

# El derecho penal de la cárcel

Una mirada al contexto colombiano  
con base en el giro punitivo y la  
tendencia al mayor encarcelamiento

Norberto Hernández Jiménez

colección  
**JUSTICIA**  
& Conflicto

Siglo del Hombre Editores  
Universidad de los Andes  
**UNIVERSIDAD EAFIT**

# BIBLIOTECA JOSÉ MARTÍ

## *Justicia & Conflicto*

Grupo de Estudios de Derecho Penal y Filosofía del  
Derecho

### *Directores*

Gloria María Gallego García  
Juan Oberto Sotomayor Acosta

### *Consejo Editorial*

Perfecto Andrés Ibáñez, magistrado Tribunal Supremo Español  
Francisco Cortés Rodas, Universidad de Antioquia (Colombia)  
José Luis Díez Ripollés, Universidad de Málaga (España)  
Luigi Ferrajoli, Università degli Studi Roma Tre (Italia)  
María José González Ordovás, Universidad de Zaragoza (España)  
Luis Prieto Sanchís, Universidad de Castilla La Mancha (España)  
Jaime Sandoval Fernández, Universidad del Norte (Colombia)

El derecho penal de la cárcel  
*Una mirada al contexto colombiano  
con base en el giro punitivo y la tendencia  
al mayor encarcelamiento*

*Norberto Hernández Jiménez*



Hernández Jiménez, Norberto  
El derecho penal de la cárcel: una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la  
tendencia al mayor encarcelamiento / Norberto Hernández Jiménez. - Bogotá: Siglo del Hombre  
Editores, Universidad de los Andes, Eafit, 2018.  
384 páginas; 21 cm. - (Biblioteca José Martí)

1. Derecho penal - Colombia 2. Procedimiento penal - Colombia 3. Sistema penitenciario - Colombia  
4. Prisiones - Aspectos jurídicos - Colombia 5. Presos - Derechos humanos I. Tít. II. Serie.

365.3 cd 22 ed.

A1591056

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© Norberto Hernández Jiménez

La presente edición, 2018

© Siglo del Hombre Editores

<http://libreriasiglo.com>

© Universidad EAFIT

[www.eafit.edu.co](http://www.eafit.edu.co)

© Universidad de los Andes, Colección Estudios Cijus | Vigilada Mineducación

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

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

[www.uniandes.edu.co](http://www.uniandes.edu.co)

Diseño de carátula

Amarilys Quintero

Diseño de la colección y armada electrónica

Precolombi, David Reyes

ISBN: 978-958-665-499-9

ISBN ePub: 978-958-665-500-2

ISBN PDF: 978-958-665-501-9

Desarrollo ePub

Lápiz Blanco S.A.S.

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

# ÍNDICE

## Introducción

## Capítulo I. La dinámica del encarcelamiento

### Aproximación histórica

#### Evolución de la pena privativa de la libertad

#### Evolución de los sistemas penitenciarios

#### Evolución del sistema penitenciario colombiano

### Oferta y demanda del sistema carcelario

### Factores determinantes para el encarcelamiento contemporáneo

### Encarcelamiento masivo/hiperencarcelamiento y tendencia al mayor encarcelamiento

## Capítulo II. La situación carcelaria en Colombia

### El sistema penitenciario colombiano a partir de cifras oficiales

#### Población penitenciaria

#### Infraestructura y hacinamiento

#### Separación y condiciones de vida de colectivos específicos

### Estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas

#### Sentencia T-153 de 1998

#### Sentencia T-338 de 2013

#### Sentencia T-762 de 2015

#### Análisis conjunto de las órdenes generales adoptadas por la Corte Constitucional en

las sentencias T-153/98, T-388/13 y T-762/15

Estudio de caso: cárcel La Modelo (Bogotá)

El contacto con la cárcel en calidad de abogado

El contacto con la cárcel en calidad de académico

El contacto con la cárcel en calidad de investigador

El punto de vista de los internos

Capítulo III. El ingreso a la prisión colombiana

La cárcel para los sindicatos

Medidas de aseguramiento y detención preventiva tradicional

¿Cómo opera la detención preventiva tradicional respecto de aquellas personas en las que el objeto de debate en la tramitación del proceso penal es la inimputabilidad?

Juez de control de garantías y detención preventiva

La detención preventiva atípica

Revocatoria y sustitución de la medida de aseguramiento

Causales de libertad

Habeas corpus y salida de la cárcel o de la penitenciaría

La detención preventiva como una medida excepcional

¿Los sindicatos afectados con una medida de aseguramiento de detención preventiva,

siempre son reclusos en una cárcel?

Derecho a visitas de familiares y amigos

¿Los sindicatos pueden participar en actividades de trabajo, estudio y enseñanza?

La penitenciaría para los condenados

Grado de conocimiento para condenar

Condenados imputables e imputables

¿Los condenados imputables siempre son reclusos en una penitenciaría?

