamente de la misma, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

Teniendo en cuenta, que la imposición de la medida de aseguramiento, trae consigo la limitación de un derecho tan importante para el individuo, como es el Derecho a la libertad, se tuvo en cuenta al estructurar la regulación, una serie de instrumentos internacionales constitutivos del bloque de constitucionalidad, que expresan que la privación de la libertad se debe imponer siempre y cuando se esté en cumplimiento de los requisitos previamente establecidos dentro de los diversos cuerpos normativos, expresando de este modo la aplicación excepcional de la medida. Es así como el artículo 28 de la Carta Política establece el derecho a la libertad, aduciendo que:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (...)
(el subrayado es nuestro)

De igual forma, tratados internacionales ratificados por Colombia, que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, han llegado a establecer una serie de lineamientos, con el fin de poder estructurar los límites a la detención preventiva. Por ejemplo, el Pacto de San José (Convención americana sobre Derechos Humanos), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo séptimo, numeral segundo, establece que: “Nadie puede ser privado de su libertad física,

salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

Texto similar se encuentra en el artículo noveno, numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 diciembre 1966.- en el cual se consagra que

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

De igual forma, dicho instrumento se refiere expresamente a la detención preventiva, dentro del numeral tercero del ya mencionado artículo, estableciendo que

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Entonces, al analizar cada uno de los preceptos arriba referidos, resulta evidente que, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la procedencia de medidas de aseguramiento preventivas se determina según unos parámetros legales previamente establecidos. Ello con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los individuos, para que así estos se encuentren en la posibilidad de determinar efectivamente su conducta sabiendo las implicaciones que puede traer su actuar.

Asimismo, la imposición de las medidas de aseguramiento preventivas debe responder a una serie de requisitos, como son la excepcionalidad y la aplicación restrictiva. El primero, tal como lo ha establecido la H. Corte constitucional, ha sido estructurado con el fin de imponer al juzgador la obligación de justificar (mediante providencia judicial motivada), el porqué de la procedencia de la medida de aseguramiento, no sin antes analizar la circunstancia en particular (Sentencia C-469 de 2016). Por su parte, la aplicación restrictiva, responde al hecho de que la implementación de medidas preventivas privativas de la libertad, no debe ser cotidiana y usual, por el contrario, debe darse en circunstancias muy particulares, cumpliendo las normas que delimitan su imposición.

Sin embargo, a pesar de estos parámetros establecidos, la imposición de la medida de aseguramiento se ha vuelto bastante cotidiana, pues las normas que restringen la imposición de la misma, han resultado ser un poco laxas, lo que propicia que el juzgador pueda justificar más fácilmente su procedencia, dando pie a que una de cada 3 personas procesadas, sea sometida a detención preventiva (Granados, S.F. Pg. 18).

Desde Otra Perspectiva, la excepcionalidad también se encuentra materializada en el hecho de que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, aparte de proceder únicamente una vez se cumplan las circunstancias determinadas por la ley, solo serán impuestas si resultan ser el único mecanismo que pueda conllevar a la materialización de los fines que persigue la medida cautelar como tal, pues de resultar procedente otra medida menos lesiva, es de obligatoria implementación aquella, y no la que implique la privación de la libertad del procesado.

Dicho precepto, se encuentra contemplado en

el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, en el párrafo 2 del principio 36, que establece: solo se procederá al arresto o detención (...) cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención (Bigliani y Bovino, 2008, p. 38)

A pesar de la existencia de esta regulación, resulta usual que el juzgador considere la medida como mecanismo único para alcanzar los fines que se buscan con la medida cautelar, pues los criterios para justificar esta situación, son casi subjetivos y propician el más de las veces procede a imponerse la medida de aseguramiento privativa de la libertad, pues aquellas que resulten menos restrictivas, ni siquiera son consideradas por el juzgador, ya que son percibidas como innecesarias o casi inútiles.

En consonancia con los preceptos internacionales que fueron mencionados con anterioridad, se estructura el régimen de libertad dentro del Código de procedimiento penal, contemplado en los artículos 295 y 296 del mismo. Así, el primero hace referencia a la mencionada excepcionalidad de la implementación de estas medidas, asegurando que, para restringir la libertad del sujeto, resulta

fundamental establecer la necesidad y razonabilidad del mecanismo preventivo, que solo podrá ser impuesto una vez iniciado el proceso al sujeto imputado.

Como se mencionó anteriormente, debido a la creciente tendencia a la imposición de medidas preventivas privativas de la libertad, en razón de la ansiedad popular de combatir la delincuencia a través de estos mecanismos, la necesidad de la implementación de esta clase de medidas, no es determinada por las circunstancias del caso concreto, sino por la necesidad que tiene el conglomerado social de ver al individuo privado de la libertad. Razón por la cual, este mecanismo que ha pretendido hacer la medida excepcional, ha propiciado la implementación excesiva de las mismas.

Por su parte, el artículo 296, determina la finalidad de la privación efectiva de la libertad, enunciando sucintamente los fines constitucionales perseguidos por la medida de aseguramiento, como lo son la protección de la sociedad y/o la víctima, la evitación de la obstrucción de la justicia o de la fuga, entre otras. Lo anterior permite observar la congruencia de la norma penal con las normas internacionales y la Constitución Política, pues establece unos presupuestos legales que permiten determinar la procedencia de estas medidas de aseguramiento, y los fines perseguidos por aquellas, evitando así la implementación arbitraria de las mismas.

Sin embargo, estas finalidades, más allá de delimitar el ámbito interpretativo del juzgador, resultan ser un campo abierto para poder garantizar la procedencia de la medida de aseguramiento, pues basta con que se determine la peligrosidad del individuo o la gravedad del actuar delictivo para imponer la medida privativa de la libertad, sin llevar a cabo un análisis detenido sobre la situación en particular, lo que propicia que el mas de las veces se prive de la libertad al sujeto, sin importar si esta es realmente necesaria para la consecución del fin perseguido.

La jurisprudencia constitucional ha procedido a establecer una serie de limitaciones a la implementación de medidas de aseguramiento, como lo son los límites materiales y sustanciales, algunos de los cuales se encuentran contemplados en los artículos 295, 296, 306, 307A, 308, 309, 310, 311,312,

313 del Código de procedimiento penal, con el propósito de evitar la imposición arbitraria de la detención preventiva.

Así, según la Corte, los límites materiales serían la reserva de ley y la reserva judicial. El primero hace referencia a la facultad que ostenta únicamente el legislador, para determinar los requisitos para la procedencia de la privación efectiva de la libertad. Lo anterior, encaminado a salvaguardar las garantías de los ciudadanos, pues estos podrán conocer con antelación las situaciones que podrían propiciar la privación de sus derechos. El segundo, esto es la reserva judicial, implica que solo las autoridades judiciales están facultadas para restringir las libertades de los individuos, es por esto que en los procesos penales los jueces ostentan la exclusiva potestad de imponer medidas de aseguramiento.

Desde otra perspectiva, La H. Corte Constitucional también ha determinado algunos límites sustanciales para la imposición de medidas restrictivas, que impidan el desarrollo de las libertades individuales. Entre éstas se encuentra la “estricta legalidad”, que conlleva a que “los motivos establecidos para la privación o la afectación transitoria de la libertad deben estar definidos de manera unívoca y específica por el legislador (...)” (Corte Constitucional, Sentencia C-469 de 2016, p. 24). A su vez, se hace mención de la excepcionalidad, que como ya se mencionó anteriormente, propicia que este tipo de medidas sean implementadas, solamente, en situaciones muy particulares que encajen en los presupuestos legales y no en razón del capricho del juzgador.

Igualmente se determinan como límites sustanciales la proporcionalidad y necesidad de las medidas, que obligan al legislador y al juez a establecer de forma mesurada las medidas restrictivas, determinando un equilibrio efectivo entre la limitación y la finalidad que con ella se buscaría alcanzar, teniendo en cuenta “(...) que la carga o sacrificio que impone la restricción de la libertad (medio), no resulte exagerada o desmedida frente a las ventajas que la aplicación de la medida de aseguramiento (fin) pueda traer al proceso y a la justicia” (OEA y CIDH, Sentencia del 21 de noviembre de 2007, citada por Ospina, 2015, p. 75). Lo anterior, se encuentra estrechamente ligado con la necesidad de la medida, que implica

que no exista ningún otro mecanismo para la consecución de la finalidad perseguida, pues de existir una medida menos lesiva, se implementará aquella.

También cabe resaltar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha analizado la proporcionalidad desde la perspectiva de la pena, estableciendo que

la relación entre la restricción del derecho y el fin precautorio de la medida no debe igualar la pena. Esa relación debe ser lo suficientemente desequilibrada como para que no se convierta en una pena anticipada, en violación al principio de inocencia (art. 8(2), primera parte) (parr. 176) (Bigliani y Bovino, 2008, p. 54).

Este análisis, desde la perspectiva de la diferenciación entre la medida preventiva y la pena, también ha sido abordado por la Corte Constitucional en Sentencia C- 695 de 2013, donde estableció el carácter cautelar de la medida de aseguramiento, concluyendo que ésta no implica la imposición de una sanción, sino que tiene un carácter meramente instrumental que permitiría la materialización de unos fines particulares, cuya consecución, desea el ente estatal, para beneficio de todo el conglomerado social.

Finalmente, se encuentra el criterio de la gradualidad, que obliga al legislador a “contemplar órdenes cautelares que incidan en diferente medida sobre la libertad o que comprometan otros derechos, conforme al fin perseguido y al supuesto regulado”. (Corte constitucional, Sentencia C-469 de 2016, p. 37). Este criterio, da pie a la existencia, no solo de medidas preventivas privativas de la libertad, sino también a la implementación de medidas no privativas, pues la limitación del derecho a la libertad no es el único mecanismo existente para la materialización de los fines de la medida preventiva, ya que, en ciertas circunstancias, éstos se pueden lograr mediante mecanismos alternativos, como los contemplados en el literal B del art. 307 del Código de Procedimiento Penal.

Resulta observable, entonces, que a pesar de que la medida de aseguramiento es una figura ampliamente regulada tanto en el ámbito nacional como internacional, con el fin de establecer parámetros unívocos sobre la procedencia de la imposición de la misma, Actualmente, la laxitud de los criterios determinados por el legislador para analizar la procedencia o no de aquella, ha propiciado una excesiva imposición de este tipo de medidas, ya que resulta casi sencillo para el juzgador, justificar la privación

de la libertad, no solo con el fin de alcanzar alguno de las finalidades perseguidas con esta, sino, tal como se mencionó anteriormente, con el propósito de satisfacer el deseo social por alejar al presunto agresor de la comunidad a la que ha afectado.

Requisitos de procedencia.

Las medidas de aseguramiento, además, requieren el cumplimiento de ciertos requisitos, con el fin de poder determinar su procedencia. Es así como, para imponer la medida, resulta esencial evaluar si la situación particular se ajusta con los requerimientos legalmente establecidos, pues esto define la licitud de la imposición.

De este modo, dentro de la normatividad actual, existen condiciones tanto formales como sustanciales. Las primeras, se refieren a actuaciones formales que implican, como primera medida, la necesidad de adelantar el acto formal de imputación, pues las normas sobre imposición de medidas de aseguramiento, siempre hacen referencia al “imputado”, por lo cual es esencial que al momento de adelantar la solicitud el sujeto ostente esta calidad. También, resulta esencial la solicitud como tal, que puede provenir bien sea de la fiscalía, o de la víctima (mediante su apoderado).

Por otro lado, al referirse a los requisitos sustanciales (o probatorios), es necesario que

la solicitud de imposición de medida de aseguramiento debe estar respaldada por elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente recaudada sobre la cual pueda el juez apreciar, al nivel de inferencia razonable, que la conducta delictual ha acaecido y que el imputado es autor o partícipe de la misma, y sobre este presupuesto, se debe demostrar la necesidad de la medida, entendida como la inexistencia de otro medio que permita conseguir el fin pretendido (Ospina, 2015, p. 52-53).

Sin embargo, no basta con el cumplimiento de los requisitos arriba mencionados para que el juez de control de garantías pueda proceder a la imposición de la detención preventiva, pues también es necesario que, con la medida solicitada, se pueda alcanzar uno de los fines constitucionales contenidos en la normatividad penal, como lo son “evitar la obstrucción de la justicia, [...] asegurar la comparecencia del

imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena” (Código de procedimiento penal, ley 906 de 2004, art. 296).

Además, la ley 906 de 2004 establece algunos requisitos adicionales para la procedencia de la detención preventiva en establecimiento carcelario, los cuales se encuentran contenidos en el artículo 313 de dicho cuerpo normativo, que asegura que, previo cumplimiento de las condiciones arriba mencionadas, esta podrá ser impuesta

(...) (i) En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. (ii) En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años. (iii) En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, cabe resaltar que, al tratarse de una medida excepcional dentro del proceso penal y siempre y cuando se cumpla lo establecido por la norma, es deber del legislador establecer unos requisitos expuestos que permitan al juez determinar la procedencia de la misma.

Finalidad.

Con la transición del Estado colombiano hacia un Estado garantista de los derechos fundamentales, que procura la protección de las libertades individuales de los sujetos con el propósito de propender por la consecución del bienestar tanto general como individual, ha existido una tendencia hacia la constitucionalización de todas las ramas del derecho, pues resulta de fundamental importancia que en todas las esferas se le aseguren al sujeto un mínimo de derechos y garantías, constitucionalmente establecidos. Cosa distinta no ha acontecido con el derecho penal, pues tanto en el ámbito procesal como sustancial, los diversos procedimientos se han estructurado con el fin de dar cumplimiento a los preceptos contemplados en la norma de normas.

Es así como, incluso en materia de imposición de medidas de aseguramiento preventivas, se han establecido una serie de fines que tratan de materializar los mandatos de la norma superior, con el

propósito de garantizar los derechos constitucionalmente protegidos. De este modo, entre las aducidas finalidades se encuentra la materialización de los fines esenciales del Estado, como “(...) asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Const., 1991, art. 2).

Esto debido a que resulta esencial la intervención del ente estatal en las relaciones de los individuos, para así procurar que los sujetos, que por ser seres sociales están en constante interacción, lo hagan sin transgredir la esfera de derechos ajena, y en caso de vulnerarla tomar las medidas necesarias para reestablecer ese orden afectado por el actuar inapropiado de uno de aquellos.

Además, la estructuración de un sistema jurídico, que permita la resolución de conflictos surgidos frente al actuar delictivo de alguno de los sujetos pertenecientes al conglomerado social, promueve un orden social justo, evitando la “justicia por mano propia”, pues los individuos no se ven en la necesidad de recurrir a mecanismos con el fin de cobrar venganza, sino que cuentan con los medios para exponer lo acontecido y lograr ser resarcidos finalmente.

De igual forma, en el artículo 296 del Código de procedimiento penal, se han establecido una serie de fines específicos, perseguidos con la imposición de la medida de aseguramiento, como lo son:

La obstrucción de la justicia.

Implica,

(...) la realización por parte del sujeto penable de conductas determinadas que revelen o hayan develado su intención de suprimir, extinguir, falsear o manipular la evidencia, produciendo una real y objetiva dificultad, en cuanto al desarrollo de la investigación o del juzgamiento, siendo imperiosa la imposición de la medida de aseguramiento (...) (Londoño, 2009, p. 373).

Para esta situación particular, cabe resaltar que las actuaciones del individuo deben ostentar una gran probabilidad de afectar efectivamente las instancias del proceso, teniendo la posibilidad de acceder a elementos materiales probatorios, bien sea por sí mismo o por medio de terceros, para posteriormente destruirlos o modificarlos (medidas de aseguramiento análisis constitucional). De lo contrario, resultaría improcedente la imposición de la medida, ya que el sujeto carecería de aptitud alguna para tener una real injerencia dentro de la investigación. Lo anterior, deberá ser corroborado por el juez

a partir de los elementos materiales de prueba aportados en audiencia y sobre cuya base pueda tener al imputado como una persona con capacidad real de dirección e influencia sobre personas y/o elementos de prueba, que puede llegar a atentar contra el proceso y su marcha (Ospina, 2015, p. 57).

Sin embargo, habiendo corroborado que efectivamente procede la medida, el juez podrá revocarla en el momento en que las circunstancias que dieron pie a la imposición de la misma, dejen de configurarse o se corrobore que efectivamente no se han dado, pues estas situaciones “(...) son por naturaleza, susceptibles de prueba o de refutación”. (Ferrajoli, 1995, p. 775). De hecho, muchos consideran que la posibilidad de interferir efectivamente con la recta imposición de justicia, se va desdibujando con el transcurso del tiempo, casi hasta el punto de desaparecer, debido a la intervención por parte del Estado.

Tal como lo asegura Londoño,

el riesgo de obstrucción desaparece cuando las evidencias se encuentran en poder del Estado penal debidamente resguardadas y aseguradas, de manera que no se tema ya por los comportamientos del sujeto penable contra esas evidencias, u otras, que, no estando resguardadas por el Estado, no son relevantes para el caso por ser repetitivas, inútiles, o pertinentes pero accesorias (...). (Londoño, 2009, p. 376).

Peligro de fuga o de no comparecencia.

El artículo 312 del Código de procedimiento penal establece, de acuerdo a la situación particular del sujeto, las circunstancias que permitirían determinar la probabilidad de fuga. Estas son:

(i) La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. (ii) La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este. (iii) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

El arraigo se ha entendido “(...) como la relación entre la persona y un espacio físico territorial en el cual tiene asiento su familia, su negocio o su quehacer diario (...)”. (Ospina, 2015, p. 60). Así, para determinar la procedencia de la medida de aseguramiento, resulta de fundamental importancia

(...) considerar los aspectos familiares, laborales y sociales del sujeto penable que conduzcan a descartar que pudiera tener intención de fugarse, aunque aparezca que la imputación penal sea grave,

verificando que el sujeto penable se haya presentado voluntariamente o cuando fue requerido por el estado penal (Auto noviembre 30 de 2001, citado por Londoño 2009, pg. 271).

Pero, ¿cómo puede determinar el juzgador la procedencia de la medida únicamente analizando los vínculos familiares de individuo? Esto daría pie a que todo aquel que carece de relaciones familiares, domicilio conocido o un trabajo estable, como el habitante de calle, sea catalogado, sin más, como un desarraigado, merecedor de una medida de aseguramiento, que lo aleje del conglomerado social, para que no siga causando daño (Vélez 2012).

Desde otra perspectiva, la legislación penal ha llegado a considerar que la probabilidad de fuga también puede ser analizada desde la perspectiva de la gravedad del daño, por cuanto se cree que entre mayor sea la sanción que acarree el actuar delictivo del sujeto, mayor será la probabilidad de que éste no comparezca ante la justicia, debido a que a nadie le gustaría verse en la obligación de pagar una condena que pueda implicar pasar casi el resto de su vida privado de la libertad (Londoño, 2009). Esto hace pensar, entonces, que solo aquel que está siendo procesado por un delito de menor relevancia, estará dispuesto a enfrentarse a la justicia para resolver su situación (Vélez, 2012).

También se ha considerado como indicio de la posibilidad de huida, la actitud frente al daño causado a las víctimas, que

(...) debe medirse de acuerdo con las muestras de arrepentimiento o perdón expresadas por el sujeto penable junto con las acciones materiales que tengan por objeto minimizar las consecuencias del injusto para hacer menos gravoso el daño, y a través, del restablecimiento del respectivo derecho, de ser posible, o su equivalente determinado, por medio de la indemnización de perjuicios. (Londoño, 2009, p. 380).

De este modo, al poder observar que el imputado efectivamente tiene la intención de reparar en todo o en parte al perjudicado, se podría descartar la posibilidad de su escape, debido a que ha mostrado su absoluta disposición para resolver la situación. Sin embargo, esta situación particular propiciaría que el sujeto actuase como si realmente hubiese cometido el delito, al verse obligado a mostrar arrepentimiento

e indemnizar a la víctima, antes de que exista una sentencia que efectivamente lo condene, con el fin de evitarse la medida de aseguramiento (Ospina, 2015).

Finalmente, se puede examinar el comportamiento del imputado frente al proceso u otros procesos anteriores, pues la actitud del sujeto ante la administración de justicia puede resultar como un factor indicador de que este efectivamente colaborará con aquella para esclarecer los hechos, o que, por el contrario, se negará a participar en todas las actuaciones procesales. Frente a ello, no resulta digno de un Estado social de derecho el continuo reproche para aquel que en el pasado ha cometido errores y decidió no comparecer al proceso en el que fue parte, o cometer un delito, pues no todas las circunstancias son iguales y aunque lo haya hecho con anterioridad, no necesariamente implica que se vaya a volver a repetir. Así las cosas, es posible ver que contar con un sistema estructurado de manera tal que la mayoría de las veces procedería la imposición de la medida de aseguramiento, a raíz de la actuación del sujeto frente a determinadas circunstancias como son el arraigo a la sociedad, el arrepentimiento o su actuar en procesos anteriores, ha propiciado el desconocimiento de la presunción de inocencia y, por consiguiente, el surgimiento de un creciente temor por parte de la ciudadanía de presentarse ante un juez, por cuanto la constante amenaza de imposición de una medida de aseguramiento reduce el interés de los individuos de comparecer al proceso para no verse sometido ante tal situación (Ferrajoli, 1995).

Peligro para la comunidad y/o la víctima.

Para determinar si el sujeto representa un peligro para la comunidad, es necesario analizar

(...) el comportamiento asumido por éste en condición de libertad, razón por la cual debe indagarse por las circunstancias personales, familiares, psicológicas, sociales y de toda índole acerca de esa persona en particular a efectos de establecer el grado de probabilidad de que ese sujeto actúe en contra de ellas (Ospina, 2015, p. 62).

Además, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en su artículo 310, ha estipulado las circunstancias particulares que permiten establecer si efectivamente el sujeto podría ser catalogado como una amenaza para el conglomerado social. En este sentido, observamos:

- (i) La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
- (ii) El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
- (iii) El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
- (iv) La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.

Dichos presupuestos deben ser corroborados por el juez mediante los elementos de prueba allegados, para así poder establecer si el sujeto, en razón de su peligrosidad, será merecedor de una medida de aseguramiento, con el fin de evitar que siga causando estragos en la comunidad, mientras se adelanta el proceso para definir su responsabilidad o inocencia.

No obstante, no basta con que el sujeto no represente un peligro para la comunidad, pues la medida de aseguramiento también podrá ser impuesta cuando haya elementos que permitan concluir que el procesado podría llegar a dañar a la víctima o a la familia de aquella, si el Estado no llegase a intervenir. Es por lo anterior que la normatividad penal ha contemplado la posibilidad de imponer medidas preventivas a aquellos presuntos victimarios que podrían llegar a tomar represalias con la gente a la que le han causado daño o su círculo más cercano. Esta norma infringe el principio de inocencia, al propiciar el surgimiento de una presunción de peligrosidad que permita determinar la procedencia de la imposición de la medida de aseguramiento catalogando como “peligroso” al sujeto que se considera puede causar un daño a la comunidad, por lo que resulta procedente separarlo de aquella (Vélez, 2012).

El principio de inocencia no debe ser desconocido de este modo, pues es una garantía de que “(...) nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho (y no por lo que es) (...)” (Ferrajoli, 1995, p. 369), pues así el Estado protege al inocente del castigo, aun cuando éste sea considerado malvado, ya que su personalidad no puede ser un factor determinante en su responsabilidad penal (Ferrajoli, 1995).

Ponderación de derechos y fines estatales (análisis y crítica).

La detención preventiva es un mecanismo estructurado con el propósito de materializar una serie de fines constitucionalmente establecidos. Sin embargo, es necesario realizar un estudio exhaustivo de las implicaciones que dichas medidas pueden traer frente a los derechos individuales del procesado, pues la

Constitución Política se ha enfocado tanto en propender por el interés general, que ha dejado de lado la protección de los derechos individuales del sujeto procesado.

Lo anterior debido a que los fines perseguidos por la medida de aseguramiento responden netamente a las necesidades sociales, en razón de su sed de justicia, que se ve saciada al alejar al “peligroso” de la sociedad a la que presuntamente le ha causado daño, o al detenerlo con el fin de que comparezca al proceso para su rendición de cuentas.

Actualmente, las concepciones positivistas se han visto revitalizadas bajo la denominación de *derecho penal del enemigo* caracterizado por ‘[...] un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales’ (Cancio, citado por Ospina 2015, p. 107).

Pero no se tiene en cuenta que la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad representa una violación grosera a los derechos fundamentales del sujeto procesado, puesto que desconoce la presunción de inocencia, que debería ser regla fundamental de todo proceso penal; de tal modo, actúa como pena anticipada y se fundamenta en una regla peligrosista, desconociendo el hecho de que las personas deberán ser juzgadas por su actuar y no por su ser. Es así como la medida de aseguramiento, ha sido una figura muy criticada, tal como se expondrá a continuación.

Imposición anticipada de la pena- privación injusta de la libertad.

Si bien las medidas de aseguramiento preventivas han sido estructuradas como una medida cautelar que dista de tener fines punitivos, pues su único propósito es garantizar el cabal desarrollo del proceso penal, esta es una situación que se encuentra alejada de la realidad efectiva del sujeto que ha sido sometido a la imposición de la aducida medida, ya que muchos doctrinantes consideran que la privación de la libertad

(...) es una consecuencia penológica anticipada que recae en el sujeto jurídico asegurado, en tanto su permanencia en reclusión se extiende en el tiempo hasta que la sentencia condenatoria que se dicta en el discurso procesal del que fue sujeto pasivo el imputado o acusado quede ejecutoriada, no pudiendo mientras se desarrolla la actuación penal, recobrar su derecho fundamental a la libertad (...) (Londoño, 2009, p. 135).

Además, el hecho de encontrarse limitado en sus derechos, cumpliendo su medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, donde a raíz del hacinamiento no se puede llevar a cabo una diferenciación entre la población sindicada y condenada, dándole un trato idéntico a unos y otros, le da la impresión al sujeto pasivo de que el Estado efectivamente lo está sancionando, incluso sin haber sido condenado mediante sentencia. (Corte constitucional, Sentencia T-762 de 2015).

Al constituirse la medida de aseguramiento como una pena anticipada, se desconoce la presunción de inocencia, que, de acuerdo con Ferrajoli (1995), es a la vez, regla de tratamiento y regla del proceso. La primera, hace referencia al hecho de que “la culpa y no la inocencia debe ser demostrada (...)” (p. 549), por lo cual

(...) su detención antes de una declaración de responsabilidad penal, es decir *ante iudicium*, recae sobre un inocente, lo que la convierte en un acto arbitrario y de fuerza por parte del Estado, que resulta contraria al principio de jurisdiccionalidad ‘que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo solo sobre la base de un juicio (Ferrajoli, 2009, pp. 549-555)’ (Ospina, 2015, p.38).

Por su parte, la presunción de inocencia como regla de tratamiento, implica tratar al acusado como si fuese inocente hasta que efectivamente se pueda corroborar que incurrió en el actuar delictivo (Ferrajoli, 1995). Así, al imponer la medida de aseguramiento, privándolo de su libertad, y dándole el mismo tratamiento que a los condenados que pagan pena en las cárceles, se desconoce la inocencia del individuo.

Desde otra perspectiva, la detención preventiva también puede ser catalogada como una imposición anticipada de la pena, debido a que el mismo código penal ha establecido en su artículo 37, la posibilidad de conmutar la sanción, con la detención preventiva impuesta antes de la sentencia, asegurando que “(...) en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena”. (Código Penal, ley 599 de 2000, art. 37#3). Por lo tanto, aunque el numeral tercero del aducido artículo haga la aclaración de que la medida preventiva no será pena, la está equiparando a tal, por cuanto el tiempo que el individuo pasó privado de la libertad, como medida cautelar, abona al tiempo que debe ser cumplido en prisión, una vez condenado.

Lo anterior conlleva a considerar que el tiempo que el imputado pasa en el encierro (debido a la medida de aseguramiento), podría llegar a ser catalogado como privación injusta de la libertad en caso de que el imputado resulte absuelto, ya que el Estado estaría transgrediendo sus facultades al tratar al individuo como condenado, sin haberlo vencido en juicio. Esto, debido a que la sanción penal solo podrá ser impuesta en el instante en que al juzgador le sea posible determinar, mediante elementos de prueba suficientes y conducentes, que el sujeto efectivamente ha transgredido los preceptos legalmente establecidos.

Derecho penal de autor no de acto.

El derecho penal de acto ha sido catalogado como aquel que

(...) se caracteriza por no sancionar a las personas por lo que son –peligrosas, inmorales, enfermas, malas, etc.–, sino por lo que hacen, en cuanto se trate de conductas lesivas de ciertos bienes jurídicos protegidos por el legislador; pero precisamente ello impone indagar por aquello que con un sentido de verdad puede llamarse ‘lo que las personas hacen’ (...) (Barreto, 2001, p. 1)

De este modo, el ordenamiento jurídico-penal colombiano, se estructura en razón de dicho derecho penal, contemplando en la normatividad penal el conocido “principio de culpabilidad”, que implica, tal como reza el artículo 12 del Código penal, que “sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva” (Código penal, ley 599 de 2000, art. 12). Así, mediante aquel precepto, resulta observable que, en el proceso penal colombiano, se debe tener en cuenta el actuar del sujeto, mas no su peligrosidad, pues esta no debería ser un factor determinante para establecer la responsabilidad del individuo.

Sin embargo, la imposición de medidas de aseguramiento justificadas en que el sujeto representa un peligro para la comunidad y para la víctima, o en el actuar del individuo en procesos anteriores, transforma el sistema en un sistema penal de autor, donde se procede a mirar la peligrosidad del sujeto para así determinar la imposición de este tipo de medidas. Lo anterior implica una clara transgresión a

los principios rectores del ordenamiento jurídico-penal colombiano, por lo que debería ser abolido del mismo.

Además, dicha modificación de la estructura del procedimiento, también da pie a un retroceso en materia impositiva, pues

La Corte IDH concluye que la invocación del *peligrosismo* constituye “una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido” lo que sustituye el derecho penal de acto por un derecho penal de autor, lo que da paso al autoritarismo (sentencia del 20 de junio de 2005, art. 94). (Ospina, 2015, p.63).

Presunción de responsabilidad penal – violación al principio de inocencia.

El análisis de peligrosidad del sujeto también lleva a la transgresión del principio de inocencia, consagrado en el artículo 29 constitucional, donde “toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. (...)” (Código penal, ley 599 de 2000, art. 29). Esto debido a que en los casos donde es preciso realizar un análisis de la probabilidad de reincidencia del sujeto,

(...) el juez soporta su decisión en una presunción de culpabilidad tanto sobre el hecho investigado, frente al cual el imputado debe ser tenido y tratado como inocente, como en relación con esos posibles nuevos atentados contra el orden jurídico-penal; presunción de culpabilidad que invierte la carga probatoria que rige el proceso penal, pues será ahora el imputado quien deberá demostrar que no es un delincuente y no lo será en el futuro, lo que se lleva de calle el principio *in dubio pro homine*. (Ospina, 2015, pp. 61 - 62).

De este modo, al llevar a cabo un análisis de la culpabilidad, con el fin de poder determinar la procedencia de la medida de aseguramiento, el juez está prejuzgando al imputado, lo que implica que, al optar por la efectiva imposición de la medida, el juez también ha determinado, de cierto modo, que el sujeto llevó a cabo la comisión del injusto penal.

Peligro de no comparecencia, finalidad difusa.

Una de las finalidades de la imposición de la medida de aseguramiento, expresamente establecidas en el código de procedimiento penal, es evitar que el imputado se dé a la fuga, con el propósito de no comparecer dentro de las distintas instancias procesales. Sin embargo, este fin se ve desdibujado con la

existencia de ciertas figuras, que, aunque son excepcionales, le dan al Estado la posibilidad de dar continuidad al proceso, incluso encontrándose ausente el procesado.

En efecto, por regla general, no se puede adelantar proceso penal alguno contra una persona ausente; tan sólo en los casos excepcionales de (i) declaratoria de persona ausente, siempre y cuando el Estado, por medio de la Fiscalía General de la Nación, haya agotado todos los recursos efectivos disponibles a su alcance y no haya sido posible dar con el paradero del sindicado, el juez de control de garantías procederá a realizar tal declaración, procediéndose a nombrar un abogado designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, lo cual no obsta para que durante la etapa de juicio oral el juez de conocimiento verifique si el órgano de investigación ha continuado empleando mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, so pena de decretar la nulidad de lo actuado; (ii) cuando la persona se declara en rebeldía o contumacia; y (iii) cuando el imputado renuncia a su derecho a encontrarse presente durante la audiencia de formulación de la imputación”. (Corte constitucional, Sentencia C-591 de 2005, p. 30 - 31)

Los mecanismos arriba mencionados, por tanto, procederán siempre y cuando la fiscalía agote los medios

(...) de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, con un estricto control de los jueces, tanto del de control de garantías como del de conocimiento en su oportunidad, o si el imputado se rebela a asistir al proceso, o si decide renunciar a su derecho a encontrarse presente durante la audiencia de formulación de acusación” (Corte constitucional, Sentencia C-591 de 2005, p. 105).

Cumplíendose estos requisitos, el ente estatal estará facultado para desplegar su poder punitivo sobre aquel, al punto en que, aun sin haber comparecido al proceso, puede ser declarado responsable de la comisión del delito.

De este modo, resultaría evidenciable la improcedencia de la imposición de las medidas de aseguramiento tendientes a garantizar la presencia del imputado, pues la legislación nacional ha permitido adelantar procesos penales, hasta el punto de condenar al sujeto, sin que este se encuentre presente, bien sea porque no se ha dado por enterado de la situación o porque simplemente ha decidido renunciar a su derecho y no comparecer a la audiencia de imputación (Londoño, 2009).

Excesiva imposición de medidas de aseguramiento.

Actualmente la comunidad internacional ha expresado su preocupación por el uso excesivo de las medidas de aseguramiento, tanto en Colombia como en todos los países de la región. Esto debido a que

muchas naciones han sufrido una serie de cambios en materia legislativa, que “(...) se alejan de los ideales que originalmente inspiraron el régimen de medidas cautelares, al incorporarse criterios y normativas tendientes a facilitar, dirigir y, en algunos casos, obligar al juez a aplicar la prisión preventiva” (CEJA, 20013, p.67).

Según estudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha llegado a concluir que la imposición generalizada de estas medidas restrictivas responde a la política criminal desarrollada en las Américas, mediante la cual se ha dado una tendencia a la restricción de libertades de los individuos, tendiente a la imposición de medidas privativas de la libertad, dejando de lado toda clase de medidas alternativas, con el fin de satisfacer la necesidad estatal de garantizar la seguridad ciudadana, sin tener en cuenta las derechos fundamentales de procesados y condenados, ya que para el Estado siempre deben primar los derechos generales sobre los particulares.

El progresivo incremento de la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad responde también a la delimitación por parte del legislador de “(...) los espacios de valoración e individualización del juzgador respecto de la necesidad y procedencia de la prisión preventiva en el caso concreto (...)” (CIDH, 2013, p.42), ya que el creciente deseo del Estado de delimitar las libertades de los sujetos a su cargo, con el fin de garantizar a toda costa la seguridad de la ciudadanía, genera el desarrollo de normas restrictivas que delimitan las potestades del juez de llevar a cabo un examen detenido de la situación particular, para determinar si resultan procedentes o no las medidas de aseguramiento, llevándolo a concluir, la mayoría de las veces, que ninguna medida no privativa de la libertad logrará el fin deseado.

Cabe remarcar que el uso excesivo de las medidas de aseguramiento, por la razón que sea, provoca gran consternación, pues esto trae consigo consecuencias fatales para los ordenamientos jurídicos, como lo es la violación sistemática de los derechos fundamentales de los individuos sometidos a la prisión

preventiva, propiciando la deslegitimación del Estado, debido al incumplimiento de su obligación primordial, la garantía de derechos fundamentales.

En ese sentido, la CIDH en su “Informe sobre la detención preventiva en las Américas”, consideró que la implementación arbitraria e indiscriminada de este tipo de mecanismos atenta contra los preceptos fundamentales de un Estado social de derecho, pues no respeta el principio de inocencia ni la característica de excepcionalidad de las medidas de aseguramiento. Además, es “(...) a su vez la causa de otros problemas como el hacinamiento y la falta de separación entre procesados y condenados”. (CIDH, 2013, p.1)

Así, el incremento progresivo del hacinamiento penitenciario puede propiciar la materialización de “(...) una situación de hecho en la que se ven vulnerados otros derechos fundamentales de los reclusos, como el derecho a la integridad personal” (CIDH, 2013, p.3), pues los individuos no solo se encuentran expuestos a la posibilidad de ser agredidos por los demás reclusos dentro de la institución carcelaria, sino que también

Las personas en prisión preventiva sufren grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad; además padecen el impacto psicológico y emocional del hecho mismo de estar privados de libertad sin haber sido condenados, y por lo general son expuestos al entorno de violencia, corrupción, insalubridad y condiciones inhumanas presentes las cárceles de la región. Incluso los índices de suicidios cometidos en prisiones son mayores entre los presos en prisión preventiva. De ahí la especial gravedad que reviste esta medida y la necesidad de rodear su aplicación de las máximas garantías jurídicas (CIDH, 2013, p.4).

Es por lo anterior que resulta de suprema importancia proceder a mitigar la imposición de medidas de aseguramiento dentro de establecimiento carcelario, pues la implementación excesiva de esta clase de medidas desencadena una serie de problemas de gran magnitud para el este estatal, pues es su deber garantizar los derechos fundamentales de los individuos a su cargo, a través del correcto funcionamiento del sistema jurídico en general (CIDH, 2013).

Medidas preventivas no privativas de la libertad – procedencia.

Teniendo en cuenta que las medidas preventivas privativas de la libertad intramural, han propiciado el aumento progresivo de la población reclusa, resulta de vital importancia determinar mecanismos que cumplan con los fines de las medidas preventivas, pero que no impliquen enviar a los individuos a las cárceles, para así lograr una reducción progresiva del hacinamiento carcelario. Por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano no solo ha establecido una serie de medidas de aseguramiento preventivas privativas de la libertad, sino que también ha contemplado la posibilidad de imponer medidas no privativas de la libertad que permitan alcanzar los fines de la medida de aseguramiento, sin restringir el derecho fundamental a la libertad de los individuos.

De este modo, el artículo 307 del código de procedimiento penal clasifica las medidas de aseguramiento en privativas y no privativas de la libertad, estableciendo un amplio catálogo de alternativas para las segundas, como lo son la vigilancia electrónica, la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad, la prohibición de salir del país, entre otras.

Es procedente reconocer que la normatividad penal expresamente establece que

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento (Ley 1760 de 2015, art. 1, parágrafo 2).

Por lo expresado en la directriz legal anteriormente mencionada, se concluye, sin lugar a dudas, que en nuestro sistema solo resultan procedentes las medidas preventivas privativas de la libertad, de manera excepcional, pues resulta imperativa la imposición de medidas no privativas, siempre que resulten procedentes y sean suficientes.

De tal modo, el juzgador es quien determina, conforme a la ley, si frente al caso concreto procede efectivamente la imposición de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Para esto, el legislador estableció una serie de parámetros que facilitan el análisis llevado a cabo por la autoridad judicial. Es así como la ley 906 del 2004, en su artículo 315, establece una serie de requisitos a cumplir

para que el funcionario competente pueda proceder a la imposición de medidas no privativas de la libertad. Dichos requisitos esenciales para que la medida impuesta al procesado no implique la privación de la libertad, son: (i) que la pena principal del delito no sea privativa de la libertad; (ii) que se trate de un delito querellable; (iii) que el mínimo de la pena establecida sea menor a cuatro (4) años; (iv) que sea razonable y proporcionada para el cumplimiento de los fines establecidos.