Clasificación en grados de seguridad

Redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza

Tratamiento penitenciario

Permisos y beneficios administrativos

Traslados

Visitas

Régimen disciplinario

#### Capítulo IV. Entradas y salidas del archipiélago carcelario

Reformas legislativas e incrementos punitivos

Alternativas de salida de la penitenciaría

Suspensión de la ejecución de la pena

Prisión domiciliaria

Libertad condicional

Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad

Análisis comparativo de entradas y salidas por delito

Principales modificaciones legislativas en materia de subrogados penales

# Lapso de permanencia del condenado al interior de las penitenciarías

Conclusiones

Referencias

El autor



## INTRODUCCIÓN

Como parte de la formación jurídica, los estudiantes de derecho nos vemos abocados, desde los inicios de la carrera, a leer sentencias de la Corte Constitucional. Una de las que más me marcó durante ese trasegar fue la Sentencia T-153/98<sup>1</sup>, que declaró el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas<sup>2</sup>. Para ese momento, y sin definir aún el rumbo que me llevaría a trabajar sobre el tema años más tarde, me impresionaba la narrativa del contexto carcelario y el rótulo de *dantesco* que, en otras sentencias, se otorga a este escenario.

Posteriormente, y al iniciar el ejercicio de la profesión dentro de un juzgado penal, participé en la redacción de providencias, cuya consecuencia mayoritaria era un fallo de condena y la respectiva imposición de una pena privativa de la libertad, que conllevaría el internamiento del sujeto dentro de alguno de esos *círculos del infierno* que todavía desconocía. Solo tiempo después lograría entrar al corazón de las cárceles colombianas con base en las labores de investigación que desarrollamos dentro de la academia, y pude constatar que aquellos relatos de horror traspasaban la ficción.

Igualmente, como parte de mi pasantía doctoral en la Universitat Pompeu Fabra (2015-2016), no logré resistirme a la tentación de observar el contexto carcelario que se vive en otras latitudes, y quedé sorprendido y aumentó mi decepción por las condiciones de reclusión a las que una persona privada de la libertad debe someterse en nuestro

país. Una mirada comparativa entre el centro penitenciario Brians 1, situado a las afueras de Barcelona, y los establecimientos de reclusión colombianos, no deja pasar inadvertidos los dispositivos de seguridad para el acceso a estos penales, que no solo me permitieron su ingreso, sino compartir estas reflexiones y concluir un trabajo de investigación de varios años.

En Colombia, gracias a la colaboración de los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), contamos con un acceso preferencial que nos evita largas filas pero no nos exceptúa del procedimiento de reseña (que deja los dedos untados de tinta durante toda la visita y algunas horas más), la imposición de varios sellos en los brazos (en algunas cárceles, como La Modelo de Bogotá, con tinta invisible, mientras que en la reclusión de mujeres El Buen Pastor nuestras extremidades terminan adornadas por animalitos que requieren de un importante tiempo de asepsia para ser eliminados) y el cacheo superficial para evitar el ingreso de elementos prohibidos (en las cárceles La Picota de Bogotá y en El Pedregal de Medellín, se suma a este procedimiento el sometimiento ante un binomio canino para la detección olfativa de sustancias prohibidas). En contraste con lo anterior, en Brians 1 llegué hasta los patios y las celdas sin la realización de ninguno de estos procedimientos, debiendo solamente entregar mi documento de identificación a cambio de un *sticker* de color naranja que contiene la leyenda de “visitante”, y que tuve que colocarme en el bolsillo de la camisa. Resulta curioso que incluso ante la alerta del detector de metales tras el paso de uno de mis acompañantes, que llevaba monedas en su bolsillo, no se impidió el ingreso ni se realizó ninguna requisa.

Todas las puertas son eléctricas, similar al sistema de seguridad en la cárcel de Cúmbita en Boyacá<sup>3</sup>, pero en esta prisión catalana el personal penitenciario se encuentra reducido sustancialmente y reemplazado por la tecnología. A pesar de esta información que fue suministrada por el funcionario que nos acompañó en la visita, no logré identificar ninguna cámara de seguridad durante el recorrido. Otra observación importante es que en esta cárcel solo alojan personas condenadas. Por supuesto que en Colombia contamos con establecimientos de reclusión con esta misma destinación y los denominamos penitenciarías, pero en la práctica no hemos podido lograr la separación efectiva entre condenados y sindicados<sup>4</sup>, lo que por contera vulnera la presunción de inocencia de estos últimos.

A medida que me adentraba al corazón de Brians 1 mi olfato no respondía igual a como me ocurre en algunas cárceles de Colombia, en donde se mezcla el olor a comida, el hedor de las aguas residuales y los humos provenientes del consumo de estupefacientes. Por supuesto que en las prisiones catalanas hay consumo de estupefacientes, pero la amplitud de los espacios no permite la concentración de los olores. Debo decir que Brians 1 era impecable por todos los rincones que pasé y la sensación en su interior era incluso mejor que la de algunos colegios distritales del país, que se encuentran abandonados. Los muros están adornados con trabajos de los reclusos y para evitar confusiones del lector, tengo que advertir que no estoy haciendo referencia a grafitis.

Brians 1 no padece hacinamiento. Las celdas se encuentran destinadas para dos personas y todavía tienen cupos. Se suma a esto que cada habitación tiene televisor y baño. En las cárceles colombianas, el mismo espacio está

destinado en algunas ocasiones para seis y ocho personas, e incluso algunos internos deben pernoctar en los corredores (lo que ellos llaman dormir en *carretera*), y los más desafortunados son empujados a los baños, donde en vez de un osito de felpa comparten la noche con roedores. Los baños son comunales y hay un televisor en el patio.

Siguiendo con la misma temática de los cupos carcelarios, en las cárceles colombianas es inevitable ver brazos y piernas colgando de los barrotes, como si se tratara de un bazar de carne humana —para utilizar la metáfora de Foucault (1976, p. 261)—. No ocurre lo mismo en este centro penitenciario que, adicionalmente, cuenta con dos canchas de baloncesto dentro de un patio y otros espacios comunes que en las cárceles colombianas no alcanzan a la mitad de esta longitud. Como si esto fuera poco, cuentan con un polideportivo con toda la dotación necesaria. Dentro de la visita incluso nos comentan que en el centro penitenciario aledaño (Brians 2) hay piscina, pero que, por la crisis económica española, debió ser cerrada.

Adicionalmente, los reclusos en España cuentan con unas habitaciones cómodas para la visita conyugal, entregándoles un juego de sábanas y preservativos; mientras que, en el contexto colombiano, los reclusos deben turnarse la celda para que cada uno de ellos pueda estar con su pareja, sin ninguna asepsia en los tendidos. Algunos incluso deben sostener estos encuentros sexuales en carpas o cambuches improvisados, sin ninguna intimidad. En Brians 1 también existen unas habitaciones que tienen la estructura de una sala, donde las personas que no van a sostener relaciones sexuales pueden reunirse a conversar (visitas *vis a vis*). Los comedores están habilitados y la comida se sirve directamente de la olla y no en baldes, como ocurre en Colombia, en donde los

comedores están cerrados, a pesar de las órdenes de la Corte Constitucional. No exagero al mencionar que vi cómo organizaban la mesa para la cena. Los presos cuentan con lavadora, mientras que en Colombia deben interponer acciones de tutela (recurso de amparo) para que les garanticen el suministro de agua, y el aseo de sus prendas es limitado.

Al final de la visita nos llevaron a donde inicia el tratamiento penitenciario, que en el ámbito colombiano correspondería a la fase de observación. Para este fin están destinadas unas celdas especiales en donde aguardan la visita del médico que diagnosticará su estado de salud. Aunque este mandato está consagrado en nuestra legislación, muchas veces no se cumple y la fase de observación se extiende por meses, mientras que en Brians 1, exageradamente puede alcanzar los cinco días.

Seguramente si comparamos Brians 1 con las prisiones nórdicas, la experiencia igualmente podrá resultar asombrosa o incluso, si no se conoce ninguna cárcel, entrar a esta prisión catalana por primera vez termina siendo impactante, como me manifestó una de mis acompañantes a quien en reiteradas oportunidades tuve que interpelar iniciando con la frase “no te imaginas, en Colombia...”. En todo caso, esta perspectiva comparada debe hacernos reflexionar sobre la funcionalidad de la cárcel en el contexto colombiano, dentro de un ambiente denigrante que imposibilita la resocialización y propicia la reincidencia, permitiendo así la graduación de los reclusos dentro de la “universidad del delito”. Por todo esto, afortunadamente el sistema penitenciario catalán no procura la puesta en escena de la *Divina Comedia*<sup>5</sup>, como sí pareciera hacerlo el sistema colombiano, aun cuando sea de manera involuntaria, desprevenida y espontánea.

Esta reclusión del individuo se desenvuelve dentro de la fase de ejecución de la pena, la cual ha sido olvidada en el estudio del derecho penal o relegada a un lugar secundario, ratificando así lo expresado por Foucault en el sentido de que “El castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal” (1976, p. 17). Esto obedece a que el estudio de la cárcel pareciera tener matices más congruentes con el campo de la sociología y la criminología, lo que a su vez determina el análisis de la pena a partir de la evolución de la sociedad.

Las citas de Foucault como preámbulo de este trabajo, y la literatura que predomina en el primer capítulo —que hace parte de los trabajos canónicos de la sociología—, pareciera darle la razón a esta postura que, en procura de ser rebatida, para justificar el ambicioso título de este libro, debería haber sido reemplazada con una frase de alguno de los doctrinantes clásicos que consideramos adscritos a la corriente de la dogmática jurídico-penal, lo cual también sería posible. Von Liszt consideraba que el derecho penal debía ser la barrera infranqueable de la política criminal<sup>6</sup>, concepto este último que traspasa la frontera de la política penal y abarca tanto la tipificación de un comportamiento, como su judicialización y la ejecución de la pena<sup>7</sup>. Pero si lo anterior no es suficiente para recapacitar sobre la notoria ruptura académica entre el derecho penal y la cárcel, remontémonos a la Ilustración y la obra de Beccaria (1982), que es tal vez uno de los textos fundamentales al que acudimos quienes nos encontramos seducidos por el estudio del derecho penal, desde el inicio de este proceso y recurrentemente con posterioridad. De esta manera, son varias las reflexiones que hace Beccaria (pp. 103-104) en relación con las condiciones de seguridad de la cárcel y el espacio que debe ser destinado para la

reclusión de los individuos, así como la contabilización del tiempo de privación de la libertad y su duración proporcional.