Al analizar las distintas normas que se compaginan con la anterior para permitir al juzgador determinar la procedencia o no de la medida de aseguramiento no privativa de la libertad, resulta evidenciable que, para los casos arriba mencionados, es improcedente la imposición de una medida privativa de la libertad. Lo que permite concluir que actualmente son muy limitados los casos en que la privación de la libertad no puede ser llevada a cabo y que aun pudiéndose implementar las medidas no privativas, que cumplan efectivamente los fines perseguidos, éstas terminan por ser relegadas al plano de la excepcionalidad, pues se considera que a través de ellas no se logrará la materialización efectiva de la finalidad, propiciando que las medidas privativas tomen el protagonismo en el proceso penal y se transformen en los medios usuales a lo largo del mismo. Esto debido a que

(...) a pesar del amplio elenco de posibilidades contenido en la ley penal, la privación de la libertad se ha generalizado en las sociedades contemporáneas debido, en buena medida, al incesante reclamo social en el sentido de imponerla en todos los casos, por largos periodos y garantizar su cumplimiento efectivo (...) (Rodríguez, 2016, p. 14).

Nuestro país no resulta ser la excepción, así lo asegura la Corte Constitucional en Sentencia T- 762 de 2015, pues “se reconoce que en los últimos años las reformas legislativas aprobadas en Colombia han tenido la tendencia a hacer más rigurosa y obligatoria la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad por parte de jueces y fiscales (detención preventiva)” (p. 118-119), por lo que resulta evidente que al imponer de manera generalizada medidas privativas de la libertad, se incrementará la población carcelaria y, a su vez, el problemático hacinamiento carcelario.

Soluciones a partir de la estructuración de un sistema tendiente a la implementación de medidas alternativas no privativas.

Debido a lo que la Corte Constitucional ha catalogado como “la concepción carcelaria del derecho penal” (Sentencia T-153 de 1998) (Rodríguez, 2016, p. 16), nuestro ordenamiento jurídico ha desarrollado una tendencia hacia la imposición de medidas privativas de la libertad, que han propiciado el surgimiento de la problemática del hacinamiento carcelario.

Por lo tanto, resulta esencial llevar a cabo el replanteamiento de dicha política criminal, con el fin de propiciar la imposición de medidas no privativas de la libertad que permitan no solo cumplir con los fines de las medidas de aseguramiento, sino, a su vez, descongestionar los establecimientos cancelarios, que ya no servirían de escenario para albergar a los individuos que esperan la resolución de su situación jurídica, por parte de la autoridad judicial.

Así, sería de fundamental importancia modificar la estructuración del sistema judicial, de manera tal que los jueces efectivamente procedan a hacer un análisis juicioso y detenido sobre la necesidad y proporcionalidad de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, para llegar a determinar si la implementación de una de aquellas, efectivamente puede cumplir con los fines perseguidos con la medida de aseguramiento.

Hipótesis interesantes se han llegado a plantear debido a los avances tecnológicos producidos en las últimas décadas, con las cuales las medidas privativas de la libertad pueden ser sustituidas casi absolutamente por la vigilancia electrónica. De hecho, esta medida ya ha sido planteada dentro de la paleta de mecanismos no privativos de la libertad contemplados en el artículo 307 de la ley 906.

De este modo, la vigilancia electrónica ha sido regulada dentro de nuestra legislación por el decreto 177 de 2008, y sus posteriores modificaciones, como el decreto 1316 de 2009. Dentro de estos se ha contemplado expresamente la posibilidad de reemplazar la medida de detención preventiva en establecimiento carcelario, por la detención preventiva en residencia, con vigilancia electrónica.

Al realizar la aducida modificación, permitiendo que el sujeto pase su detención dentro de su residencia mientras se profiere sentencia, evidentemente propicia una disminución en la población

carcelaria, reduciendo así el hacinamiento. Sin embargo, la implementación de mecanismos electrónicos para monitorear al individuo no debería limitarse a ser únicamente un complemento de la detención domiciliaria como medida de aseguramiento privativa de la libertad, restringiéndose a ser el mecanismo para verificar si el sujeto se encuentra dentro del perímetro permitido, sino que serviría para evitar toda clase de medidas privativas de la libertad.

En esa dirección, este mecanismo podría llegar a satisfacer los fines perseguidos por la medida de aseguramiento, como lo son evitar el peligro de fuga o no comparecencia y mitigar la posibilidad de que el sujeto llegue a representar un peligro para la víctima o la sociedad, dado que mediante este tipo de herramientas se puede monitorear al presunto victimario y sus desplazamientos, determinando si aquel ha abandonado el perímetro en el cual tiene permitido moverse.

De acuerdo a ello, para evitar que el presunto victimario se acerque a su víctima con el fin de causarle daño o tomar venganza por haber acudido a la justicia, en lugar de tomar la medida de confinar al individuo a su vivienda, podría implementarse el “sistema de notificación/alerta a la víctima”, el cual permite al sujeto gozar de su libertad, imponiéndole la única restricción de mantenerse a cierta distancia de la víctima.

Este mecanismo permite

(...) controlar las condiciones de alejamiento impuestas a un imputado (...). Para llevarla a cabo, es posible la utilización de tecnología de control a través de la radio frecuencia o del mecanismo de rastreo satelital, la que es usada tanto en el infractor como en la víctima, mediante lo que se ha denominado sistema de monitoreo electrónico “bilateral” (Morales, citada por Mazo, 2015, p. 147)

Sin embargo, no bastaría con implantar un mecanismo de rastreo al presunto victimario, también resultaría necesario plantear una estrategia que permita un fortalecimiento del músculo de la administración, con el fin de lograr una reacción pronta en el evento de que el sujeto abandone el perímetro permitido y/o se encuentre cerca a la víctima, para evitar cualquier encuentro que pueda traer consigo graves consecuencias.

Por otro lado, ante al peligro de fuga o no comparecencia, pueden conjugarse dos medidas no privativas de la libertad, con el propósito de impedir que se dé esta situación. Así, es procedente implementar también la prohibición de salir del país, con el fin de que el procesado no tenga la posibilidad de dejar el territorio nacional y resulte más fácil para las autoridades el poder ubicarlo.

Dicha medida puede ser complementada, a su vez, con el rastreo satelital que “(...) permite realizar un seguimiento de los traslados del infractor, y conocer su ubicación en tiempo casi real” (Mazo, 2015, p. 147), lo cual permitiría a las autoridades aprehender al sindicado, sólo en el instante en que su ubicación resulte de cierta manera indicadora de fuga, pues de lo contrario el individuo estaría en plena facultad de gozar de su libertad.

Resulta evidenciable, por lo tanto, que no es absolutamente necesario privar al sujeto de su libertad para lograr los fines perseguidos con la medida de aseguramiento. Además, al implementar mecanismos como los anteriormente mencionados, podrá irse reduciendo gradualmente la población carcelaria hasta llegar a un óptimo de ocupación, evitando así el problemático hacinamiento.

Capítulo III

Pena privativa de la libertad

Habiendo introducido el problema de la crisis carcelaria, y discutido la injerencia que sobre tal problema tiene la medida de aseguramiento privativa de la libertad, es importante analizar ahora la pena privativa de la libertad. Esta medida de la “política criminal” colombiana (prácticamente inexistente), no solo es ineficiente como solución a la crisis carcelaria, cuya evidencia fehaciente es el hacinamiento, sino que exacerba el problema, resultando ser, prácticamente, el agente generador de la misma.

Sólo entendiendo el contexto de la pena, lo que significa y cómo se utiliza hoy en día, se puede ver su relación con el problema. Para esto, veremos su definición, evolución histórica y sus finalidades o

funciones. Habiendo abordado la teoría, se hablará de la pena desde una perspectiva más pragmática en cuanto a su papel en la “política criminal” nacional desde un enfoque de eficiencia (Costo-beneficio), en cuanto a costos y resultados obtenidos en criminalidad y reincidencia, según lo establecido en sus funciones. Por último, se miran posibles alternativas y además se analiza si la aplicación penas alternativas en general no es contrario al derecho de las víctimas a obtener verdad, justicia y reparación.

Evolución de la pena en general, sus fines y soberanía de ejercicio

La pena en la lengua española tiene múltiples acepciones. Según el diccionario de la Real Academia Español, puede ser desde un sentimiento interior grande de dolor, tormento, aflicción o vergüenza, a una situación exterior de dificultad, trabajo e incluso castigo (DRAE, 2001). Sin embargo, desde una perspectiva de derecho la pena es:

(...) la limitación de los derechos personales de un sujeto impuesta por el Estado como consecuencia de un proceso adelantado por la rama jurisdiccional, cuando éste es declarado responsable de una conducta definida de manera inequívoca por las normas, que lesiona o pone en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado. (Galvis, 2003, p. 17)

Si bien hoy en día es el Estado, a través de sus jueces, quien determina cuándo y ante qué situaciones se activa el derecho penal (la imposición de la pena), esto no siempre ha sido así. El derecho penal, como el sistema de castigos a las faltas cometidas dentro del mismo, ha existido desde la formación de las comunidades y, como tal, ha cambiado tanto como las sociedades a las que ha acompañado.

Cuando se habla de variación en el sistema penal a lo largo de la historia, se hace referencia a las conductas que han sido o dejado de ser objeto de prohibición, y por ende de pena, y las modalidades de ésta que les han sido aplicadas (y quién tiene la soberanía de aplicarlas). Frente al primer enfoque, —las conductas punibles—, no se hará mayor referencia, pues por sí solo es un tema extenso que circula alrededor del concepto de bien jurídico tutelado, lo cual responde a las prioridades sociales en cuanto a los bienes que consideran susceptibles de ser protegidos mediante el derecho penal por la importancia

que significan para cada sociedad (Kierszenbaum, 2009). En cuanto al segundo, se explorarán brevemente los distintos periodos históricos de la configuración de la pena hasta la percepción actual.

Desde que el ser humano vive en comunidad ha existido la pena. A comienzos de la historia, en el periodo primitivo y la edad antigua preponderó la venganza privada como mecanismo de respuesta a las faltas que se cometían contra los individuos de una colectividad. Durante esta época la sanción no respondía a ninguna ley preestablecida o costumbre clara, sino a la necesidad instintiva de los individuos de satisfacer la urgencia de retribución personal o familiar mediante penas indiscriminadas y, casi siempre, bárbaras y sanguinarias (López, 2012).

Durante estas etapas la pena no iba más allá de ser un sinónimo de la palabra venganza, y por ende la soberanía sobre el ejercicio de la misma recaía en manos del particular afectado. Sin embargo, las penas impuestas no se limitaron únicamente a las corporales, aun cuando éstas predominaron, pues durante la edad antigua surge el antecedente de las penas pecuniarias de hoy en día con el sistema de composiciones, como una forma de mantener el equilibrio social que se vio afectado con el crecimiento cíclico de la venganza entre los individuos del colectivo (López, 2012).

En estos primeros periodos la pena privativa de la libertad no fue protagónica, al punto que la cárcel no surge sino hasta la edad antigua, pues durante la época primitiva, como se expresó anteriormente, la pena la imponía directamente el ofendido sin injerencia externa alguna. Con la antigüedad se da una mayor organización en comparación con la etapa primitiva y por ende surgen los primeros establecimientos carcelarios, sin ser estos los sitios de ejecución de la pena, pues su función era de reclusión temporal hasta la imposición de la pena real. Durante este periodo la pena sigue siendo igual o más violenta que durante el periodo primitivo de venganza privada, con un único cambio a favor: el Estado pasa a ser quien establece directrices a seguir (normas y prohibiciones expresas) y ciertos límites (proporcionalidad como la del talión en el Código de Hammurabi) respecto a la aplicación de las penas.

Pese a ello, la pena sigue siendo contraria a la vida y la integridad física, pero su ejecución sería pública para generar mayor escarmiento, lo que da lugar a la pena de exilio (Galvis, 2003, p. 68-69).

Con la entrada a la edad media y la hegemonía del cristianismo, surge la venganza divina, acabando con el castigo defensivo en aras del resarcimiento del individuo ofendido, y pasando a un enfoque Teocentrista, donde la pena deja de ser un interés individual y pasa a ser del dominio de la iglesia, al ser ofensas contra Dios. En este enfoque penal variaron los móviles de la sanción mas no el tipo de sanción utilizada, puesto que el fin sigue siendo satisfacer la ira generada por la ofensa, aun cuando el ofendido deja de ser el individuo (Antecedentes Históricos Generales, S.F). Además, la pena adquiere un carácter exculpativo, pues mediante el sufrimiento se limpiaba el pecado de la ofensa a Dios (Galvis, 2003)

Con el fortalecimiento de los Estados se da un cambio frente al ente encargado de la imposición del castigo, pasando de las manos de la iglesia a las del Estado, como representante de la colectividad en su totalidad (todo visto en cabeza del soberano). A esta etapa se le conoció como la venganza pública. Con esta etapa se empieza a diferenciar entre las ofensas de índole público del privado, limitando así el alcance de la pena. Tal limitación no incluyó el tipo de penas impuestas, las cuales, al igual que en periodos pasados, eran crueles e inhumanas en su dureza física, todo bajo la excusa de que la ofensa era ahora contra el colectivo en su totalidad. Lo anterior llevó a que los tribunales, representantes del Estado, actuaran sin mayor límite en el ejercicio de la pena. (Antecedentes Históricos Generales, S.F)

Como se pudo ver, durante todo el periodo primitivo y la edad antigua y media, se dio la preponderancia de las penas contra la integridad física, como lo son la tortura y la pena de muerte, con algunas excepciones pecuniaria y de exilio político. Durante estas etapas, la cárcel solo tuvo presencia como lugar de custodia mientras se juzgaba al acusado, más no era considerada como la pena principal (Olmo, 2000). Con el renacimiento, que dio lugar a la modernidad, cambia esto, pues aparece la pena privativa de la libertad como sanción principal, además de las preexistentes.

Con los cambios atravesados, económica y demográficamente hablando, por la expansión del comercio, el crecimiento de la necesidad de productividad y la reducción poblacional de la mano de obra, se reestructura la pena y surgen “Tres nuevos mecanismos de castigo: la esclavitud, el traslado y el trabajo forzado en instituciones penitenciarias” (Galvis, 2003, p.71). Si bien la pena principal dejó de ser de índole corporal, los centros de reclusión mantuvieron su situación inhumana y las penas físicas no desaparecieron totalmente, por el contrario, se mantuvieron las penas corporales y la pena de muerte (Galvis, 2003)

Por lo anterior, surgieron pensadores como el Marqués de Beccaria, que cuestionan la fuerza de las penas frente a la necesidad de la misma. Ese cuestionamiento y los cambios de ahí impulsados es lo que se conoció como el periodo humanitario, que empieza en el Siglo XVIII (Antecedentes Históricos Generales, S.F)

Durante este periodo la pena de prisión tomó mayor popularidad, de modo que, con la modernidad, la pena ya había dejado de ser meramente retributiva, pasándose a hablar de temas de productividad y en forma de reparación a la sociedad; así, con las ideas del humanismo se incorpora un nuevo fin a la pena, el de la resocialización, y se humaniza el castigo:

Gracias a las ideas planteadas por César Beccaria, son las penitenciarías los lugares donde deben permanecer quienes son sentenciados a dicha pena y en ellos se llevarán a cabo programas de educación, trabajo y disciplina para que los condenados puedan formar parte de la sociedad sin causarle ningún daño. (Galvis, 2003, p.186)

Estos ideales que dieron lugar a dejar las penas crueles atrás se pueden ver claramente en el texto “De los delitos y de las penas” del doctrinante César Beccaria (2010), donde explica cómo la dureza de la pena da lugar al endurecimiento de la sociedad misma:

A medida que los suplicios llegan a ser más crueles, los ánimos humanos, que como los fluidos se ponen siempre a nivel con los objetos que les rodean, se encallecen; y la fuerza siempre viva de las pasiones hará que, después de cien años de crueles suplicios, la rueda atemorice tanto como antes la prisión. (p. 39)

Con la revolución industrial del siglo XIX aumentó la criminalidad como consecuencia de gran la movilidad demográfica a los centros urbanos. A partir de ello, como lo narra Galvis (2003), se dio la crisis de la ideología humanitaria, por lo que la sociedad pidió penas más fuertes y similares a las pasadas. Es en este momento que empieza un periodo de control social del delito, donde la pena no retorna a los castigos de eras pasadas pero sí se reestructura el modelo penitenciario, acabando con la cárcel como sitio de corrección delincencial, para pasar a ser instituciones en las que imperaba el terror, con el fin de acabar el crimen. Con esta etapa el manejo de las cárceles se profesionalizó, dejando de lado lo moral y emocional de la institución que caracterizó el periodo inmediatamente anterior. Con el tiempo se desarrollaron incluso zonas de aislamiento para ejercer el control, no solo externamente en la sociedad, sino también dentro de las cárceles (Galvis, 2003).

Continuando con el fin de control, para finales del siglo XIX y principios del XX, comienza un periodo de internacionalización que afectó también el sistema penitenciario, al punto en que se realizaron múltiples congresos, empezado con el de Londres en 1872 (donde se empezó a recoger información estadística alrededor del sistema carcelario), hasta el de Washington de 1910 (donde se habló del trabajo en las prisiones), con el fin de establecer la organización de las cárceles, sus funciones penitenciarias para purgar el delito y los pilares mínimos y máximos en cuanto al tratamiento que debían recibir los reos durante la reclusión. Actualmente son estas pautas internacionales las que guían la pena de prisión, que desde la modernidad es la pena predilecta del sistema penal (Galvis, 2003).

Teniendo en cuenta, pues, esta breve introducción de la historia de la pena, es posible ver que el gran pensador italiano Beccaria (2010) estaba en lo correcto al decir que:

Los países y las épocas de los más atroces suplicios fueron siempre los de las más sangrientas e inhumanas acciones (...) Concluyo con esta reflexión: La grandeza de las penas debe ser relativa al estado de la nación misma. Deben ser más fuertes y sensibles las impresiones sobre los ánimos endurecidos de un pueblo salido apenas del estado del salvajismo. Se necesita el rayo para abatir a un fiero león que se revuelve al tiro del fusil. Pero a medida que los ánimos se suavizan en el estado de sociedad, crece la sensibilidad, y al crecer ésta, debe disminuir la intensidad de la pena, si se quiere mantener constante la relación entre el objeto y la sensación” (p. 40)

Con todo, es claro que, desde finales del siglo XIX, la evolución de la pena no ha acompañado a los cambios de la sociedad con el paso del tiempo, por el contrario, nos hemos quedado estancados en la preponderancia intramural, independientemente de los resultados que con esto se consigan.

Fines de la pena en general

La pena, como se pudo ver con anterioridad, ha tenido distintos móviles, finalidades o funciones a través de la historia. Las mismas variaciones se ven reflejadas en las teorías respecto a la función que debe cumplir la pena dentro de la sociedad. Superficialmente hablando, pues en la sola función de la pena se podría escribir un tratado, existen teorías absolutas, relativas y mixtas.

Las teorías absolutas de la pena hacen de la misma fin y medio. Básicamente en la pena como castigo, le dan el valor a la pena de hacer justicia, bajo un entendimiento de retribución o venganza. Estas teorías no ven la pena con un fin social, sino como una consecuencia lógica a la violación de la ley donde, pues como dice Kant:

no puede aplicarse como simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido [...]. El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos (Kant, citado por Cordini, 2014, parr. 4)

Dentro de estas teorías absolutas están las posturas ideales como la de Königsberg y las objetivo-ideales como la de Hegel. La primera dice que la pena debe ser impuesta independientemente de la utilidad que tenga o no sobre la convivencia social; básicamente se aplica por “imperativos de la razón” donde la falta a la norma equivale al castigo, sin importar que éste sea o no necesario socialmente. La segunda es partidaria de la pena como retribución; aquí se entiende la pena como la negación del delito, el medio que deshace el mal sucedido para así devolver el honor perdido con la falta cometida. Estas teorías fueron criticadas por su enfoque ideal, despegado de las realidades sociales, a las cuales debe responder el derecho penal (siendo la sociedad el motivo de su existencia) (García, 2006).