Pero más allá del fundamento teórico que reclama la reivindicación del derecho de la cárcel junto al derecho penal, se observan razones obvias que los involucran dentro de una relación de causa y efecto. En este sentido, es cierto que la respuesta del derecho penal no se limita al encarcelamiento, pero una revisión de los diversos estatutos punitivos dentro del mundo globalizado sí la muestra como la consecuencia favorita frente a la comisión de delitos, dentro del fenómeno expansivo de esta disciplina. Si toda la construcción dogmática y procesal culmina mayoritariamente con la reclusión de individuo al interior de esta institución total<sup>8</sup>, es importante detenerse a pensar en la estación de llegada, con la misma importancia que lo hacemos con la estación de salida. Adicionalmente, el encarcelamiento puede ocurrir en el tramo que se recorre entre estos dos puntos, como medida provisional mientras se decide la responsabilidad del individuo sometido al proceso penal. Como se ve, sobran las razones para vincular ambas disciplinas y para estudiarlas con el mismo rigor al que preponderantemente ha sido encaminado el estudio de la dogmática penal.

Con base en lo anterior, este texto se centra en el derecho penal que tiene como consecuencia la cárcel<sup>9</sup>, ora como medida de aseguramiento de detención preventiva, ya como sanción y aplicación de una pena privativa de la libertad. En esa medida, se excluyen de este estudio las demás respuestas que ofrece el derecho penal ante la comisión de delitos, como podrían ser las penas pecuniarias y las privativas de otros derechos, cuya mención incipiente en las líneas venideras obedecerá a concretar un objetivo

de contexto. Ahora bien, aunque el presente trabajo se encuentra fuertemente influenciado por la formación jurídico-penal y criminológica del autor, en algunos aspectos fue imprescindible incursionar en el campo de la sociología del castigo para completar algunos puntos importantes de la obra que, considero, dan una visión amplia del panorama al que me enfrento y no se limitan a la enunciación y el análisis de normas jurídicas.

Así, mi análisis comienza con sentar las bases que permitan entender la implantación de esta institución total y su funcionamiento, lo que requerirá un breve recorrido histórico, que aunque pueda parecer tedioso e innecesario para abordar el objetivo propuesto en la investigación, servirá no solo para comprender la dinámica contemporánea del encarcelamiento, sino también, para delimitar el ámbito de acción que gobierna las reflexiones subsiguientes y, en especial, el estudio de algunos de los factores que coexisten con la actual crisis carcelaria por la que atraviesa el país, esto es: (i) la figura de la detención preventiva y (ii) las reformas legales, ambas dentro de una tendencia al mayor encarcelamiento; este último obedece a un mayor número de ingreso de personas a prisión, frente a un menor número de egresos. Para esto último se acude al análisis cuantitativo a partir de estadísticas oficiales<sup>10</sup>, mientras que para lo primero se fusionan las cifras con el uso de técnicas cualitativas, fruto de las entrevistas realizadas a 11 jueces que ejercen la función de control de garantías en la ciudad de Bogotá, las cuales a su vez son cruzadas con las entrevistas a 104 internos de la cárcel La Modelo, que muestran que uno de los factores de la crisis carcelaria está en la aplicación de esta medida cautelar.

Sobre este punto es preciso anotar las dificultades de las entrevistas realizadas a los presos, que no se extrapolan al



mismo ejercicio desarrollado con los funcionarios judiciales, ya que, con los primeros, las entrevistas se llevaron a cabo en ambientes difíciles e incluso desagradables, como son los patios de la cárcel. A esto se suma el ambiente ruidoso y la constante interrupción de las declaraciones, ante el requerimiento de un guardia o el llamado de alguno de los compañeros, de la misma manera como lo describían Morris y Morris (1965)<sup>11</sup>, cuyas características se actualizaron en mi investigación.

En este punto es preciso advertir que hacer investigación al interior de las cárceles no es fácil. Esto ocurre como consecuencia del proceso de estigmatización al que se ha sometido tanto a la institución como a sus integrantes, y la confidencialidad que se esconde tras los muros, muchas veces amparada por motivos de seguridad y otras por el hermetismo tendiente a evitar que se conozcan las irregularidades que pueden florecer en el inframundo de la vida carcelaria. Por esto resulta imprescindible agradecer a los funcionarios de la cárcel La Modelo de Bogotá, por permitirme el ingreso a este establecimiento de reclusión, en especial al dragoneante Hernán Ciprian; sin su colaboración incondicional, sumada a sus explicaciones sobre el entorno carcelario y su dinámica de funcionamiento, no hubiera sido posible plasmar los comentarios que se comparten a lo largo de este trabajo. Adicionalmente, es preciso advertir que el trabajo universitario no es cuestión de uno solo y que cuento con la suerte de estar rodeado de personas que no solo me motivaron a profundizar en esta disciplina, sino que generosamente me contactaron con los funcionarios penitenciarios e incluso me vincularon a un grupo de investigación en prisiones, lo que sin duda ha facilitado la actividad desarrollada, que nutre los resultados que forman

parte de este texto. Por lo anterior, mi sincero agradecimiento a los profesores Libardo Ariza y Manuel Iturralde de la Universidad de los Andes.

Asimismo, un sincero agradecimiento al profesor Juan Oberto Sotomayor de la Universidad EAFIT, quien de manera detallada examinó este texto y me brindó valiosas sugerencias para mejorarlo, en una actitud que traspasa los parámetros normales de generosidad. En todo caso, las posibles imprecisiones con que se tope el lector a lo largo de este trabajo son enteramente responsabilidad del autor, en ocasiones dominado por la terquedad.

Ahora bien, en el año 2004 se funda un hito en la historia del derecho procesal colombiano, con la implementación de un sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio, tras una larga tradición inquisitiva que gobernaba la tramitación del rito procesal. En virtud de esto, se aprovecha esta fecha como extremo inicial de la investigación, para confrontar los cambios legislativos surtidos desde allí y su impacto en el sistema carcelario. Lo anterior implica que se utiliza a la legislación penal como punto *arquimédico* que ha permitido cambiar los requisitos para el encarcelamiento preventivo y la prolongación del encarcelamiento definitivo. Esto apoyado en la conclusión a la que llega Christie (1993, p. 22), de que el tamaño de la población carcelaria es una cuestión normativa. Por eso resulta importante estudiar las normas que han posibilitado la operatividad de esta tendencia a un mayor encarcelamiento.

Pero adicionalmente, todo esto ocurre dentro de un contexto especial que ha sido estudiado por nuestra Corte Constitucional en reiteradas oportunidades, llegando a la misma conclusión: la situación del sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas

inconstitucional por la violación masiva y sistemática de los derechos fundamentales de los reclusos. Con base en lo anterior, se dedica un capítulo a la descripción de esta situación, no solo a partir del análisis jurisprudencial, sino complementado con un estudio de caso sobre la cárcel La Modelo de la ciudad de Bogotá. Este último, fruto de la observación participante allí realizada durante un periodo de tiempo que supera los cuatro años, así como de entrevistas a los internos —ya mencionadas—, lo que no solo permitió constatar que el discurso judicial no era ficticio, y que en ocasiones se quedaba corto ante la realidad evidenciada, sino que también ratificó la importancia en la selección de los factores estudiados, que en los relatos y la documentación recaudada se muestran como aquellos que en mayor medida afectan al sistema, se repite: (i) detención preventiva y (ii) reformas legales, ambos dentro de una tendencia al mayor encarcelamiento y que en definitiva se interrelacionan.

La mixtura entre los métodos de investigación realizados obedece al objetivo de ofrecer unos datos que no se limiten a la revisión bibliográfica exhaustiva, reflexiva y académica —labor que se agotó de manera paralela y que debió ser depurada en el proceso de edición de esta obra procurando una lectura más sencilla, razón por la cual no se relacionan detalladamente en el cuerpo de este texto, sin perjuicio de que el lector consulte al final la bibliografía utilizada para la elaboración del mismo—, que busca abordar las diferentes perspectivas sobre el mismo tema, dejando reservada la aplicación de la metodología cuantitativa frente a aquellos datos estadísticos que no podían obtenerse con una metodología cualitativa. También obedeció aquella al anhelo de generalizar la situación en todo el territorio nacional, razón por la cual las cifras y la

estrategia para abordarlas era la más apropiada. Ahora bien, con el objetivo de adentrarme a fondo en el problema y sacrificando la generalidad anteriormente anotada, la metodología cualitativa me permitió no solo analizar la situación de los internos al interior de un establecimiento penitenciario en particular, sino confrontar su visión respecto a la figura de la detención preventiva con la de los jueces encargados de decidir sobre este aspecto, encontrando coincidencias interesantes que, insisto, permitieron ratificar la selección de este factor como problemático en el entorno carcelario y la situación de hacinamiento. De esta manera, la conjugación de métodos permitió abarcar grandes espacios y, al mismo tiempo, controlar espectros menores, que en ocasiones resultan olvidados por el interés de generalización.

Por otra parte, y comoquiera que las personas privadas de la libertad se encuentran incluidas dentro de un grupo-subordinado, de conformidad con la Resolución 8430 de 1993 (Ministerio de Salud) y aprovechando el contexto de elaboración de esta obra como culminación de mi proceso doctoral, el proyecto fue sometido ante el Comité de Ética de la Universidad de los Andes, que mediante Acta 433 de 2015 consideró que esta investigación presentaba un riesgo mínimo, razón por la cual se exigió que las entrevistas con estos sujetos y con los funcionarios judiciales debían ser anónimas, no obstante la suscripción de un consentimiento informado con cada uno de los entrevistados y un acuerdo de confidencialidad con el representante de derechos humanos de cada uno de los patios de la cárcel La Modelo (Bogotá), en los cuales se encontraban los internos entrevistados (1A, 3 y 4). Por esta razón, la citación de estas personas se hace utilizando las siguientes convenciones: (i) FJ (funcionario judicial) y (ii)

INT (interno). La numeración de estos últimos obedece al orden cronológico en el que se desarrollaron las entrevistas, empezando por FJ1 e INT1.