Las teorías relativas, por su parte, entienden el derecho penal, y las penas que impone, como una respuesta a las necesidades sociales. De manera que la pena cumple una función social, ya sea de prevención general o especial. La pena como prevención general tiene una función motivadora que recae sobre la sociedad en su conjunto, primero mediante la conminación normativa (la prohibición junto con la amenaza del castigo), y, segundo, a través de la ejecución de la misma a exposición pública, mediante el modelo carcelario “panóptico” que da lugar a que externamente se pueda ver el castigo al interior de los muros de la prisión (García, 2006). Por otro lado, la prevención especial, si bien mantiene la finalidad motivacional en la pena, el sujeto objeto de la misma no es la sociedad en su totalidad sino el reo, quien comete la falta. En estas teorías se busca la reinserción social del reo, pues la pena hace de medida de apremio para la no repetición de la conducta prohibida. (Almario, Duque y Melgarejo, 2013)

Es importante recordar que tanto las teorías relativas como las absolutas han tenido múltiples críticas, motivo por el cual se dieron tendencias eclécticas que pretendían mezclar los objetivos de ambas teorías, de manera que se manifestaran funciones de retribución y prevención en la pena, como es el caso de las teorías de la unión. El problema de estas teorías unificadoras es el exceso de discrecionalidad en la selección de la pena, sea por la dureza si se toma desde una prevención general, o por la suavidad con pretextos de reinserción social; de tal modo, no hay una unidad o claridad en cuanto a qué pena aplicar al no tener un fin definido. (García, 2006). La solución a este problema, como lo afirma García (2006) fue propuesta por Roxin, con su dialéctica de la unión, mediante el establecimiento de cada función de acuerdo al momento de ejecución:

(...) en el momento de la norma penal la pena cumple una función de prevención general informada por los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y subsidiariedad; en la imposición judicial de la pena los fines preventivos son limitados por la culpabilidad del autor (retribución); y en el momento de la ejecución penal adquieren preponderancia los fines de resocialización (p. 7)

Además, los garantistas apoyan esta división por momentos de aplicación para evitar, no solo los excesos de la pena sobre el individuo, sino para mirar la pena desde una perspectiva utilitarista, donde

la pena no se enfoque únicamente en la retribución ni que por desincentivar el delito se atropellen a tal punto los derechos del infractor que sea mayor la pena que el daño causado.

De la eficiencia de la política criminal colombiana enmarcada en los fines de la pena

La eficiencia es un principio constitucional que, junto con su compañera, la eficacia, son las encargadas de la efectividad de los fines estatales. Por lo anterior, cuando las actuaciones del Estado son contrarias a este principio pierden legitimidad. Esto mismo lo afirma la Corte Constitucional (Sentencia T-068 de 1998) cuando habla de ambos principios como complemento del otro:

La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad. De ahí pues, que los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales.

Ahora bien, la efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Es por ello que las dos cualidades permiten la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. (p.10)

Bajo este entendido, se hace importante comprender el concepto de eficiencia y así concluir si se encuentra presente dentro de la política criminal colombiana, especialmente respecto a los medios que utiliza para lograr sus objetivos o finalidades. La eficiencia, según la Corte Constitucional es: “(...) la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores (...).” (Sentencia C-826 de 2013, p. 29).

Ahora bien, definido este concepto se debe hablar de los fines que se buscan obtener dentro de la política criminal colombiana que, como se menciona en el primer capítulo de este texto, aparecen principalmente en la normatividad penal y la Constitución Política.

El Estado colombiano, que desde su primer artículo constitucional se anuncia como Estado Social de Derecho, tiene un sistema penal cuyos fines se acercan a los de las teorías eclécticas al dar a la pena una finalidad preventiva con límites retributivos. Esto se puede ver en el artículo 4 del Código penal colombiano (Ley 599 del 2000):

ARTÍCULO 4o. FUNCIONES DE LA PENA. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Además, el límite retributivo aparece en razón al modelo de Estado que se maneja, cosa que reafirma la Corte Constitucional: “En este marco, en un Estado Social de Derecho, la retribución no constituye una finalidad de la ejecución de la pena sino un límite para la determinación de su modalidad y medida (...)” (Sentencia T-267 de 2015, p. 18)

Es claro que el Estado colombiano se inclina por las teorías eclécticas sobre la finalidad de la pena, junto con su modulación de distribución por etapas de las funciones que aplica a la pena. Sin embargo, se percibe un agregado en cuanto a la adición de la protección del condenado, un elemento claramente afín al modelo estatal afirmado en la Constitución Política de 1991, donde los derechos y la dignidad humana son pilares fundamentales. Esto mismo es reafirmado al comienzo del Código Penal, donde se conectan la dignidad humana, los derechos humanos y la Constitución Política con la normatividad penal:

ARTÍCULO 1o. DIGNIDAD HUMANA. El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.

ARTÍCULO 2o. INTEGRACIÓN. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código. (Ley 599 de 2000)

Siguiendo este orden lógico, es importante resaltar que, en los primeros artículos de la Carta Política (1991), se pueden ver tanto el modelo de Estado que escoge nuestro país, como las finalidades que lo guían:

ARTÍCULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTÍCULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (Constitución Política, 1991)

Contrastando ambos códigos, el penal y la Carta, se puede ver indicio de la política criminal colombiana, más allá de haber mencionado con anterioridad, en el primer capítulo de este texto, que la misma no es clara ni organizada.

Es claro que, dentro de la política criminal colombiana se siguen los fines tradicionales de evitar la comisión del delito (prevención general), y evitar la repetición por parte del ofensor bajo una óptica enfocada en la reinserción social (prevención especial), con la adición humanitaria de proteger sus derechos durante el proceso.

Dentro de los fines mencionados, uno de los más importantes, por tratarse de un Estado Social de Derechos, es el de la reinserción social o resocialización, la cual se entiende como:

(...) el trabajo que debe cumplir el Estado para que la persona que ha llevado a cabo conductas delictivas retorne al seno social previa superación de los motivos, causas o factores que la empujaron a la criminalidad. Es decir, debe ser entendida como el tratamiento al que es sometido la persona privada de la libertad a fin de que no vuelva a delinquir. (Corte constitucional, Sentencia T-265 de 2017, p.18)

En ese sentido, lograr la resocialización materializa de forma efectiva la prevención especial, de no repetición criminal, y lo hace en respeto al principio de dignidad humana al permitir que quien erró tenga otra oportunidad de volver a la normalidad. Este enfoque prioritario en la reinserción, además de buscar combatir el delito, se justifica en el modelo de estado:

durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo.” (Corte constitucional, Sentencia T-265 de 2017)

Habiendo entendido un poco la inclinación ecléctica de la pena dentro de la política criminal colombiana, pasamos a analizar los costos del medio utilizado (la cárcel como medida preponderante) para alcanzar los objetivos de la política criminal. Cuando hablamos de costos nos referimos a todo aquello relacionado con el mantenimiento de la prisión, junto con lo que surge de la prestación del servicio carcelario, como es el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando, en razón a la crisis, el Estado es encontrado responsable por incumplir sus funciones (como lo es mantener a los reclusos indemnes en las instalaciones carcelarias).

Por otro lado, el alcance de los fines de la política se mira desde la disminución o no de los índices de criminalidad (prevención general), reincidencia (prevención especial y reinserción social) y, finalmente, si se dio una protección efectiva de los derechos del condenado.

En primer lugar, para los costos del mantenimiento de una cárcel en funcionamiento, encontramos que es el USPEC la entidad encargada de brindarle apoyo al INPEC en temas de gestión de los servicios prestados a la población reclusa, con respecto al “(...) suministro de los bienes y la prestación de los servicios requeridos para garantizar el bienestar de la población privada de la libertad” (USPEC, 2012). Para ello, la Ley del Presupuesto General de la Nación asigna un presupuesto que, en este caso, evidencia el costo actual que representa mantener una cárcel. De hecho, a 2018 se asignó al USPEC un presupuesto de \$1,028,424,832,506, todo en aportes nacionales (Ley 1873 de 2017). Sin embargo, teniendo en cuenta que el sistema no da abasto con la cantidad de reclusos, el costo real de su mantenimiento, o es mucho mayor al presupuesto mencionado, o se está escatimando en perjuicio de la dignidad humana del grupo poblacional recluso, pues las condiciones en que se encuentran no responden a una manutención íntegra; bien se pudo ver en la Sentencia T-762 del 2015 (Corte constitucional), que las circunstancias de los reclusos distan de ser dignas, gracias a los problemas que vienen incurtidas con el hacinamiento (situación sanitaria carente, espacio vital insuficiente, etc.)

Además, según el periódico El Espectador, con base en datos suministrados por FECOSPEC (Federación Colombiana de Trabajadores del Sistema Penitenciario y Carcelario) y el DNP (Departamento Nacional de Planeación), la manutención de una persona en prisión intramural puede llegar a ser de aproximadamente \$13 millones de pesos al año (Ojeda, 2018), lo cual, multiplicado por la cantidad de personas reclusas en una cárcel, que son cerca de 119.000, da un costo total aproximado de 1.547.000.000.000 pesos al año, solo en manutención. Estos costos sólo van a ir aumentando junto con el hacinamiento carcelario mientras no se ataque de manera estructural el problema.

Pero además de los costos de manutención de los reclusos, están los costos del manejo de una cárcel. En cabeza de ello se encuentra el INPEC, cuya función es vigilar y atender a la población privada de su libertad, lo que implica costos de nómina de los guardias, directivos, asesores y demás profesionales requeridos para ejercer dicha función (Ojeda, 2018). Estos costos también aumentan con el incremento poblacional en las cárceles, pues se requiere más personal (faltan aproximadamente 16.671 trabajadores) para atender este crecimiento, al punto que el INPEC llegó a solicitar se aumentará su presupuesto de \$1,073,957,042,496 de pesos (Ley 1873 de 2017), en 3.000 millones adicionales para costear la situación (Ojeda, 2018)

Por otro lado, hay costos menos evidentes, pero no por eso menores, como lo son los de responsabilidad extracontractual del Estado durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, lo cual ha resultado en incumplimiento del Estado en la prestación de un servicio público como lo es el mantenimiento del sistema carcelario.

La responsabilidad patrimonial del Estado la establece el artículo 90 de la Constitución Política (1991) de la siguiente manera:

ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.” (Art.90 Constitución)

De acuerdo al artículo citado, el Estado responde tanto por sus actos como por sus omisiones, las cuales se manifiestan en prestación de los servicios públicos, tales como el servicio carcelario, por el cual corresponde al Estado, en cabeza del INPEC, velar por la seguridad, custodia, vigilancia y protección de los retenidos:

(...) si existe una responsabilidad predicable al Estado a través del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- con ocasión de un daño padecido por una persona privada de la libertad dentro de un establecimiento penitenciario o carcelario (preso o detenido), se requiere examinar las cargas, obligaciones y deberes de esta autoridad, para determinar si desde el punto de vista jurídico la autoridad carcelaria incumplió por acción u omisión las obligaciones de custodia y vigilancia y, por contera, si quebrantó los deberes de cuidado y protección respecto de los reclusos y de control del centro carcelario, que tiene, entre otros fines, mantener al recluso en las mismas condiciones psicofísicas que presentaba al momento de la privación de la libertad, para, a renglón seguido, una vez determinada la omisión, proceder a establecer que la misma constituye la causa adecuada del daño sufrido por el interno. (Consejo de Estado, Sentencia del 11 de febrero de 2009, Rad. 16750, p 7-8.).

Sin lugar a dudas, la situación humana en las cárceles hoy en día es, por lo menos, precaria, gracias al perpetuo hacinamiento en que se encuentran estos establecimientos. Ante esto, el Estado está en riesgo constante de responsabilidad patrimonial pues, además de ser contrario a los fines estatales en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de los reclusos (situación de ECI), existe un peligro tanto físico como psicológico para los reclusos, cuestión que ya se ha manifestado en múltiples casos, donde se ha encontrado responsable al Estado por falla en el servicio carcelario, ya sea por la prestación tardía, insuficiente o inexistente del servicio (Flórez, Flórez y Suárez, 2014, p.13). Un ejemplo de esto se puede ver en la sentencia previamente citada, donde se condenó al Estado a pagar una indemnización de 1000 gramos oro por daños morales a cada uno de los demandantes, y un millón cien mil pesos (\$1.100.000) por daño emergente de gastos funerarios (Consejo de Estado, Sentencia del 11 de febrero de 2009, Rad. 16750). Este, y muchos casos más (sucedidos o con el potencial de suceder), son un costo extra para el Estado por la situación carcelaria, producto de la política criminal ineficiente del Estado Colombia, con su inclinación por la pena privativa de la libertad.

El ANEXO 3, permite observar la situación general de la deuda que tiene el Estado solo en condenas por saldar, las cuales no se logran pagar año a año en su totalidad. Las demandas por responsabilidad

extracontractual por lo ocurrido al interior de las cárceles son parte de estas cifras, que a 2016 alcanzaban los 4,4 billones de pesos, al punto tal que el INPEC hace parte de las entidades con mayor volumen de pagos por procesos contra el Estado (revisar ANEXO 4).

Para el año 2016, con 32.863 millones de pesos, el INPEC se encontraba dentro de las entidades de la Administración Central Nacional con mayor ejecución presupuestal para cubrir costos por demandas contra la entidad. En el 2017 se mantuvieron arriba con una de las mayores apropiaciones presupuestales para este mismo fin, con 9.463 millones de pesos. Todo esto se termina materializando en el pago por fallos y conciliaciones judiciales de 29.319 millones de pesos solo en el año 2016 (esto con intereses moratorios incluidos) (Contraloría General de la República, 2017, pp. 6 y 8).

Entendiendo la magnitud económica que implica mantener una cárcel, pasamos a analizar si estos costos se expresan en los resultados deseados, tales como: la prevención general, disminuyendo la comisión de delitos, y la prevención especial junto con la resocialización, que se muestra en la baja o eliminación de la reincidencia.

En cuanto al índice de criminalidad, la Policía Nacional lleva, a través del SIEDCO (Sistema Estadístico Delincuencial, Contravencional y Operativo de la Policía Nacional), un registro de delitos en Colombia, publicados en la última Revista Criminalidad con un compilado estadístico de 2008 a 2016, que puede observarse en el ANEXO 5.

En aquel gráfico se puede evidenciar que si bien la política criminal tiende a elevar las penas y criminalizar más conductas (uno de los problemas y causas del hacinamiento carcelario expuestos en el primer capítulo de este texto), la comisión de delitos registrados no reacciona de manera inversamente proporcional a dicho aumento, o sea, no disminuye en respuesta a esta tendencia legislativa.

Además de estas estadísticas, prueba fehaciente del aumento de la criminalidad se puede ver en que los números en las cárceles se mantienen a un nivel de hacinamiento crítico. Si bien no toda la población carcelaria (a noviembre de 2018 es de 119.491 personas) se trata de personas condenadas (79.221

personas a noviembre de 2018) por la comisión de dichos delitos, sí son la mayoría, pues las estadísticas demuestran que aproximadamente 66.3% de esta población pertenece a los reclusos condenados (INPEC, 2018b). Esto evidencia que la legislación inclinada a imponer penas privativas de la libertad no lleva a evitar que en la sociedad se comenten delitos. Por el contrario, a estos índices parece serles indiferente el endurecimiento punitivo, llegando a aumentar la delincuencia por año de manera exponencial en el último decenio. (Policía Nacional de Colombia, 2018)

En estudios realizados sobre la incidencia del agravamiento de las penas sobre la comisión de delitos, se ha llegado a concluir que el primer factor no afecta, o afecta de forma mínima, al segundo factor. Un ejemplo es el estudio encontrado en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, en el cual se pudo ver que:

- i) el aumento de penas tiene efectos, pero que estos no son estadísticamente significativos, y que la disuasión ocurre más usualmente en los casos de infracciones administrativas, más que en los delitos,
- ii) que los sujetos con una motivación para delinquir generalmente no consideran la penalidad futura asociada a su comportamiento delictivo, al ser considerada como un evento distante y quizás poco probable.
- iii) los infractores se preocupan, más que de la pena probable, de la mayor certeza sobre la posibilidad de ser capturado y por último, iv) que los factores que si ayudan a disminuir los delitos son aquellos de disuasión focalizada, es decir, patrullaje focalizado, encuentros con oficiales de libertad condicional, Plan Cuadrante, etc. (Cavada, 2018, p.1)

Por otro lado, en Costa Rica, en la revista de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, se estudia también la idea de la prisión como mecanismo para reducir el crimen y se llega conclusiones inconclusas en cuanto a los efectos de esta pena frente al índice de criminalidad, indicando que no se ha podido probar su eficacia o no en su propósito preventivo (Escobar, 2010)

Por esto mismo, viendo que en dos países latinoamericanos se habla de la ineficiencia o de la falta de prueba respecto a la eficiencia de la pena de prisión como mecanismo de prevención de la comisión de delitos, es que se hace necesario analizar si en Colombia su aplicación lleva a que quien delinque deje de hacerlo. Para saber si se logra el fin de prevención especial y reinserción social, luego de aplicada la pena prescrita, se debe mirar la reincidencia de quienes con anterioridad han cometido un delito. Al respecto existen informes del INPEC (2018c) con múltiples registros

que parten del entendido de que la reincidencia es: “se predica de un delito anterior ya juzgado con pena privativa de libertad total o parcialmente cumplida con un regreso a establecimiento de reclusión por delito posterior cometido por el mismo sujeto” (p. 5).

Bajo este entendido, el INPEC (2018c) en su informe logró compilar una serie de datos, observables en la gráfica contenida en el ANEXO 6.

En los últimos ocho años la reincidencia registró las siguientes cifras con respecto a la población condenada: 2010, 7.170 (9,9%); 2011, 8.833 (10,3%); 2012: 10,596 (11,5%); 2013: 12.100 (12,5%); 2014: 12.948 (13,6%); 2015, 15.423 (14,9%), 2016, 18.750 (16,7%) y 2017 20.182 (17,7%). El incremento en la reincidencia 2010 – 2017 corresponde a 181, 5% (13.012 casos). Las anteriores cifras agrupan los reincidentes en intramuros, con domiciliaria y con vigilancia electrónica.

A diciembre de 2017, con respecto a la población condenada a la fecha (114.056), la participación de los reincidentes (20.182) fue: 19,6% (15.311) de intramuros, 13,6% (4.365) con domiciliaria y 13,0% (506) con vigilancia electrónica para un total de 17,7%”. (Inpec, 2018c, p. 26 y 29)

Analizando las estadísticas citadas, es posible ver que desde el 2010 al 2017, la reincidencia ha aumentado, pues pasó de un 9,9% a un 17,7%, cosa que demuestra que la estrategia legislativa de aumentar la pena privativa de la libertad para evitar que quien delinca reitere su conducta es insuficiente y hasta contraproducente. Además, es posible ver que la tendencia a reincidir es mayor para aquellos casos de privación de la libertad intramural frente a los que se encuentran privados de la misma en su domicilio, y mucho mayores frente a los que se encuentran bajo vigilancia electrónica. Lo anterior hace evidente que la cárcel es la pena menos efectiva en la consecución de la función de prevención especial de la pena.

Por último, en temas de protección de derechos humanos de los condenados, también se ha fallado en su obtención mediante la aplicación de penas privativas de la libertad. Gracias a esta predilección penal se ha reiterado más de una vez el Estado de Cosas inconstitucional respecto de la situación carcelaria, siendo la última ocasión a través de la sentencia T-762 de 2015. Esta situación, como se explicó en el primer capítulo del texto, implica la vulneración sistemática y generalizada de los derechos de los reclusos, independientemente de su calidad de condenados o sindicados:

El nivel de hacinamiento ha generado que en los establecimientos de reclusión se vulneren de manera sistemática los derechos de las personas privadas de la libertad, pues impide que éstas tengan lugares dignos donde dormir, comer, realizar sus necesidades fisiológicas, tener visitas conyugales e íntimas, ejercer actividades de recreación, de formación y de resocialización, entre otros. (Corte constitucional, Sentencia T-762 de 2015, p.3)

Por todo lo anteriormente descrito, es posible concluir que la pena dentro de nuestro sistema penal actual, con su enfoque carcelario, no está satisfaciendo los fines estatales preestablecidos (prevención general, especial, reinserción social protección al condenado). Lo anterior en razón al continuo aumento del índice de criminalidad y reincidencia en Colombia, además de las múltiples ocasiones en las que la Corte ha declarado la sistemática vulneración de derechos fundamentales dentro de los establecimientos carcelarios. Además, teniendo en cuenta los costos de mantener una prisión, la manutención del recluso, y de responsabilidad extracontractual del Estado al que se arriesga con la situación actual de estos establecimientos, la pena, como se está pensando actualmente, resulta absolutamente ineficiente.