Luego de esta mirada general del trabajo paso a describir los aspectos más importantes que podrá encontrar el lector en el trasegar de cada uno de los capítulos, los cuales están entrelazados por un hilo conductor que hace que la secuencia no sea caprichosa. No obstante lo anterior, cada uno presenta cierta independencia que puede facilitar la lectura de quien se encuentre interesado en un tema específico y tenga afán. Por ejemplo, quien desee saber cómo funciona el encarcelamiento a nivel general puede limitarse a la lectura del Capítulo I. Pero si quiere conocer la tesis propuesta sobre la tendencia al mayor encarcelamiento en Colombia planteada en este capítulo, no puede omitir el estudio cuantitativo contenido en el Capítulo IV. Esta tendencia al mayor encarcelamiento en Colombia también afecta la figura de la detención preventiva, la cual se encuentra desarrollada normativamente en el Capítulo III, junto con una reflexión crítica de su funcionamiento, a partir de las entrevistas realizadas a algunos jueces de control de garantías de la ciudad de Bogotá. A su vez, si lo que se desea es conocer el marco jurídico que regula el encarcelamiento en Colombia puede acudir directamente a este último capítulo, y si se desea conocer el contexto carcelario del país y el caso específico de la cárcel La Modelo (Bogotá), se puede dirigir al Capítulo II.

Este último capítulo también puede ser abordado de manera inmediata, si lo que se busca es conocer las particularidades de las sentencias que declararon el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas. En todo caso, insisto, la fusión de toda la obra permite

evidenciar la dinámica del encarcelamiento contemporáneo en Colombia sustentada en cifras, y el relato de algunos de sus actores, en especial de aquellos que día a día padecen estos tratos crueles, dentro de la difícil situación por la que atraviesa el sistema penitenciario y carcelario colombiano, que en virtud de la entrada en vigencia del sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria no ha mejorado. A continuación, las particularidades de cada capítulo:

1. El Capítulo I, “La dinámica del encarcelamiento”, inicia con un recuento histórico que permite comprender la resurrección de la prisión (Garland, 2005, p. 322) y su utilización como respuesta de política criminal favorita, ante la infracción de las reglas de conducta tipificadas por el derecho penal. Es un capítulo de contexto en el cual se pueden identificar los factores seleccionados para realizar la investigación y los resultados que se ofrecen en los capítulos subsiguientes.

La metodología utilizada en este capítulo se basa principalmente en una revisión bibliográfica sobre la materia, pero además se recurre a técnicas cuantitativas para medir el crecimiento de la población reclusa en Colombia y en otros países de la región. Fue inevitable incluir a Estados Unidos, no solo por parecer la figura de aquel padre (desde un punto de vista económico) que da mal ejemplo a sus hijos, sino por ser el *campeón mundial* del encarcelamiento, como afirma Wacquant (2010, pp. 145 y 146) y por sus características particulares que han permitido el desarrollo de teorías como la del encarcelamiento masivo y el hiperencarcelamiento, con base en la selección y reclusión de la población que termina en la cárcel. En todo caso, se considera que las

características que se han atribuido a estos fenómenos no se corresponden con el contexto regional, y por eso se prefiere describir nuestra situación como una *tendencia al mayor encarcelamiento*, que no llega a los límites del caso americano ni cumple con sus requisitos.

2. En las últimas décadas, las cárceles colombianas han sido el escenario propicio para el debate constitucional sobre el respeto de los derechos fundamentales de los reclusos, dentro de un ambiente que se encuentra en crisis. Tanto en sentencias judiciales como en informes de organismos oficiales y particulares se ha descrito la difícil situación por la que atraviesan los establecimientos de reclusión, cuyo índice de hacinamiento supera el 48 % (INPEC, 2017), frente a los cupos carcelarios existentes. Así, en el Capítulo II, “La situación carcelaria en Colombia”, se describe lo anterior, teniendo como fuente principal las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, que han declarado el estado de cosas inconstitucional en las prisiones del país (T-153/98, T-388/13 y T-762/15). En ellas también se pueden identificar los factores seleccionados para adelantar la presente investigación, directamente vinculados con la política criminal y la regulación de la detención preventiva, así como las penas en general.

Adicionalmente, se hace un estudio de caso que, en aplicación de técnicas cualitativas (entrevistas a profundidad, visitas y observación no participante), permite dar un vistazo a la realidad del Establecimiento Carcelario La Modelo de la ciudad de Bogotá. Este establecimiento de reclusión es uno de los más representativos del país, por su historia, su localización y sus condiciones, las cuales lo han hecho partícipe, como protagonista principal, en los tres fallos judiciales arriba mencionados.

3. Siguiendo el mismo hilo conductor, dentro de la

realidad colombiana, el Capítulo III, “El ingreso a la prisión colombiana”, ofrece un panorama general sobre las modalidades de ingreso a la prisión (detención preventiva y sentencia condenatoria) y el funcionamiento particular de esta institución en el contexto colombiano, a partir de las reglas jurídicas y extrajurídicas que la gobiernan. Adicionalmente, en este capítulo se hace mención a la figura de la detención preventiva, que corresponde a uno de los dos factores que coexisten con la situación carcelaria actual. Las entrevistas realizadas a los jueces de control de garantías de la ciudad de Bogotá son abordadas en el mismo y están relacionadas con este último tema.