Todo lo anterior, especialmente el costo humano, representado en la vulneración de derechos fundamentales de los reclusos, hace de la pena privativa de la libertad (que es la preferida del Estado colombiano), una medida violatoria de todos los pilares del Estado colombiano como Estado Social de Derecho.

De las alternativas

En vista de la situación crítica de los establecimientos carcelarios, se hace evidente la necesidad de considerar un replanteamiento de la política criminal colombiana con un enfoque en la implementación de penas alternativas a la pena de prisión, que efectivamente permita la materialización de los fines de la pena y consiga una disminución importante en el hacinamiento carcelario.

Así, es necesario tener en cuenta que el sistema penal colombiano de antemano ha contemplado una serie de penas alternativas, como es el caso de la multa, la privación de derechos distintos a la libertad y el trabajo en beneficio de la comunidad que, a pesar de estar incluidas expresamente dentro del

ordenamiento jurídico, han sido desplazadas a un segundo plano ante la pena de prisión, a raíz de la política criminal actual que prioriza mayormente la pena de prisión.

El sistema penal colombiano establece como posibles penas las siguientes: la privación de la libertad, la multa (y el trabajo comunitario en caso de imposibilidad de pago, más no como una primera alternativa) y la privación de derechos distintos a la libertad. La prevalencia de las penas privativas de la libertad, bien sea sola o acompañada de alguna de las mencionadas, puede ser perfectamente evidenciada en la gráfica contenida en el ANEXO 7.

La primera pena a analizar es la multa, regulada en el artículo 39 del Código Penal. Esta afecta el patrimonio del ofensor en cuanto a que reduce su capital y limita su poder de disposición sobre el mismo, ya que: “La pena de multa es una coacción a la libertad de disposición pecuniaria, que en la actual sociedad de consumo, constituye una verdadera privación de una libertad pública teniendo en cuenta el movimiento acelerado del mercado.” (Rodríguez y Rojas, 2003).

Esta pena de naturaleza pecuniaria debería ser la respuesta lógica a los delitos de índole pecuniario o económico. Lo anterior partiendo de una base de proporcionalidad, que el mismo Beccaria (2010), en su tiempo, logró reconocer para evitar el castigo corporal, donde no se afecta la integridad de la víctima “los hurtos que no llevan unida la violencia, deberían ser castigados con pena pecuniaria. Quien trata de enriquecerse con lo ajeno, debería ser empobrecido con lo propio” (p.68-69). Continuando con la pena sugerida en sí misma, su naturaleza es básica, se cobra al delincuente la suma que implique reparar a la sociedad por el menoscabo de sus normas:

Consiste en la obligación que se le impone al condenado de pagar una suma determinada de dinero por el delito que cometió. El valor de esta suma se fija teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, el daño causado, la situación económica del delincuente, en fin todas aquellas circunstancias que indiquen la posibilidad de pagar dicha suma. (Galvis, 2003, p. 53-54).

Esta propuesta de penas sustitutas, vr.gr. la multa, como protagonistas para disminuir el hacinamiento no viene del aire, múltiples países europeos se han inclinado por esta alternativa, entre ellos el citado ejemplo de Finlandia: “Todos los países utilizan las penas de multa con mayor frecuencia. Sin embargo,

esta opción se utiliza más contundentemente en Finlandia (36.000/casos y 54% de todas las decisiones judiciales), seguido de Suecia, Dinamarca y Noruega” (Lappi-Seppala, s.f. p. 139).

En Finlandia la pena de multa tiene un tratamiento muy similar al colombiano, independientemente de que en un caso sea principal y en otro accesorio. Ambos países usan el sistema días-multa (Lappi-Seppala, s.f. p. 142): “en este sistema el legislador establece el razonamiento de equivaler la multa por días según determinado valor el día. Esta labor le corresponde al juez, quien fija el número de días y consecuencia el valor del día” (Rodríguez y Rojas, 2003, p. 55)

Para el caso de Finlandia y demás países escandinavos, el sistema de días-multa se implementó asignando los días de multa según la culpabilidad o la gravedad de la infracción y su valor según la capacidad económica del ofensor. (Lappi-Seppala, s.f. p. 142). Esto es muy similar al sistema de unidades (según el ingreso devengado por año) que maneja el artículo 39 del Código Penal Colombiano (Rodríguez y Rojas, 2003).

Sin embargo, es importante recordar que si bien se trata de una pena con inclinación a la función retributiva de las penas en general, no puede por eso pensarse que se elimina la reparación integral del proceso penal, pues la multa como sanción no debe equipararse con la responsabilidad civil que tiene el infractor con la víctima de su conducta; el pago en ambas ocasiones tiene una fuente legal distinta, en el caso de la sanción se retribuye a la sociedad y en el caso de la responsabilidad civil se repara al ofendido (Rodríguez y Rojas, 2003).

Ahora bien, de no tener la capacidad económica para cumplir con esta alternativa, se debe proceder a la reparación pecuniaria mediante el trabajo del ofensor, que como se puede ver en artículo 40 del Código Penal, debe ser realizado de manera voluntaria, pues si no hay consentimiento para el mismo, en Colombia se procede a los arrestos progresivos por el no pago o amortización en trabajo de la multa.

Así las cosas, habiendo analizado someramente lo que implicaría la utilización de la multa como pena principal, y viendo los resultados obtenidos en otro país con su implementación como una de las

alternativas a la pena de prisión, es importante hablar del aporte cuantitativo que haría esta medida a la solución del problema de hacinamiento en Colombia. Esto se haría viendo el porcentaje de condenados por delitos de índole meramente pecuniario (el tratamiento es distinto de tratarse de delitos mixtos en cuanto a la afectación de bienes jurídicos tutelados) que se encuentran hoy en día reclusos (ver la gráfica de Principales delitos intramural contenida en el ANEXO 8).

De acuerdo con las referidas gráficas, que muestran la población condenada reclusa en las cárceles por delito cometido a diciembre del 2018, se evidencia que la población reclusa condena por hurto es la más importante dentro de la cárcel, seguida casi en igual medida solo por el homicidio como crimen mayoritario por el que están reclusos los condenados. Esto implicaría que, si se manejará el delito con la pena de multa, un 14,9% de la población encarcelada se reduciría.

Luego de haber estudiado los beneficios de la pena de multa, y en general de las penas alternativas con el ejemplo escandinavo, para solucionar la crisis actual es claro que la sola multa no puede ser la única pena sustitutiva a la prisión, pues esto tampoco es totalmente práctico, especialmente habiendo otros tantos delitos cuya afectación no es únicamente pecuniaria, o que nada tienen que ver con tal hecho. Por lo anterior, también se debe pensar en las penas privativas de otros derechos distintos a la libertad. Estas penas responden directamente a criterios de proporcionalidad y prevención especial, por cuanto se fija directamente en el vínculo de causalidad entre el ejercicio de un derecho y la comisión del delito, para limitar dicho derecho y así evitar su repetición (Rodríguez y Rojas, 2003); de tal suerte,

Dentro del paradigma de la resocialización, como función de la pena, tratando de encontrar un equilibrio entre el concepto de culpabilidad y prevención, las penas privativas de derechos aparecen como el ideal sustitutivo de la prisión, por su limitación efectiva del derecho en cuestión sin envolver un proceso de sociabilidad (...) (Rodríguez y Rojas, 2003, p. 71)

La privación de otros derechos distintos a la libertad puede resultar ciertamente prometedora como alternativa, siempre y cuando se tengan en cuenta una serie de límites que determinen su implementación sin coartar de manera excesiva el libre desarrollo de la personalidad del ofensor, ya que podría, en ese caso, convertirse en un elemento contraproducente en materia de dignidad humana y resocialización.

Además, es importante fijar la aplicación de la pena, mirando siempre el vínculo de causalidad con la comisión del delito (Rodríguez y Rojas, 2003).

Lo anterior debido a que, si bien la privación de derechos puede tener una relación con el delito cometido, propiciando así proporcionalidad, no se puede tomar por hecho que efectivamente es proporcional sin haber establecido límites cuantitativos a la misma, con el fin de garantizar la dignidad del individuo a largo plazo, pues el desconocimiento sobre ello da pie a que la sanción impuesta sea realmente tan dañina como la pena privativa de la libertad.

Esta situación resulta observable en la esfera profesional del individuo, pues la mayoría de las penas privativas de otros derechos afectan directamente dicho aspecto, por cuanto limitan el desarrollo de sus actividades de trabajo en razón del delito cometido. Teniendo en cuenta que el ser humano es un ser sociable, limitar indefinidamente el desarrollo profesional del sujeto implica que se esté exiliando a aquel de su entorno, lo que no le permite retomar aquellos vínculos de los que fue alejado a raíz de la pena impuesta, imposibilitando su resocialización.

Por último, pero no menos importante, están los trabajos en beneficio de la comunidad, pena que en Colombia solo se considera como alternativa de una pena accesoria como la multa, pero en muchas otras jurisdicciones, incluido el ejemplo escandinavo citado, la consideran como una de las penas sustitutivas principales a la pena de prisión:

Todos los países han adoptado la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Es pena principal en Finlandia (3.300) y Noruega (1.600) La pena de trabajos en beneficio de la comunidad es una condición de la suspensión condicional de la pena en Suecia (3.300) y en Dinamarca (3.500), mientras que lo es de la libertad vigilada sólo en Suecia (900).(Lappi-Seppala, s.f., p. 140.) (revisar ANEXO 9)

Otros ejemplos donde se ha adoptado el trabajo o las penas en beneficio de la comunidad, e hicieron de precursores de las mismas, son Inglaterra, a nivel mundial, y Brasil a nivel Latinoamericano. En general este tipo de pena tiene su raíz en los trabajos forzados de antes del siglo XVIII, pena que perdió protagonismo con la decadencia de la corriente utilitarista del siglo XX que dio lugar a la prisión (pena

que ya de antes venía haciendo fuerza). Sin embargo, con las fuertes críticas que ha tenido esta pena desde finales del siglo XX, resurgió la idea de trabajos en servicio de la comunidad como una forma de reinserción de los condenados. (León y Rojas, 2017, pp. 13-14).

El primer antecedente directo del trabajo en beneficio de la comunidad fue el “Community service” de Inglaterra, que empezó “la ley probación” de 1907 y ahora tiene un estatuto propio que lo regula, siendo esta la forma de suspender o intercambiar la pena de prisión a cambio de entrar a este régimen de manera voluntaria, que incluía, entre otros, trabajos, rehabilitaciones y supervisión. “Cabe añadir que esto se produce antes del pronunciamiento judicial, al consentir el ofensor en admitir la culpa y someterse a las reglas impuestas” (León y Rojas, 2017, p.15)

El trabajo que se contempla dentro del “probation” se conoce como “Community Payback” o “Unpaid work hours”, que es el que se maneja actualmente y está contenido en el 32% de las sentencias criminales de única pena en este país (NAO, 2008, p. 4).

Por otro lado, en Brasil, un país mucho más cercano a Colombia tanto geográfica como socialmente, fue el precursor en Latinoamérica de este tipo de penas. De tal modo, Brasil contempla distintas penas dentro de sus sistemas de responsabilidad para las personas capaces, tales como: la pena privativa de la libertad, la multa y la restricción de derecho (prestación pecuniaria, pérdida de bienes, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, suspensión temporal de derechos y limitación de fin de semana), como se dijo, bastante similar a Colombia.

En Brasil el trabajo en beneficio de la comunidad o entidad pública se utiliza cuando la pena privativa de la libertad es mayor a seis meses y su funcionamiento se basa en que cada hora trabajada será un día menos de condena, con un límite cuantitativo que es la mitad de la pena asignada. Esta medida logra disminuir la estadía de las personas en la cárcel (León y Rojas, 2017).

Como se pudo ver en ambos ejemplos citados, Brasil e Inglaterra, la pena en beneficio de la comunidad se implementa en casos donde la otra opción es la prisión, y mediante este mecanismo la persona que delinque logra retribuir a la sociedad por sus ofensas.

Viendo que no es una pena aislada, la cual podría sustituir mayoritariamente la pena de prisión, como se intenta en los países escandinavos, se hace necesario hablar de cómo debe implementarse en Colombia para no ir en contra de la Constitución, si se pretende considerar como una posibilidad legal de política criminal. Este es un tipo de pena que por su naturaleza requiere el consentimiento del imputado para que suceda, que de no darse se debe proseguir a otro mecanismo, o se estaría cayendo en una violación de derechos humanos, en tanto se hablaría allí de trabajos forzados, los cuales se prohíben en la Constitución Política de Colombia, como bien lo dice la Corte Constitucional:

La prohibición de la esclavitud, la servidumbre, los trabajos forzados y la trata de seres humanos tiene fundamento en los derechos fundamentales que tales prácticas lesionan. En efecto, la proscripción de esas prácticas parte del reconocimiento de que envuelven graves y serias violaciones de derechos fundamentales que ameritan respuestas estatales tan extremas como las de tipo penal. En este sentido, esta Corporación ha indicado que el artículo 17 de la Carta protege los derechos a la libertad física y a la dignidad, los cuales proscriben que una persona sea reducida a la condición de un objeto sobre el que se ejerce dominio y se limite su autonomía para determinar su proyecto de vida y su cuerpo (Sentencia T-1078 de 2012, p.25-26).

Esto mismo lo reitera el numeral 7 del artículo 39 del Código Penal, donde se contempla esta pena alternativa (aunque actualmente solo estipula el hecho de no tener la capacidad económica para cumplir la multa), la cual establece unos mínimo que se deben respetar para no ir contra la dignidad humana del condenado, durante la ejecución de esta pena; se centra especialmente en la necesidad del consentimiento del recluso y las condiciones laborales mínimas que deben respetarse para no entrar en el campo del trabajo forzado.

Con esta alternativa lo que se busca es cumplir con el fin retributivo y resocializador de la pena, al intentar reparar a la comunidad entera por el ilícito (pues el punto de la pena, luego de superada la etapa primitiva, no es la venganza privada):

Es decir, el objetivo de esta reparación no es satisfacer los intereses de la víctima en concreto (como sería el objetivo en otros modelos de solución de conflictos basados en la mediación y conciliación entre la víctima y el causante del ilícito penal), sino los de la comunidad en su conjunto, simbólicamente perjudicada por dicho ilícito (Olarte, 2006).

Y no hay que olvidar que este tipo de pena podría ser mucho más efectiva en la reinserción del reo a la sociedad que la reclusión en el establecimiento carcelario, pues, como señala la doctrina,

(...) la capacidad de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad para dotar a la persona penada de una formación y un hábito laboral, del que carecerá en algunos casos, el cual le ayudará, posteriormente, a reintegrarse al mercado laboral y facilitará su reinserción social (Olarte, 2006)

Todas estas opciones y más, son una alternativa a la pena privativa de la libertad, cuya preponderancia como política criminal ha causado todos los problemas previamente descritos. Es importante que, frente a todas estas opciones, se realice un análisis a conciencia por parte de los expertos concernientes (psicólogos, sociólogos, pedagogos y demás), pues si bien el derecho es un mecanismo útil para enfrentar el problema de la criminalidad, no puede él solo y bajo la influencia popular, solucionar un problema sin darle a éste un análisis empírico real; y como se pudo ver en más de un ejemplo, las medidas que estamos usando hoy en día, entiéndase la cárcel, no están generando una influencia real al respecto, que justifique de manera alguna los daños que causa.

En vista de la existencia de las posibilidades mencionadas, en cuanto a la alternatividad penal, es importante explorar qué tan receptivo es el Estado colombiano con respecto a ellas. Una forma de tantear el terreno en esta dirección es ver qué posición tiene la Corte Constitucional respecto a estas medidas, siendo ella la principal abanderada de la Constitución Política de Colombia.

Al respecto de la pena de prisión y su remplazo con penas alternativas y sustitutivas a la misma, la Corte ha expresado lo siguiente:

Conforme a lo expuesto, el proceso de resocialización de los condenados penales se complejiza debido a la fuerte afectación de los derechos fundamentales impuesta por la sanción, por lo que la pena privativa de la libertad no es suficiente y requiere de mecanismos alternativos o sustitutivos, que efectivicen dicha finalidad constitucional. (Sentencia C-328 de 2016, p. 29)

La anterior cita es muestra clara de la inclinación política que se da hacia estas medidas, lo cual es un indicio de la aceptación, si bien no social —pues esta aceptación tendría que ser incentivada por medios pedagógicos y sociológicos adicionales— sí Estatal. Esto indica cierta viabilidad al proyecto político-legislativo que se tendría que iniciar para cambiar el direccionamiento de la política criminal actual.

Además de la leve inclinación ideológica citada previamente, el legislador con su Ley 1453 de 2011 empieza a incursionar en la alternatividad penal con la imposición de la multa duplicada como pena resultante de la reincidencia, mediada que apoya la Corte declarando su exequibilidad bajo el argumento de que tal medida cumple con los fines resocializador y preventivo de la pena:

Esta situación tiene justificación constitucional, pues consulta el fin preventivo y resocializador de la pena, entendido este último como el establecimiento de obligaciones de doble vía.

(...)

Sin embargo, esta posición argumentativa no consulta la realidad de la función resocializadora de la pena, pues la misma no impone deberes unilaterales solamente en cabeza del Estado, sino que implica una serie de obligaciones de doble vía en los que necesariamente participa el delincuente que es objeto de sanción. Conforme a lo expuesto, la función resocializadora de la pena no se agota en los esfuerzos estatales por lograr la resocialización del delincuente, sino que también implica la participación de aquel, a través de la asunción de compromisos personales y sociales que permitan materializar su rehabilitación en la vida en sociedad, es decir, el condenado penal no es un convidado de piedra en el cumplimiento de los objetivos de la pena impuesta, pues está en la obligación de asumir una actitud activa en su proceso de rehabilitación (Sentencia C-181 de 2016, p. 60).

Lo expuesto en la cita previa, no solo justifica la implantación de alternativas desde un punto de vista meramente dogmático, sino que involucra al sujeto pasivo de la pena (el condenado) dentro de un ambiente social donde no esquivo o evade la responsabilidad y al mismo tiempo no se le excluye totalmente de la sociedad a la que debe readaptarse, pues de lo contrario resultaría contraproducente a largo plazo que en libertad quedara una persona que no asumió su responsabilidad con la sociedad a la cual afectó.

Vista la posición colombiana frente a las medidas alternativas, sería de gran utilidad analizar una serie de casos a nivel internacional que han implementado este tipo de mecanismos de manera exitosa, propiciando una reducción efectiva en el aumento de la población carcelaria, y, por ende, el hacinamiento carcelario en sí.

Teniendo en cuenta la relación del sistema colombiano con el finlandés, y en vista de que este es uno de los casos más exitosos en temas de reducción de la población carcelaria, resultaría interesante analizarlo un poco más, por cuanto en éste se implementaron penas alternativas a la cárcel (como la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad), sin que su índice de criminalidad se viera afectado diferencialmente en comparación con sus países vecinos (países escandinavos), que han mantenido un índice de encarcelamientos más o menos constante en contraste con Finlandia. Este país pasó de tener el índice de encarcelamiento más alto de Europa (hacia los años 50) a mantenerse en el más bajo en la actualidad. Todo esto mediante el uso de penas sustitutas tanto tradicionales como novedosas (Lappi-Seppala, s.f.), como se muestra en la gráfica del ANEXO 10.

Los datos presentados en aquella hacen evidente el descenso que experimentó Finlandia en cuanto a su índice de encarcelamientos, además de dar a conocer cómo sus compañeros escandinavos han mantenido siempre un mismo índice (ni bajan ni suben la cantidad de personas que encarcelan). Esto se dio por dos motivos: 1) los tribunales empezaron a reducir el uso de la pena de prisión hacia los 50's y 2) empezaron las reformas legislativas de los 60's a los 90's. Parte de los primeros delitos que dejaron de ser tratados carcelariamente fueron los patrimoniales y de conducción bajo influencia del alcohol, además se implementaron penas alternativas como: las multas de forma principal para delitos con menores períodos de prisión y los trabajos comunitarios como pena sustitutiva de la cárcel.

Ante tal cambio de política criminal, muchos pensarían que la tendencia sería al aumento de los índices delincuenciales. Sin embargo, tal índice tuvo el mismo comportamiento en los otros países escandinavos (muy similares socio-culturalmente) que no implementaron tales cambios, haciendo evidente que el índice delincencial no reacciona distinto por las penas que se usan, tal como se puede corroborar en el ANEXO 11.