De esta manera, en este capítulo, además de ofrecerse una revisión bibliográfica sobre el contorno jurídico que rodea el encarcelamiento en Colombia, se utilizan métodos cualitativos para conjugar la mirada de uno de los principales actores en torno a la detención preventiva, como lo es el juez de Control de Garantías, con la normatividad y la doctrina dominante sobre el tema. En todo caso, la figura de la detención preventiva no se agota en este capítulo, ya que hace parte de la agenda discutida con los internos en sus entrevistas (Capítulo II) e igualmente se contabiliza dentro del número de entradas al sistema penitenciario y carcelario, en el contexto del Capítulo IV. En consecuencia, puede ser considerado como un capítulo de transición entre la situación carcelaria colombiana y uno de los factores que constituyen la tendencia al mayor encarcelamiento dentro de este entorno.

4. El capítulo IV, “Entradas y salidas del archipiélago carcelario”, comienza con una crítica al fenómeno inflacionario del derecho penal, que con base en los datos otorgados al interior del mismo y la comparación con el



contexto carcelario ofrecido en el Capítulo II, ha sufrido una aceleración descomunal que motiva el rótulo de esta situación, recurriendo a términos económicos que permiten describir la nefasta situación legislativa en materia penal.

En lo metodológico, este capítulo presenta una aproximación mixta. Inicialmente, se recurrió al método cuantitativo con el objetivo de establecer la variación anual de entradas al sistema penitenciario y carcelario colombiano, confrontándolo con la entrada en vigor de las reformas penales implementadas con ocasión de la puesta en marcha del sistema penal con tendencia acusatoria. Con base en el anterior marco analítico, se recaudaron los datos<sup>12</sup> que reposan en el INPEC, en donde consta el registro de entradas, ora en calidad de condenado, ya en calidad de sindicado.

Respecto a esta información es preciso advertir que solo se encontraban disponibles los datos desde enero de 2009, año en el que se implementó de manera definitiva el Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (en lo sucesivo SISIPPEC)<sup>13</sup>, aplicativo del cual se puede obtener ese tipo de información. Además, el número de internos varía permanentemente de conformidad con la hora en que se genera el reporte estadístico, teniendo en cuenta las novedades registradas, bien sea por libertades otorgadas, ingresos, apertura, traslados o cierre de los establecimientos, entre otras. La información se encuentra actualizada a 21 de marzo de 2015, fecha en que se dio respuesta a la solicitud elevada por el autor de este documento.

Igualmente se analizaron las reformas penales de acuerdo con la exposición de motivos que la inspiró. Para la elaboración de este último ámbito se recurrió a la

investigación documental como método cualitativo tendiente a establecer un mayor entendimiento sobre los factores de política criminal que tienen en cuenta los legisladores para realizar estos cambios normativos, y si los mismos encuentran fundamento de cara a la coyuntura del país, como respuesta acertada contra la criminalidad, o si la implementación de leyes puede ser calificada coloquialmente como fruto del “capricho” legislativo u obedecer a otros factores, propios del proselitismo político.

Ahora bien, previo a identificar las cifras de excarcelación, se ofrece una explicación de los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, junto con sus requisitos. Posteriormente, se hace el análisis de las cifras recaudadas, las cuales muestran un panorama desolador frente a los posibles mecanismos de excarcelación con que cuentan las personas privadas de la libertad.

Al final se ofrecen unas conclusiones como resultado del ejercicio realizado a lo largo del mismo, teniendo como base los datos recaudados y el análisis al que fueron expuestos en procura de constatar la tesis de la dinámica del encarcelamiento en Colombia dentro de una tendencia al mayor encarcelamiento, originada por el giro punitivo que llegó aparejado a la implementación del sistema de tendencia acusatoria.

En cuanto a la forma y el estilo de este trabajo debo confesar que procuré escribirlo pensando en la lectura que del mismo harían mis “tías favoritas”<sup>14</sup>, intentando evitar un lenguaje técnico, sofisticado y especializado, en el que algunas veces caí, dejando insatisfecha esta pretensión. En todo caso, trato de ser lo más descriptivo posible. Esto por cuanto la motivación de este trabajo no va encaminada exclusivamente a satisfacer a un lector académico al que,

por supuesto, me debo enfrentar como consecuencia del campo profesional en el que me desenvuelvo, sino también a cualquier persona interesada en el tema, que posea pocos conocimientos sobre el mismo, y especialmente a un sector de la población que posee muchos conocimientos al respecto pero que carece de voz, por lo que pretendo representar en alguna medida sus intereses. Me refiero, sin lugar a equívocos, a las personas privadas de la libertad.

A su vez, espero que se convierta en una herramienta útil para la enseñanza del derecho penal, para dar así respuesta a la demanda de mis estudiantes sobre algunos de los temas que aquí son tratados.