Así las cosas,

Hay diferencias importantes en el uso de la pena de prisión y coincidencias en las tendencias de criminalidad. El hecho de que Finlandia haya reducido sus índices de encarcelamiento no ha

distorsionado la simetría de los índices de delincuencia de los cuatro países. Las figuras, una vez más, confirman la teoría de que las tasas de delincuencia y encarcelamiento son independientes la una de la otra, de tal modo que se incrementan o reducen conforme a propios factores y explicaciones. (Lappi-Seppala, s.f., p. 127.)

Por otro lado, encontramos a España, un país un poco más cercano, socio-culturalmente hablando, a Colombia. Este país consiguió darle una vuelta de 180 grados a su situación carcelaria, la cual para los años 90 era crítica por situaciones muy similares a la colombiana en razón a una causa, también muy cercana: el hacinamiento carcelario. (Montero y Nistal, 2015, p. 163). A partir del 2010, luego de un aumento exponencial de la población carcelaria española, empieza a reducirse este índice de forma notablemente, como se muestra en el ANEXO 12.

Lo importante de este cambio tendencial es entender cómo sucedió. En un principio, en 1995, hubo una reforma al Código Penal español donde se suspendieron las medidas cortas por penas alternativas, y a la vez, se daba “un alargamiento del tiempo de estancia en prisión de los penados” (Montero y Nistal, 2015, p. 164). Esto dio lugar al crecimiento de la población carcelaria que se mostró en la gráfica previa:

Así, a pesar de que el CP de 1995 suponía una apuesta por la supresión de las penas cortas y por la proliferación de las penas y medidas alternativas, el simultáneo reforzamiento de las penas de prisión de media y larga duración y la falta de previsión en cuanto a los recursos humanos y materiales para la implementación de las alternativas a la prisión supuso de facto un endurecimiento de la reacción penal y un mayor uso de la pena de prisión (Montero y Nistal, 2015, p. 165).

En ese sentido, el caso español fue uno paradójico durante esta crisis, pues si bien se redujeron las entradas a la cárcel, debido a que se disminuyeron los delitos que traían como consecuencia primigenia la pena de prisión, para aquellas conductas delictivas que la siguieron contemplando como sanción, lo hicieron con un aumento exponencial de la misma. Fue así como entraban menos personas en un determinado momento, pero al mantenerse tanto tiempo en la cárcel cumpliendo condena, se juntaban con los nuevos grupos de reos que iban ingresando, propiciando así el hacinamiento crítico de la época. Las estadísticas de criminalidad durante este periodo de endurecimiento penal mostraron que:

Ciertamente, durante los últimos veinte años la delincuencia no parece haber aumentado, y sin embargo la población carcelaria no ha cesado de aumentar desde los años 80 hasta 2009, y es que, como señala González Sánchez, “el vínculo entre crimen y castigo no es automático, y la respuesta a la delincuencia (empezando por la definición misma de lo que se considera “delincuencia”) es el fruto

de unas decisiones políticas (en el sentido amplio del término) y de unas determinadas configuraciones sociales” (Montero y Nistal, 2015, p. 175).

Luego de este periodo, España volvió a hacer una reforma legislativa en 2010, con la que se redujeron los límites máximos de las penas a los delitos contra la salud pública, que representaban para ese entonces el 27,76% de la población carcelaria (porcentaje bastante alto, especialmente teniendo en cuenta que en Colombia ningún delito llega a tener tal preponderancia en la población carcelaria) (Montero y Nistal, 2015). Ante esta medida, hubo en algunos casos reducción del índice de criminalidad, pero en general, al igual que con el endurecimiento carcelario, el delito no tuvo mayor respuesta a esto:

Como observamos, al igual que en el caso de los factores explicativos del aumento de la población carcelaria, en ocasiones la evolución de ciertos tipos delictivos coincide con su evolución “penitenciaria” en el sentido de que una mayor tasa de delincuencia en ese sector se ve reflejada en una mayor tasa de encarcelación; sin embargo, como señalamos anteriormente, las tasas de delincuencia se mantienen más bien estables desde los años 90 y en muchos casos la evolución de algunos tipos delictivos muestran discordancias con su evolución penitenciaria, por lo que a los efectos que nos ocupan, no podemos considerar las tasas de delincuencia (ni en su conjunto, ni de forma individualizada por tipos delictivos) como factores explicativos de las fluctuaciones de la población penitenciaria (Montero y Nistal, 2015, p.188)

Además de reducir la pena de prisión para uno de los delitos más representativos de la población carcelaria, también se empezaron a utilizar en mayor medida penas alternativas que sustituyesen la pena de prisión (como el trabajo comunitario), o la suspendiesen temporalmente, mientras el sujeto cumpliera la condición de no reincidencia (Montero y Nistal, 2015, p. 163). Estas alternativas fueron implementadas en 2004 pero, como se puede ver en el ANEXO 13, aumentaron su popularidad de forma exponencial hacia el 2009.

Esto, sin embargo, fue aplicado mayormente a delitos más recientes como la violencia de género y seguridad vial, lo que da a entender que si bien se implementan más estas medidas, se está haciendo de manera gradual (Montero y Nistal, 2015).

Como se pudo ver, tanto con el caso español como el finlandés, se logra disminuir la población carcelaria mediante la reducción de la pena de prisión y la implementación de penas alternativas. Pero más allá de la consecuencia lógica de reducir el hacinamiento, el análisis de estos casos permitió ver que,

independientemente del comportamiento de la pena, fuese con una tendencia de endurecimiento o ablandamiento penal, el índice de delitos no se vio trascendentalmente afectado, lo que implica que la crisis de hacinamiento no tiene justificación en resultados sociales positivos, pues como se ha mencionado múltiples veces, da lugar a una vulneración sistemática de derechos y no es importante en los propósitos que busca frente combatir la criminalidad.

Del derecho a la verdad, justicia y reparación de las víctimas en un sistema penal con penas alternativas a la privativa de la libertad

Dentro del sistema jurídico colombiano se ha reconocido el derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación como un derecho fundamental. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional:

Los derechos constitucionales de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y las garantías de no repetición, como lo ha señalado esta Corte, encuentran fundamento en los siguientes preceptos de la Constitución: 1. El principio de dignidad humana (Art.1° CP), 2. El deber de las autoridades de proteger los derechos de todos los residentes en Colombia (Art. 2° CP), 3. Las garantías del debido proceso judicial y administrativo (art. 29, CP), 4. La cláusula general de responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que causen los servidores con dolo o culpa grave (art. 29, CP), 5. La consagración de los derechos de las víctimas como derechos de rango constitucional (Art. 250 num. 6 y 7 CP), 6. La integración del bloque de constitucionalidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP), 7. El derecho a acceder a la justicia (art. 229 CP), 8. El Artículo Transitorio 66, (Artículo 1 del Acto legislativo 01 del 31 de julio de 2012), que contempla el deber de adoptar instrumentos de justicia transicional que garanticen en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y establece que en cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas. (Corte Constitucional, Sentencia C-180, 2014)

Bajo este entendido, y siendo que los derechos fundamentales y su protección son un eje primordial del Estado Colombiano, es claro que el sistema penal, cuyo Código mismo hace referencia a los derechos fundamentales, no puede ignorar los derechos ya mencionados.

Siendo así, es necesario verificar que con la imposición de penas alternativas a la pena privativa de la libertad el sistema penal no llegue a vulnerar los derechos de las víctimas. Para esto se debe entender en qué momento se obtiene cada elemento- verdad, justicia y reparación; Puesto que no todos ellos se logran mediante la imposición de la pena. Para esto se deben tener en cuenta los fines que el sistema penal le

otorga a la pena para notar si dentro de los mismos cabe alguno de los derechos de las víctimas. Sin olvidar que, el proceso penal no es únicamente la imposición y la ejecución de la pena.

Respecto a los fines de la pena, ya se hizo referencia a cómo la pena de prisión no ha logrado la concreción de la prevención general, la especial y la reinserción social, además de ser un medio para vulnerar directamente el fin de protección al condenado del Código Penal. Ahora la función que queda sería la de retribución justa. Muchos confunden esta última con el derecho a la reparación de las víctimas, y por ende relación el tiempo de prisión que se impone con el alcance de tal fin. Sin embargo, la una y la otra no son lo mismo, al punto que mientras que la retribución se busca con la ejecución e imposición de la pena, la reparación se obtiene mediante un mecanismo distinto del derecho penal, el incidente de reparación integral, donde la víctima pasa a ser capitán y protagonista del proceso penal.

La retribución justa en la pena no se refiere a la que se retribuye a la víctima por el daño sufrido, no es una reparación. Cuando se habla de esta función se hace referencia al “reproche merecido por un comportamiento incorrecto que es imputable como acción culpable” (Mañalich, 2007, p.76); reproche que se expresa mediante la irrogación de un mal, que es el castigo mismo, el cual es modulado por el daño causado por la conducta reprochable (Mañalich, 2007). Así mismo lo interpreta la Corte Constitucional cuando se refiere a esta función, afirmando que ésta: "persigue compensar el mal que el individuo le ha causado a la sociedad por la comisión del hecho punible" (Corte Constitucional, Sentencia C-261, 1996). Bajo este entendido, la retribución no busca reparar el daño causado a la víctima, solo el reproche a la conducta que dio lugar al mismo (aun cuando éste es el factor modulante del reproche). Por último, frente a esta función, es importante recordar que, superada la etapa de la venganza privada, las conductas punibles dejan de ser reprochadas por la víctima y pasan a serlo por el Estado, no por el hecho empírico mismo, sino por la violación de la confianza del agente que fue contra las normas aceptables para todos:

“Por la misma razón, el reproche penal no se formula desde el punto de vista de la víctima del delito: el fundamento del reproche se encuentra en la defraudación de la confianza recíproca que se reconocen los co-agentes morales respecto del seguimiento de normas aceptables para todos, y no (directamente) en la lesión de un bien jurídico (aun cuando ésta puede condicionar, parcialmente, la medida del reproche). el reproche penal es un asunto público, y por eso el derecho penal es derecho público.” (Mañalich, 2007, p.84)

Teniendo claro que la función retributiva de la pena no busca reparar a la víctima, queda la duda de cómo pretende el sistema penal colombiano hacerlo. Por este motivo se incorpora al sistema penal, mediante la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal actual), el incidente de reparación integral, mediante el cual se busca involucrar a la víctima en el proceso, luego de la determinación de la responsabilidad penal del sujeto que comete la conducta punible y la fijación de la pena por parte del Estado (como ya se dijo, en este momento es el Estado quien emite su reproche, además de buscar los demás fines de la pena):

La Corte Constitucional ha explicado que la reparación a las víctimas de un delito puede lograrse a través de vías distintas: la judicial y la administrativa. Cuando se realiza a través de un proceso penal, la reparación se articula con la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, en la medida que en esos procesos se investiga y establece lo sucedido y se determinan responsables. De acuerdo con la Corte, “[l]a vía judicial puede adelantarse ya sea a través del incidente de reparación dentro del proceso penal adelantado contra el responsable del delito o ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de reparación directa”. La reparación por vía judicial procede respecto de cualquier tipo de conducta punible. (Corte Constitucional, Sentencia C-344, 2017)

Todo lo anteriormente descrito permite concluir que el establecimiento de penas alternativas, distintas a la pena no privativa de la libertad no vulnera el derecho de las víctimas a ser reparadas, siendo que la pena misma no es el medio para lograr tal fin.

En cuanto al derecho a la verdad y la justicia de las víctimas, tales se logran cuando se establece la en el proceso mismo. La verdad se logra mediante el proceso, con la participación activa de las víctimas (mediante la figura del representante de víctimas), donde se busca establecer, a través de pruebas, los hechos ocurridos y así la responsabilidad penal del victimario:

El Estado cuenta con múltiples mecanismos para hacer valer el derecho a la verdad. La principal herramienta son los procedimientos judiciales en los órganos de administración de justicia. A través de los

juicios se logra establecer una verdad oficial basada en las pruebas (Comisión Colombiana de Juristas, 2006, p.13)

Frente a la justicia, se logra cuando hay consecuencias a los actos del victimario luego de establecida su responsabilidad penal. El hecho de que se revele la verdad alrededor de una conducta punible y que, frente a la misma no haya impunidad implica que existe justicia, independientemente de que la consecuencia se materialice o no en tiempo en una cárcel pues, “Justicia es lo que logran las víctimas cuando las autoridades investigan y sancionan a los responsables de las violaciones de derechos humanos” (Comisión Colombiana de Juristas, 2006, p.18).

Habiendo analizado en qué momento y cómo se logra concretar el derecho fundamental de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, es posible concluir que la imposición de penas alternativas a la pena de prisión no es un ataque a los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, sino un enfoque distinto para lograr la concreción de sus derechos por medios menos perjudiciales para los fines, en general, del Estado Colombiano.

Capítulo V

Conclusiones

Tras el análisis realizado en los capítulos anteriores, se ha podido comprobar que nuestra política criminal, inclinada a la imposición de medidas de aseguramiento principalmente privativas de la libertad, al igual que las penas intramurales, es la causal primigenia del hacinamiento y el ECI que ha surgido a raíz del mismo.

En primer lugar, la crisis carcelaria reflejada en el hacinamiento —causada tanto por las penas privativas de la libertad como la prisión preventiva—, es un problema actual para el Estado colombiano, dado que gracias a su existencia persiste el ECI por la constante y sistemática vulneración de derechos que se dan en las instituciones carcelarias manejadas por el Estado. Como pudimos ver, el hacinamiento

no presenta un comportamiento constante a lo largo de los años, más allá de su persistente existencia y su tendencia mayoritaria al aumento. Sin embargo, la tendencia al aumento de criminalización sí es constante, lo que muestra que la privación de la libertad no es la medida que conseguirá disminuir o controlar el crimen, por el contrario, encrudece el hacinamiento y la crisis humana que con él viene.

La crisis surgida a raíz de la vulneración sucesiva y generalizada de los derechos fundamentales de los reclusos, ha dado lugar a no menos de tres declaraciones por parte de la Corte Constitucional, del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI). Mediante los fallos se ha impuesto la obligación al Estado de implementar estrategias que permitan mitigar la situación, como lo sería la construcción de más cárceles, y el replanteamiento de su política criminal, situación que aún en la actualidad no se ha logrado materializar.

La política criminal populista, basada en la presión mediática y el deseo del legislador de dar una apariencia de combatir la delincuencia mediante el endurecimiento del sistema penal, en lugar de la estructuración reflexiva y empírica de estrategias que efectivamente luchan contra la criminalidad, ha dado lugar un hacinamiento carcelario constante; lo anterior en razón a que la política actual se manifiesta mediante la preponderancia intramural tanto en penas como en medidas de aseguramiento, además de una al criminalización de conductas que posiblemente no deberían ser tratadas desde un enfoque penal, en respeto al principio de que el derecho penal es la última ratio, para así limitar el poder del Estado sobre sus gobernados.

A pesar de los esfuerzos nacionales e internacionales de regular la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, a través de la estructuración de instrumentos normativos que permitan limitar la implementación de aquellas, convirtiéndolas en un mecanismo excepcional, nuestra política criminal ha estado encaminada en delimitar la potestad del juzgador para analizar la procedencia de una medida que no resulte restrictiva, por el creciente deseo Estatal de garantizar la seguridad a toda

costa, sin importar que esto implique la privación de la libertad de los individuos, aun existiendo otras alternativas que permitan la consecución de los fines procurados con la medida de aseguramiento.

Desde otra perspectiva, la imposición de medidas de aseguramiento no solo propicia un incremento en la población carcelaria, dando pie al surgimiento del hacinamiento carcelario, sino que también trae consigo una serie de vulneraciones a los derechos fundamentales del procesado, pues implica una transgresión al principio de inocencia, en tanto se trata de personas que no han sido condenadas, pero que aun así viven bajo las mismas circunstancias que aquellos que sí han sido condenados.

Finalmente, frente a la medida de aseguramiento, sería necesario implementar una serie de medidas alternativas, como podría ser la vigilancia electrónica, la cual permite la consecución de los fines de la medida, la garantía de los derechos del sujeto —que se han visto vulnerados a raíz del desconocimiento del principio de inocencia—, y una reducción gradual de la población carcelaria, que eventualmente permita llegar a un óptimo de ocupación, evitando así el problemático hacinamiento carcelario.

En cuanto a la pena privativa de la libertad como factor determinante en el hacinamiento carcelario, se ha podido comprobar que fue una medida lograda luego de varios avances históricos y de adaptación social. Sin embargo, tal evolución no continuó junto con los avances sociales luego de finales del siglo XIX, pues desde ese momento hemos mantenido la pena privativa de la libertad como fue concebida en ese entonces, como protagonista de nuestra política criminal, independientemente de los resultados que con esto se consigan.

Luego de un análisis juicioso de la pena privativa de la libertad se pudo concluir que ésta no está logrando sus objetivos dentro de la política criminal, manifestados en el Código penal como sus principios y funciones (prevención general, especial, reinserción social, protección al condenado). Además, después de analizar los costos que implica la reclusión intramural de cara a los índices actuales de criminalidad y reincidencia, se pudo comprobar la ineficiencia de la cárcel, pues su mantenimiento implica costos estatales elevados, cuya preponderancia solo los incrementa anualmente, mientras la

criminalidad, que busca combatir, no se soluciona pues la reincidencia no disminuye con tal incremento de la pena.

Todo lo anterior, más el costo humano, identificado en el ECI, consecuencia del hacinamiento carcelario, hace de la pena privativa de la libertad una medida violatoria de todos los pilares del Estado colombiano como Estado Social de Derecho. Es por esto que se deben considerar penas alternativas como medidas para combatir la criminalidad; medidas que pueden ir desde trabajos comunitarios, que reparen a la sociedad en su conjunto, sanciones pecuniarias, que permitan sentir económicamente la ofensa causada, e incluso opciones tan revolucionarias como cárceles abiertas. Todas estas opciones y más son una alternativa a la pena privativa de la libertad, cuya preponderancia como política criminal ha causado todos los problemas previamente descritos.

Es importante que, frente a todas estas opciones, tanto en la medida de aseguramiento como en la pena privativa de la libertad, se realice un análisis a conciencia por parte de los expertos concernientes (psicólogos, sociólogos, pedagogos y demás), pues si bien el derecho es un mecanismo útil para enfrentar el problema delincencial, se requiere de un enfoque interdisciplinario, alejado de la influencia mediática y popular, para solucionar el problema desde una perspectiva empírica y reflexivamente encaminada lograr unos objetivos claros.

Finalmente, no olvidando que el proceso penal no tiene por partes únicamente al Estado y el ofensor, es posible concluir que la aplicación de penas alternativas no vulnera los derechos de las víctimas. Lo anterior pues, a través del proceso penal, donde se develen los hechos y la responsabilidad de quien realiza los actos punibles, se puede lograr la verdad, justicia y reparación para las víctimas; quienes, además, cuentan con mecanismo tales como el incidente de reparación integral para incidir directamente en la forma en que deben ser reparadas por el daño sufrido.