Para concluir esta introducción considero importante mencionar la inspiración para concretar este trabajo, que acorde con el grado de formación profesional al que se aspiró con la elaboración del mismo, no solo genera privilegios, sino también responsabilidades, siendo una obligación de la academia denunciar y hacer visible la situación carcelaria por la que atraviesa Colombia, para que por lo menos se mejoren las condiciones en las que vive un condenado en nuestro país<sup>15</sup>.

## Capítulo I

### LA DINÁMICA DEL ENCARCELAMIENTO

La pena privativa de la libertad es percibida en la actualidad como la consecuencia natural del delito y esta se aplica dependiendo de una conjunción de variables: (i) captura, (ii) judicialización y (iii) condena. Así, la sumatoria de aquellas —sin que se demande una secuencia lógica respecto del extremo inicial y las demás variables— permite que las autoridades puedan restablecer el equilibrio, ante la responsabilidad que tiene el autor de la conducta desvalorada por las reglas impuestas por la sociedad, a través del derecho penal. Empero, la idea que se tiene dentro de la cultura del control es que la respuesta automática frente a la agresión de los bienes jurídicos tutelados por el legislador penal debe ser congruente con el encarcelamiento<sup>16</sup>, lo que a su vez es explotado de manera fructífera por el populismo punitivo, dentro de un ambiente de desinformación por parte de la ciudadanía, y con las repercusiones en contra del sistema penitenciario y carcelario, que en definitiva administra la criminalización estatal contra esos actos. Pero la cárcel<sup>17</sup> no ha existido siempre y su nacimiento es tardío en la historia de la humanidad. Esta institución se convierte en la pena más importante alrededor del mundo occidental con base en los fundamentos económicos del proceso de industrialización y, a partir de allí, comienza una vertiginosa implementación, cuyas historias de horror y sus experimentos de error, sin corrección, continúan actualizándose en nuestros días, de

manera general y universal.

A pesar de la concepción generalizada, que fuera anotada con anterioridad y dentro de un enfoque materialista económico<sup>18</sup>, Rusche y Kirchheimer consideran que la pena

no es ni una simple consecuencia del delito, ni su cara opuesta, ni un simple medio determinado para los fines que han de llevarse a cabo; por el contrario, debe ser entendida como un fenómeno social independiente de los conceptos jurídicos y los fines (1984, p. 3).

Del análisis de la obra de Rusche y Kirchheimer puede concluirse que los sistemas punitivos tienen una dinámica perfectamente alineada con las relaciones de producción, propias del sistema capitalista, siendo un ejercicio de poder y control<sup>19</sup>. De esta manera, la cárcel ratifica la calidad del sujeto como *no propietario*, y lo convierte en un ser socialmente *no peligroso*, con base en la disciplina impuesta al interior de sus muros. Con lo anterior se garantiza que, al retomar su libertad, no amenazará a la propiedad, lo cual puede resultar falseable tras confrontar este objetivo con el fenómeno de la reincidencia.

En este contexto, la obra de Melossi y Pavarini (1987) es muy importante. Su título<sup>20</sup> puede llevar erradamente a pensar que la cárcel es productiva como una fábrica o manufactura, olvidando que siempre ha sido una empresa marginal<sup>21</sup> y que su producción —poco variada— no es significativa en términos económicos. Así, lo que en realidad fabrica la cárcel son sujetos aptos para una sociedad industrial, transformando al criminal en proletario. La disciplina de la cárcel lo convierte en un ser mecánico, en apariencia útil para afrontar la vida en

libertad, dentro de un contexto económico determinado<sup>22</sup>.

Paradójicamente, la cárcel también fabrica delincuentes, sobre los que es legítimo ejercer control y vigilancia. Esto ocurre por las condiciones a las que son sometidos tras ser privados de su libertad, aislándolos del contacto con la sociedad y ofreciéndoles un trabajo inútil e improductivo, que en nada o poco contribuirá para proveerse su subsistencia en libertad, a pesar del objetivo resocializador de esta institución, sincronizado con las condiciones exigidas por la sociedad industrial. Por el contrario, al aislarlos y clasificarlos intramuros, crea una sociedad homogénea de criminales que generan lazos de solidaridad en el encierro, los cuales eventualmente se mantienen por fuera de este lugar. De esta manera se “fabrica un verdadero ejército de enemigos interiores” (Foucault, 1990, p. 23).

Con base en lo anterior, en el presente capítulo se desarrollarán las características que rodean el contexto contemporáneo del encarcelamiento, tras una “serie compleja de transformaciones que afectaron la mayor parte de los países capitalistas avanzados durante la segunda mitad del siglo XX”<sup>23</sup> y que, para los efectos de esta temática, tienen una influencia universal, con marcadas diferencias que serán señaladas oportunamente. Previo a esto, se hace un sucinto recuento histórico<sup>24</sup> que culmina con la implementación de la pena de prisión, en reemplazo de otras penas, bajo el fundamento humanitario desarrollado en la Ilustración<sup>25</sup>, objetivo criticable a partir de la hermenéutica de la sospecha inspirada por Rusche y Kirchheimer, Foucault y Nietzsche, como ya he anticipado tangencialmente, y que será objeto de un desarrollo más profundo en las reflexiones que a continuación se dejan plasmadas.