Referencias

- Antecedentes históricos generales, (S.f). Recuperado de:
<http://www.tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/7118/Capitulo1.pdf>
- Barrera, Juan Aparicio; Ruíz Pérez, José Ignacio; Higuera Cruz, Juan Francisco (2018) Análisis descriptivo de contenidos y registros administrativos de la Revista Criminalidad, 2008-2016. *Revista criminalidad*. Policía Nacional. Volumen 60 (1), pp. 9-22 Recuperado de: <https://www.policia.gov.co/revista/revista-criminalidad-volumen-60-no-1> numero 60
- Barreto Ardila, H. (2001) Constitución Política y derecho penal de acto. *Derecho Penal y Criminología*. 22, 71 (1), pp. 79-88.
- Beccaria, César (2010) *De los delitos y de las penas*. Tercera edición. Bogotá: Temis
- Bernal, Raquel, et al (2018) Comisión del Gasto y la Inversión Pública. Informe Final. Fedesarrollo, Bogotá: La Imprenta Editores S.A. Recuperado de:
<https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/LIB2017COMISION.pdf>
- Bigliani, Paola y Bovino Alberto (2008) *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto. Defensoría general de la Nación.
- Cavada Herrera, Juan Pablo (2018) Efectos del agravamiento de las penas frente a la comisión de delitos. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, BCN. Recuperado de:
https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24913/1/Efectos_del_agravamiento_de_las_penas_frente_a_la_comision_de_delitos.pdf
- CEJA (2013) Prisión preventiva en América Latina: enfoques para profundizar el debate. Recuperado de:
<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3130/prisionpreventivaenamericalatina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- CIDH (2013) Informe sobre el uso de prisión en las Américas. Recuperado de
<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>
- Comisión Asesora de Política Criminal para el Estado colombiano (2012). Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano, Informe final. Ministerio de Justicia, Agencia presidencial de cooperación internacional de Colombia, Unión Europea. Recuperado de
https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf
- Comisión Colombiana de Juristas (2006) Verdad, justicia y reparación Algunas preguntas y respuestas. Recuperado de:
http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/verdad_justicia_y_reparacion.pdf
- Congreso de la República de Colombia (2017, diciembre 20). Ley 1873 de 2017 por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018. [Ley 1873 de 2017]. DO: 50.453 de 20 de diciembre de 2017.
- Congreso de la República de Colombia (2015, julio 6) Artículo 1. Parágrafo 2. Ley 1760 de 2015, por medio de la cual se modifica parcialmente la ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. [Ley 1760 de 2015]. DO: 49.565
- Congreso de Colombia (2011, julio 12). Artículo 13 [Capítulo II] Ley 1474, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de

corrupción y la efectividad del control de la Gestión pública. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48.128 del 12 de julio de 2011. Bogotá. Recuperado de: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%201474%20de%2012%20de%20Julio%20de%202011.pdf>

Congreso de Colombia. (2011, junio 24). Ley mediante la cual se reforma el Código Penal, el Código de procedimiento penal, el Código de infancia y adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. [Ley 1453 de 2011] DO: 48110 de junio 24 de 2011

Congreso de Colombia. (2011, junio 24). Artículo 6°. Ley 1453, mediante la cual se reforma el Código Penal, el Código de procedimiento penal, el Código de infancia y adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. [Ley 1453 de 2011] DO: 48110 de junio 24 de 2011

Consejo de Estado, (fecha) Sentencia del 11 de febrero de 2009. Sección tercera. Rad.16750 [MP.Myriam Guerrero de Escobar]

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 1 [Título I]. 2da Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 2 [Título I]. 2da Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 4 [Título I]. 2da Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 28 [Título II]. 2da Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 90 [Título II]. 2da Ed. Legis.

Contraloría General de la República (2017, agosto 14) Boletín Macrosectorial 008. Año 2, número 7. Recuperado de: https://www.contraloria.gov.co/web/finanzas-publicas/servicios?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=789944&_101_type=document&inheritorRedirect=false

Cordini, Nicolás Santiago (2014) La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Nro. 43. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200019#footnote-34503-6 versión On-line ISSN 0718-6851

Corte Constitucional. (24 de mayo de 2017) Sentencia C- 344 de 2017 [MS Alejandro Linares Cantillo]

Corte Constitucional. (28 de abril de 2017) Sentencia T- 265 de 2017 [MS Alberto Rojas Ríos]

Corte constitucional (13 de abril de 2016) Sentencia C-181 de 2016 [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte constitucional (22 de junio de 2016) Sentencia C-328 de 2016 [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional, (31 de agosto de 2016) Sentencia C-469 de 2016 [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional (16 de diciembre de 2015) Sentencia T-762 de 2015 [MS Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional. (8 de mayo de 2015) Sentencia T- 267 de 2015 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional. (27 de marzo de 2014) Sentencia C- 180 de 2014 [MP Alberto Rojas Rios]

Corte Constitucional, (28 de junio de 2013) Sentencia T- 388 de 2013 [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional, (9 de octubre de 2013) Sentencia C- 695 de 2013 [MP Nilson Pinilla Pinilla]

- Corte Constitucional, (13 de noviembre de 2013) Sentencia C-826 de 2013 [MP Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte constitucional (12 de diciembre de 2012) Sentencia T-1078 de 2012 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte constitucional, (9 de junio de 2005) Sentencia C-591 de 2005 [MP Clara Inés Vargas Hernández]
- Corte Constitucional (10 de octubre de 2001) Sentencia C-1064 de 2001 [MP Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño]
- Corte Constitucional, (20 de junio de 2001) Sentencia C-646 de 2001 [MP Manuel José Cepeda Espinosa]
- Corte Constitucional (S.F) Sentencia T- 153 de 1998 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional, (05 de marzo de 1998) Sentencia T-068 de 1998 [MP Alejandro Martínez Caballero]
- DRAE. Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de: <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=igMTyXOM9DXX2CiaDLl6>
- Almario Diaz, German Alexander; Duque Certuche, Carlos; Melgarejo Molina, Ruth Stella (2013). Funciones de la pena en la Política Criminal colombiana frente a delitos de violación y abuso sexual contra menores, a partir de la Ley 1098 de 2006. (Tesis de maestría). Universidad Libre Instituto de Posgrados, Facultad de Derecho Maestría en Derecho Penal. Bogotá. Recuperado de: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7552/DuqueCertucheCarlos2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Escobar Sánchez, Carlos (2010) Pena, castigo y prevención en la sociedad actual. De la pena privativa de la libertad a las alternativas de la pena. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. N°2, pp. 101-148. Recuperado de: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiIquiRsfDgAhWImkKHS7fCn4QFjAAegQICAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.ucr.ac.cr%2Findex.php%2FRDMCP%2Farticle%2FviewFile%2F12562%2F11808&usg=AOvVaw2BUoCRIQ9rNnsLg7JSDz2H>
- Ferrajoli, Luigi (1995) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Flórez, Esteban; Flórez Zapata, Ángela Cristina; Suárez Zuleta, Nathaly (2014) Responsabilidad extracontractual del Estado por afectaciones ocasionadas a los reclusos en las cárceles colombianas a causa del hacinamiento. *Nuevo Derecho*, Vol. 10 (14), pp. 69-83.
- Forero Martínez, María Claudia y Pinto Zulay (s.f.) Análisis comparativo del código penitenciario y carcelario y la reforma de la ley 1709 de 2014. Recuperado de: <https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiV6cqKtO7gAhVGON8KHX9CA80QFjAAegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.unilibrecucuta.edu.co%2Fojs%2Findex.php%2Fhipotesis%2Farticle%2Fdownload%2F132%2F123&usg=AOvVaw2tNnasB1xnVDebAERzs7cL>
- Galvis Rueda, María Carolina (2003) Sistema penitenciario y carcelario en Colombia: teoría y realidad. (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias jurídicas. Departamento de derecho penal. Bogotá. Recuperado de: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/tesis92.pdf>
- García, Cavero Percy (2006) Acerca de la función de la pena. *Actualidad Jurídica* 147. (February-2006), Universidad de Piura. Recuperado de: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_80.pdf

- Granados Peña, Jaime (S.F) El Principio de la Excepcionalidad de la Detención Preventiva y su Aplicación Práctica en Colombia. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/pdf/JaimeGranados.pdf>
- Grupo de derecho de Interés público (2011) Comentarios a la política criminal en Colombia. Relatoría de prisiones Uniandes. Recuperado de: <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/PRISIONES-OCT2011/PRODUCTOSRELATORIA/politicacriminal.pdf>.
- INPEC (2019) Incidencia delitos nacional. Recuperado de: http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/dashboard/viewer.html?&j_username=inpec_user&j_password=inpec#/public/Delitos/Dashboards/Delitos_Nacional
- INPEC (2018a) Informe estadístico enero de 2018. Población reclusa a cargo del Inpec. Recuperado de: http://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas/informes-y-boletines/-/document_library/6SjHVBGriPOM/view_file/436248?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_6SjHVBGriPOM_redirect=http%3A%2F%2Fwww.inpec.gov.co%2Fweb%2Fguest%2Festadisticas%2Finformes-y-boletines%2F-%2Fdocument_library%2F6SjHVBGriPOM%2Fview%2F436245
- INPEC (2018b) Series históricas. Recuperado de: http://www.inpec.gov.co/web/guest/estadistica/estadisticas/-/document_library/3pVdHS11UBFX/view/410518?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_3pVdHS11UBFX_navigation=home&_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_3pVdHS11UBFX_curFolder=&_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_3pVdHS11UBFX_deltaFolder=&_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_3pVdHS11UBFX_deltaEntry=10&_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_3pVdHS11UBFX_orderByCol=modifiedDate&_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_3pVdHS11UBFX_orderByType=asc&p_r_p_resetCur=false&_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_3pVdHS11UBFX_curEntry=3.
- INPEC (2018c). Reincidencia 2010, 2017. Oficina asesora de planeación, grupo estadística. Recuperado de: <http://www.inpec.gov.co/documents/20143/436245/INFORME+REINCIDENCIA+2010+-+2017.pdf/9932065c-6646-9c63-b22d-40ec14f099a4?version=1.0>
- INPEC (2017) Informe No. 6. junio de 2017. Recuperado de http://186.155.5.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/Dash_Poblacion_Intramural&j_username=inpec_user&j_password=inpec
- Kierszenbaum, Mariano (2009) El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas. *Lecciones y Ensayos*. Nro. 86, pp. 187-211. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>
- Lappi-Seppala, Tapio (s.f.) Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos. Traducción de Ana Isabel Cerezo. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/134867866/Politica-Criminal-Y-Penas-Alternativas-a-La-Prision-en-Los-Paises-Escandinavos>
- León Flaño, Sofía Fernanda y Rojas Muñoz, Natalia Millaray (2017) La pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad: Análisis crítico (Tesis de pregrado), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Penales. Santiago de Chile. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146313/La-pena-sustitutiva-de-prestaci%C3%B3n-de-servicios-en-beneficio-de-la-comunidad-an%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ley 599 (2000, julio 24) Código Penal [C. P.]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. DO: 44.097 de 24 de julio de 2000. Bogotá: Imprenta Nacional.

- Ley 599 (2000, julio 24) Código Penal [C. P.]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. Artículo 1. DO: 44.097 de 24 de julio de 2000. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 599 (2000, julio 24) Código Penal [C. P.]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. Artículo 2. DO: 44.097 de 24 de julio de 2000. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 599 (2000, julio 24) Código Penal [C. P.]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. Artículo 4. DO: 44.097 de 24 de julio de 2000. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 599 (2000, julio 24) Código Penal [C. P.]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. Artículo 37#3. DO: 44.097 de 24 de julio de 2000. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 599 (2000, julio 24) Código Penal [C. P.]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. Artículo 39. DO: 44.097 de 24 de julio de 2000. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 599 (2000, julio 24) Código Penal [C. P.]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. Artículo 40. DO: 44.097 de 24 de julio de 2000. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, septiembre 1) Código de procedimiento penal. [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Congreso de la República [Colombia]. Artículo 295. DO: 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, septiembre 1) Código de procedimiento penal. [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Congreso de la República [Colombia]. Artículo 296. DO: 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, septiembre 1) Código de procedimiento penal. [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Congreso de la República [Colombia]. Artículo 306. DO: 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, septiembre 1) Código de procedimiento penal. [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Congreso de la República [Colombia]. Artículo 307. DO: 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, septiembre 1) Código de procedimiento penal. [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Congreso de la República [Colombia]. Artículo 308. DO: 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, septiembre 1) Código de procedimiento penal. [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Congreso de la República [Colombia]. Artículo 309. DO: 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, septiembre 1) Código de procedimiento penal. [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Congreso de la República [Colombia]. Artículo 310. DO: 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, septiembre 1) Código de procedimiento penal. [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Congreso de la República [Colombia]. Artículo 311. DO: 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.

- Ley 906 (2004, septiembre 1) Código de procedimiento penal. [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Congreso de la República [Colombia]. Artículo 312. DO: 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, septiembre 1) Código de procedimiento penal. [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Congreso de la República [Colombia]. Artículo 313. DO: 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, septiembre 1) Código de procedimiento penal. [CPP]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Congreso de la República [Colombia]. Artículo 315. DO: 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Londoño Ayala, César Augusto (2009) *Medidas de aseguramiento. Análisis constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- López Guardiola, Samantha Gabriela (2012) *Derecho penal I*. México: Red Tercer Milenio. Recuperado de:
http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/derecho_y_ciencias_sociales/Derecho_penal_I.pdf
- Mañalich, J. (2007). La pena como retribución. Segunda parte: la retribución como teoría del derecho penal. *Derecho Penal Y Criminología*, 28(83), 75-120. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/969>
- Mazo Echavarría, Fredy Alonso (2015) La detención preventiva carcelaria. Sustituible por la vigilancia electrónica. *Revista Nuevo Foro Penal*. Universidad Eafit. Vol. 11 (84). pp. 137-198.
- Ministerio de Justicia y del Derecho decreto (2011, noviembre 3). Decreto 4151. Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y se dictan otras disposiciones. Presidencia de la República [Colombia]. DO: 48.242 del 3 de noviembre de 2011. Bogotá. recuperado de <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Decretos/D4151011.pdf>
- Ministro del Interior y de Justicia de la República de Colombia (2009, abril 17). Decreto 1316 de 2009, por el cual se modifica el Decreto 177 de enero 24 de 2008 se reglamenta el artículo 31 de la Ley 1142 de 2007 y se adoptan otras disposiciones. Presidencia de la República [Colombia]. DO: 47323 de abril 17 de 2009. Bogotá. Recuperado de: http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=36042
- Ministro del Interior y de Justicia de la República de Colombia (2008, enero 24). Decreto 177 de 2008, Por el cual se reglamentan los artículos 27 y 50 de la Ley 1142 de 2007. Presidencia de la República [Colombia]. DO: 46.881 de 24 de enero de 2008. Bogotá. Recuperado de https://normograma.info/men/docs/pdf/decreto_0177_2008.pdf
- Montero Pérez de Tudela, Esther y Nistal Burón, Javier (2015) La evolución de la población penitenciaria en España entre 1996 y 2014. Algunas causas explicativas. *Cuadernos de política criminal. Segunda época*. Nro 116. pp. 159-200 Recuperado de: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/evolucion-poblacion-penitenciaria-espana-589226998>
- NAO (2008) National probation service the supervision of community orders in england and wales. Report by the comptroller and auditor general. Session 2007-2008. Recuperado de: <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2008/01/0708203.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General

en su resolución 2200 A (XXI) de 16 diciembre 1966. Ginebra, Suiza. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf

Ojeda, Diego (2018, agosto 6) ¿Cuánto le cuesta un preso al Estado? Así es la inversión en las cárceles de Colombia. *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/economia/cuanto-le-cuesta-un-presno-al-estado-asi-es-la-inversion-en-las-carceles-de-colombia-articulo-800550>

Olarte, Aiala (2006) *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*. Ararteko: País Vasco.

Olmo, P. Oliver (2000) *La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal*, Universidad del País Vasco. Recuperado de: <http://blog.uclm.es/pedrooliver/files/2013/01/historiaPrision.pdf>

Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, noviembre 22) [Pacto de San José].

Organización de los Estados Americanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos (21 de noviembre de 2007). Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Orrego M, Steven (2017). *Hacinamiento carcelario y su tratamiento en el diseño de la política criminal en Colombia: a propósito de los efectos de la ley 1760 de 2015 y 1786 de 2016*. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15033/1/Art%C3%ADculo.%20Hacinamiento%20carcelario%20en%20Colombia%20y%20medidas%20para%20contrarrestarlo%252c%20a%20propósito%20de%20lo.pdf>

Ospina, Guillermo (2015) *La inconstitucionalidad de la detención preventiva*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Robayo Castillo, Filadelfo (2013) *La detención Preventiva, Excepción o Regla en el Actual Proceso Penal* (tesis de Maestría) Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/10539/RobayoCastilloFiladelfo2013.pdf;jsessionid=4C96150D1556A81BC3C7DC175771B001?sequence=1>

Robles Odilie (2011) El hacinamiento carcelario y sus consecuencias. *Revista digital de la maestría de Ciencias penales de la Universidad de Costa Rica*, (3), pp. 405-431. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12415/11663>

Rodríguez Ospina, Julio Edilberto; Rojas Rada, Doyller Andres (2003) *Valoración crítica de las penas alternativas en la legislación colombiana* (Tesis de pregrado) Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Penal. Recuperado de: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS01.pdf>

Rodríguez, Mónica Andrea (2016) *El hacinamiento carcelario en Colombia: una revisión crítica a la respuesta estatal*. *Problemas actuales del derecho penal*. Universidad Sergio Arboleda. Volumen I: 2012-2015. pp. 113-145

USPEC (2012) ¿Qué es la Unidad de Servicios Penitenciarios y carcelarios? Recuperado de: <https://pqrd.uspec.gov.co/index.php?Knowledgebase/Article/View/1/1/que-es-la-unidad-de-servicios-penitenciarios-y-carcelarios--uspec>

- Uribe Barrera, J. (2013) ¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?. *Nuevo Foro Penal*, 8(78), pp. 70-106. Recuperado de: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1901>
- Velásquez, Fernando (2005) Colombia: ¡Hacia un derecho penal expansionista!. *Revista Berbiquí. Colegio de jueces y fiscales de Antioquia*, (29), pp. 5-20.
- Vélez Osorio, Luis Gonzaga (2012) *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Recuperado de: http://bibliotecadigital.udea.edu.co/dspace/bitstream/10495/9884/1/VelezLuis_2012_SistemaacusatorioLibertadAutoritarismo.pdf

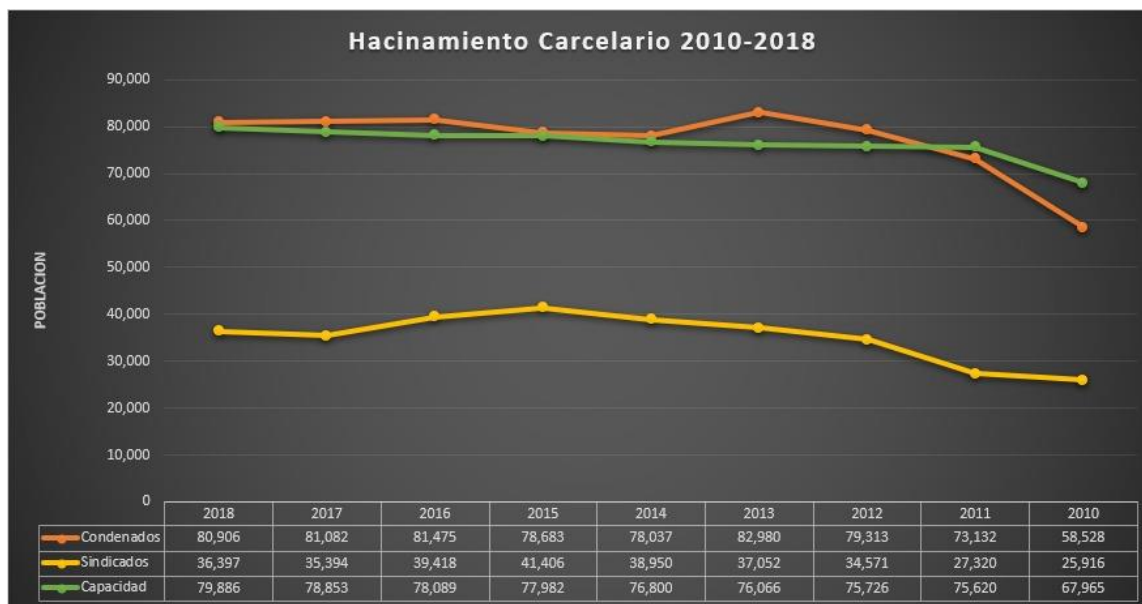
Anexos

ANEXO 1



Fuente. Gráfica realizada a partir de la información extraída del Informe del Inpec No. 6, 2017 y de los tableros estadísticos de Inpec

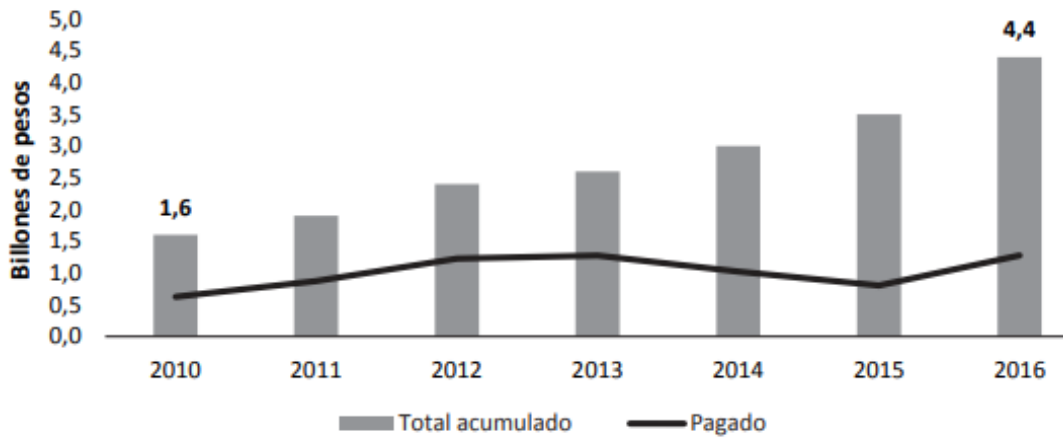
ANEXO 2



Fuente. Gráfica realizada a partir de la información extraída del informe del Inpec No. 6, 2017 y de los tableros estadísticos del Inpec.

ANEXO 3

■ Monto acumulado de condenas por pagar entidades del orden nacional
2010-2016

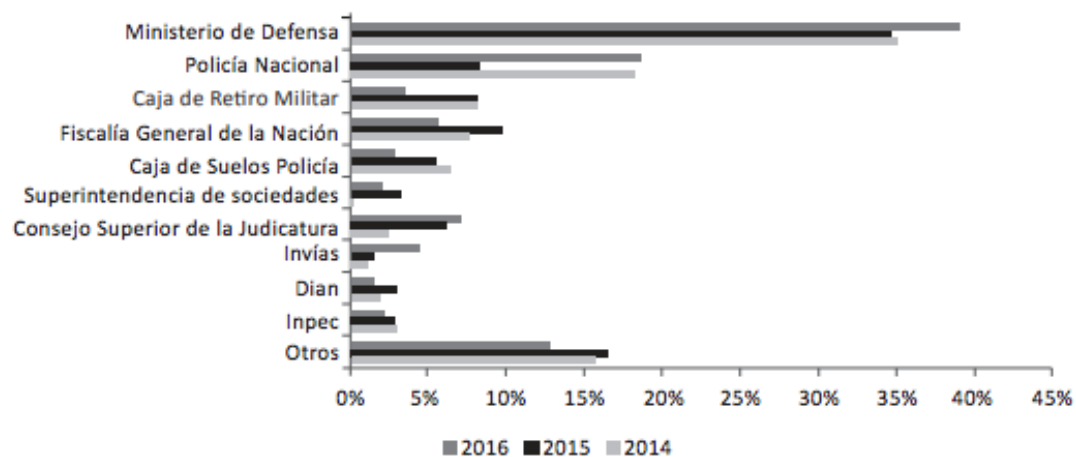


Fuente: SIIF-MHCP y CHIP- Contaduría General de la Nación. Cálculos DGI-ANDJE.

Fuente. Tomado de Bernal, et al. (2018, p. 156).

ANEXO 4

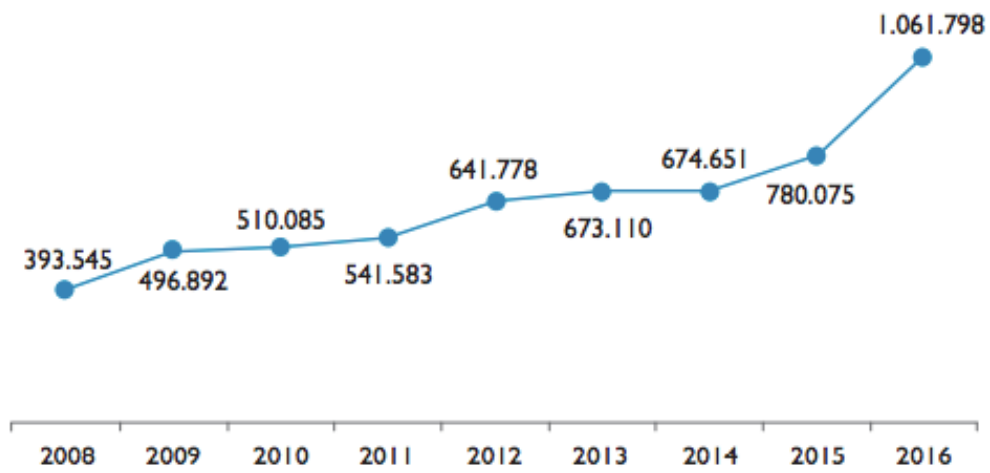
■ Entidades con mayor volumen de pagos por procesos



Fuente: MHCP
Cálculos: Subdirección de Riesgo- DGCPNT.

Fuente. Tomado de Bernal, et al. (2018, p. 157).

ANEXO 5



Fuente. Tomado de Barrera, Ruíz e Higuera (2018, p. 18)

ANEXO 6

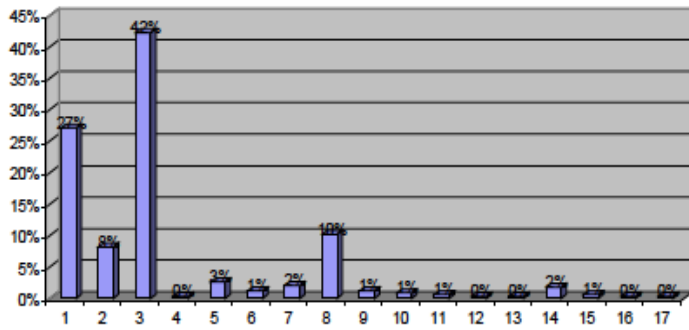
AÑOS PENA IMPUESTA	INTRAMUROS			DOMICILIARIA			VIGILANCIA ELECTRÓNICA			REINCIDENCIA			%
	H	M	Total	H	M	Total	H	M	Total	H	M	Total	
-1	367	53	420	133	28	161	9	3	12	509	84	593	2,9%
1 - 5	6.307	479	6.786	2.396	383	2.779	216	23	239	8.919	885	9.804	48,6%
6 - 10	4.286	241	4.527	982	106	1.088	181	8	189	5.449	355	5.804	28,8%
11 - 15	1.365	64	1.429	211	13	224	40	1	41	1.616	78	1.694	8,4%
16 - 20	1.010	16	1.026	69	4	73	16	0	16	1.095	20	1.115	5,5%
21 - 25	440	11	451	24	1	25	8	1	9	472	13	485	2,4%
26 - 30	252	4	256	5	0	5	0	0	0	257	4	261	1,3%
31 - 35	142	4	146	1	0	1	0	0	0	143	4	147	0,7%
> de 36	265	5	270	9	0	9	0	0	0	274	5	279	1,4%
TOTAL	14.434	877	15.311	3.830	535	4.365	470	38	508	18.734	1.448	20.182	100,0%
PARTICIPACIÓN	94,3%	5,7%	100,0%	87,7%	12,3%	100,0%	92,9%	7,1%	100,0%	92,8%	7,2%	100,0%	
	75,9%			21,6%			2,5%			100,0%			

Fuente: SISIEPEC WEB.

Tabla de la población reincidente a cargo del INPEC 2017, por pena impuesta

Fuente: INPEC (2018c)

ANEXO 7



* Convenciones:

- 1) Prisión
- 2) Multa
- 3) Prisión y multa
- 4) Prisión y multa/ Prisión, multa e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas
- 5) Prisión y multa/ Prisión, multa, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.
- 6) Prisión y pérdida del empleo o cargo público
- 7) Prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas
- 8) Prisión, multa e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas
- 9) Prisión, multa y inhabilidad para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.
- 10) Prisión/ Prisión y inhabilidad para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio Prisión/ Prisión e interdicción de derechos y función pública
- 11) Prisión/ Prisión y multa
- 12) Arresto y multa
- 13) Multa y pérdida de empleo o cargo público
- 14) Multa y pérdida de empleo o cargo público/ Prisión
- 15) Multa/ Prisión
- 16) Multa/ Prisión y multa

Fuente: Código Penal de 2000.

Gráfico de las penas en el código penal de 2000

Fuente. Tomado de Galvis (2003, p. 44)

ANEXO 8

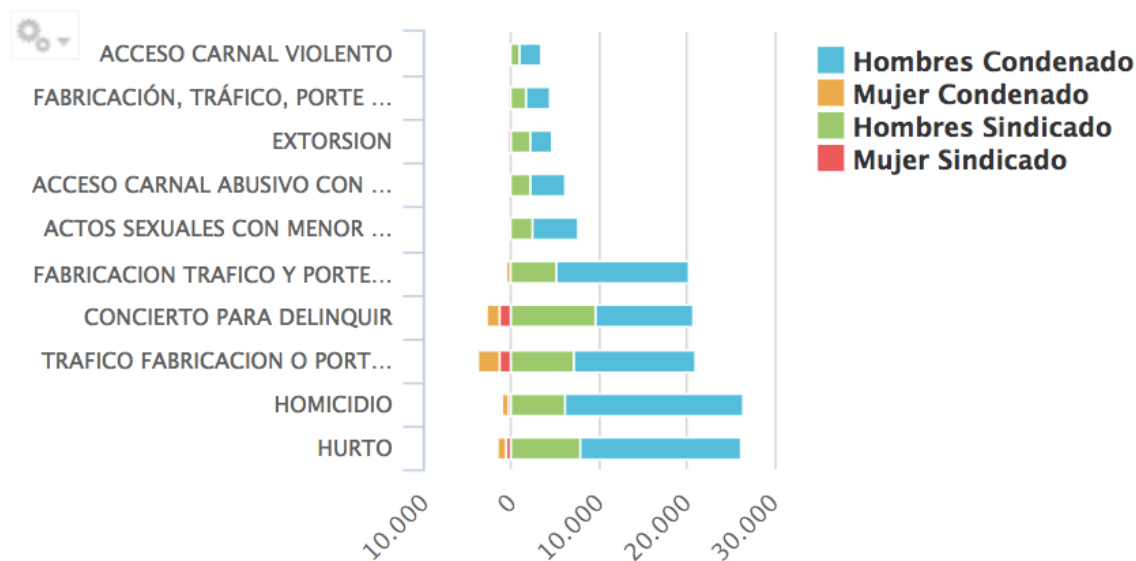
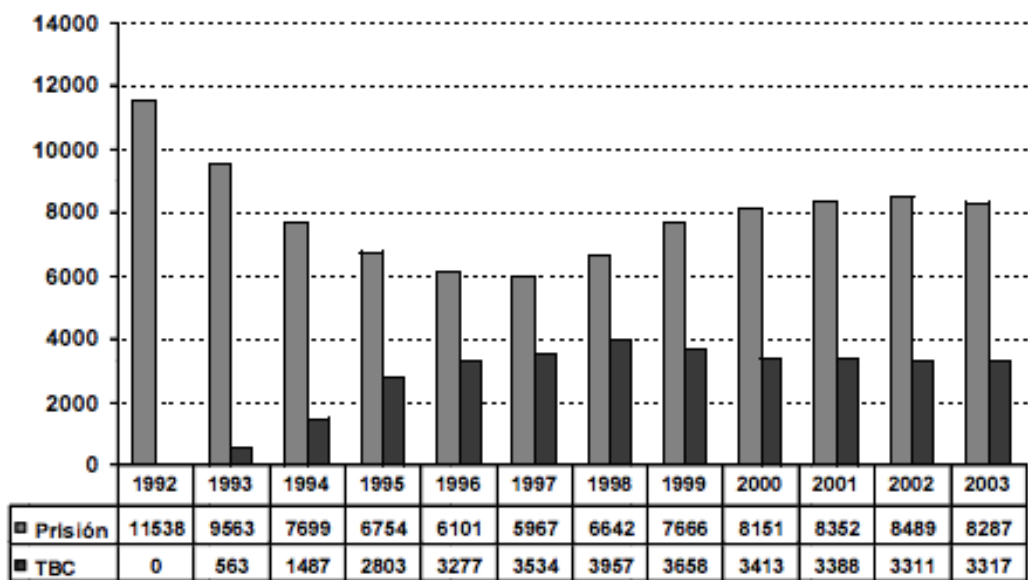


Gráfico de Incidencia delitos nacional
Fuente. Inpec (2019)

Modalidad Delictiva	Top 10 Delitos			Otros Delitos			Total Delitos		
	Hombre Cond.	Mujer Cond.	Total Cond.	Hombre Sind.	Mujer Sind.	Total Sind.	Total Intram.	Particip. %	
HURTO	18.205	998	19.203	7.957	479	8.436	27.639	14,9 %	
HOMICIDIO	20.311	764	21.075	6.174	289	6.463	27.538	14,8 %	
TRAFICO FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	13.856	2.471	16.327	7.189	1.291	8.480	24.807	13,4 %	
CONCIERTO PARA DELINQUIR	11.173	1.375	12.548	9.660	1.308	10.968	23.516	12,7 %	
FABRICACION TRAFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES	15.115	391	15.506	5.220	158	5.378	20.884	11,3 %	
ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS	4.970	56	5.026	2.546	31	2.577	7.603	4,1 %	
ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS	4.115	35	4.150	2.121	34	2.155	6.305	3,4 %	
EXTORSION	2.469	202	2.671	2.171	235	2.406	5.077	2,7 %	
FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES	2.741	121	2.862	1.714	89	1.803	4.665	2,5 %	
ACCESO CARNAL VIOLENTO	2.453	18	2.471	891	15	906	3.377	1,8 %	
FABRICACION TRAFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS	1.883	66	1.949	777	32	809	2.758	1,5 %	
SECUESTRO EXTORSIVO	1.564	136	1.700	635	67	702	2.402	1,3 %	
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	1.410	38	1.448	831	28	859	2.307	1,2 %	
SECUESTRO SIMPLE	1.401	109	1.510	638	35	673	2.183	1,2 %	
USO DE MENORES DE EDAD PARA LA COMISION DE DELITOS	902	149	1.051	701	134	835	1.886	1,0 %	
LESIONES PERSONALES	1.197	50	1.247	346	18	364	1.611	0,9 %	

Tabla de Incidencia delitos nacional,
Fuente. Inpec (2019)

ANEXO 9



Fuente: Estadísticas judiciales

Gráfico uso de la pena de prisión y la pena de trabajos en beneficio de las comunidades en Finlandia
Fuente. (Lappi-Seppala s.f. p. 125)

ANEXO 10:

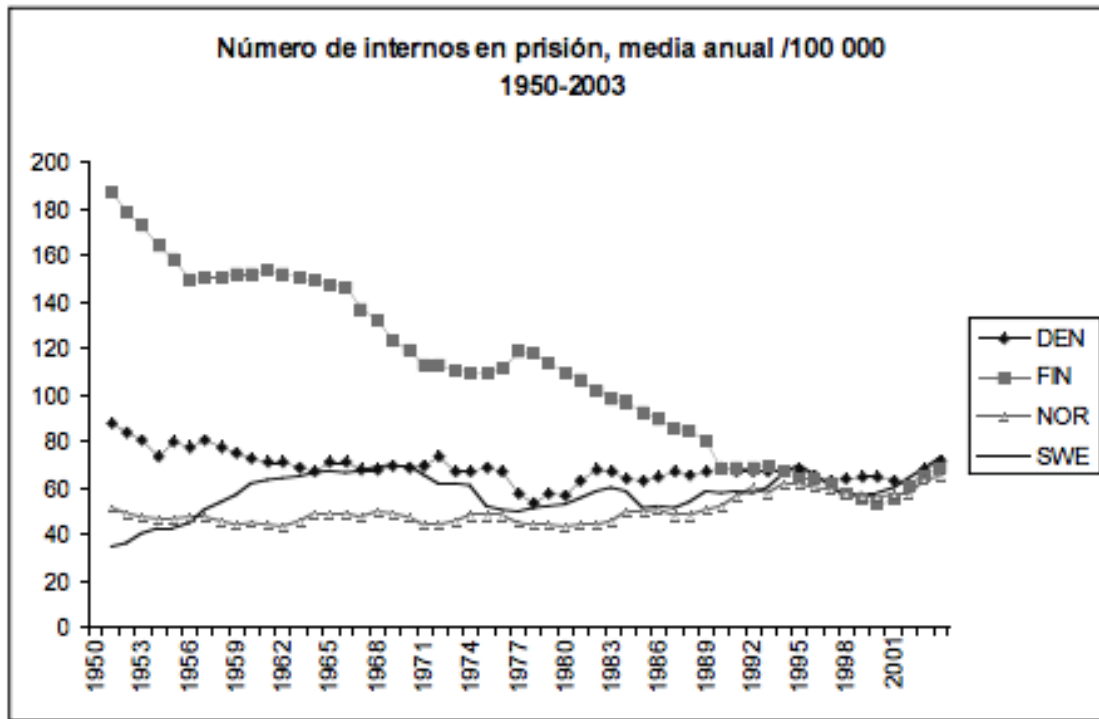


Gráfico evolución de la población penitenciaria en los países nórdicos 1950-2003
 Fuente. Tomado de Lappi-Seppala (s.f., 123)

ANEXO 11

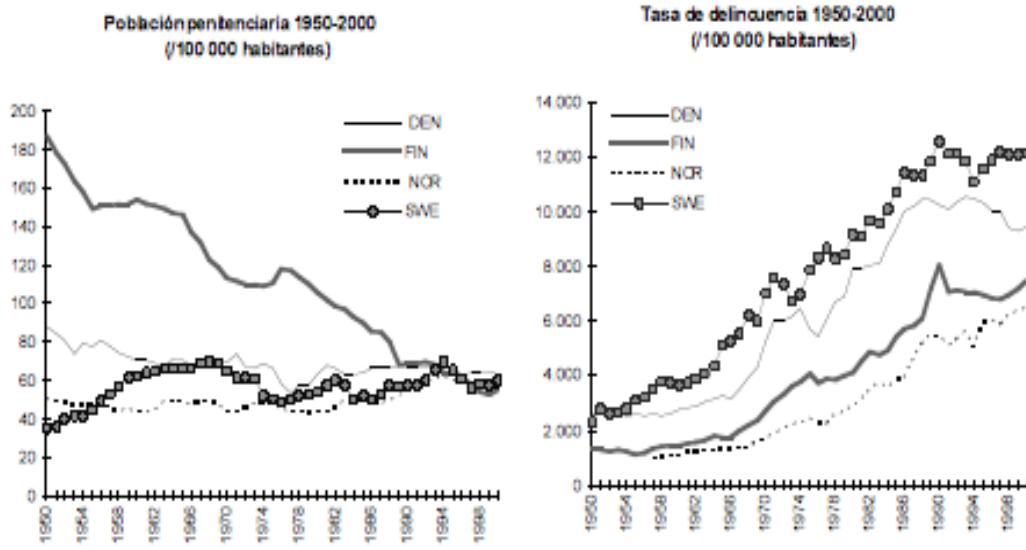


Gráfico de Población penitenciaria e índice de delincuencia 1950-2000
 Fuente. Tomado de Lappi-Seppala (s.f., 127)

Año	Cifras absolutas
1996	41.903
1997	42.756
1998	44.370
1999	44.197
2000	45.104
2001	47.571
2002	51.882
2003	56.096
2004	59.375
2005	61.054
2006	64.021
2007	67.100
2008	73.558
2009	76.079
2010	73.929
2011	70.472
2012	68.597
2013	66.765
2014	65.017

Fuente: *Tabla de elaboración propia con los datos proporcionados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias*

Tabla de Población penitenciaria española
Fuente. Tomado de Montero y Nistal (2015, p. 163)

Flujo de Suspensiones y Sustituciones de condena desde 2000 (a 31 de diciembre)	
2000	114
2001	175
2002	217
2003	251
2004	312
2005	789
2006	2.787
2007	5.184
2008	10.281
2009	20.718
2010	21.746
2011	21.569
2012	24.987
2013	24.865

Fuente: *Tabla tomada del Informe General de 2013 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias⁴⁴*

Tabla de evolución de suspensiones y sustituciones de condena
Fuente. Tomado de Montero y Nistal (2015, p. 190)